

# ÍNDIOS, DIREITOS ORIGINÁRIOS E TERRITORIALIDADE

## **Organizadores**

Gustavo Kenner Alcântara

Livia Nascimento Tinoco

Luciano Mariz Maia





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

# ÍNDIOS, DIREITOS ORIGINÁRIOS E TERRITORIALIDADE

*Organizadores*

Gustavo Kenner Alcântara

Livia Nascimento Tinôco

Luciano Mariz Maia

Brasília

2018





Copyright © 2018 Editora ANPR.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

---

A849c Associação Nacional dos Procuradores da República  
Índios, Direitos Originários e Territorialidade. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Organizadores: Gustavo Kenner Alcântara, Livia Nascimento Tinoco, Luciano Mariz Maia. Brasília: ANPR, 2018  
517 p.

ISBN: 978-85-54361-00-6

1. Comunidades Indígenas. 2. Índio. 3. Direitos Originários. 4. Territorialidade. 5. Brasil. I. Gustavo Kenner Alcântara (Org.). II. Livia Nascimento Tinoco (Org.). III. Luciano Mariz Maia (Org.). I Título.

CDD: 340

CDU: 347.96

---

Editora: Livia Nascimento Tinoco

Editor Adjunto: Gustavo Kenner Alcântara

Editora Assistente: Alana Miranda de Gois

Comitê Editorial: Antônio Carlos Alpino Bigonha, Eliana Peres Torelly de Carvalho, Felício de Araújo Pontes Júnior, Gustavo Kenner Alcântara, João Akira Omoto, Livia Nascimento Tinoco, Luciano Mariz Maia, Luciana Maria de Moura Ramos, Rogério de Paiva Navarro

Capa: Pedro Lino

Projeto gráfico: Júlio César Américo Leitão

Diagramação: Eduardo Franco Dias

Revisão: Lilian de Lima Falcão Braga e Rochelle Quito

EDITORA ANPR

[www.anpr.org.br](http://www.anpr.org.br)

Editora / DF

SAF Sul Quadra 04, Conjunto C, Bloco B, sala 113

Brasília – DF – CEP: 70050-900

Tel: (61) 3961-9025

[administrativo@anpr.org.br](mailto:administrativo@anpr.org.br)

## **DIRETORIA DA ANPR**

**José Robalinho Cavalcanti**

Presidente

**Alan Rogério Mansur Silva**

Diretor de Comunicação Social

**Anamara Osório Silva**

Diretora Financeira

**Celso Roberto da Cunha Lima**

Diretor de Aposentados

**Anderson Lodetti de Oliveira**

Diretor de Assuntos Corporativos

**Vladimir Barros Aras**

Diretor de Assuntos Legislativos

**Caroline Maciel da Costa Lima da Mata**

Diretora-Secretária

**José Gomes Riberto Schettino**

Diretor de Assuntos Institucionais

**Lívia Nascimento Tinôco**

Diretora Cultural

**Paulo Roberto Sampaio Santiago**

Diretor de Eventos

**Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva**

Diretor de Assuntos Jurídicos

## **6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO**

**Luciano Mariz Maia**

Coordenador

**Antônio Carlos Alpino Bigonha**

Membro Titular

**Rogério de Paiva Navarro**

Membro Titular

**Felício de Araújo Pontes Junior**

Membro Suplente

**João Akira Omoto**

Membro Suplente

**Eliana Peres Torelly de Carvalho**

Membro Suplente

## APRESENTAÇÃO

A invisibilidade das comunidades indígenas, de suas tradições e necessidades é um fenômeno há muito estudado pela antropologia, pela sociologia e pelo direito. Curiosamente, apenas nos momentos em que conflitos fundiários contrapõem os direitos indígenas aos direitos da sociedade não índia, o assunto alcança repercussão e percebemos o quanto nosso conhecimento é limitado, nossos estudos são débeis e nossa compreensão é incompleta para dar soluções aos problemas que emergem. O presente livro, fruto de parceria entre a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, tem a intenção de colaborar com a diminuição do *deficit* de publicações sobre os direitos originários dos índios e sua territorialidade, no momento em que a ANPR inicia sua atividade como editora.

O julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal, a par da sua grande contribuição para a discussão jurídica sobre o tema, trouxe também perplexidades e novas indagações, especialmente sobre aquilo que se convencionou chamar de marco temporal para o reconhecimento do direito territorial indígena. Novos desafios foram lançados à arena do direito, fazendo-se necessário, para superá-los, o estudo mais amíúde dos conceitos básicos que permeiam a discussão.

Identidade, tradição, etnogênese, indigenato, fato indígena, território, assimilação, homogeneização, pluriethnicidade, multiculturalidade são alguns dos conceitos de domínio e entendimento indispensável para começar o diálogo. Contextualizar juridicamente a luta dos povos indígenas com suas próprias trajetórias e tradições é um exercício de extrema necessidade para permitir que o sistema judiciário acolha as melhores interpretações da ordem constitucional brasileira a fim de solucionar os conflitos e construir caminhos mais democráticos e isonômicos.

Assim, buscando contribuir para que nossas associadas e associados tenham à disposição instrumentos que solidifiquem seu trabalho

de defesa dos objetivos fundamentais da República, entre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada aos valores da fraternidade, do pluralismo e do combate ao preconceito, oferecemos artigos selecionados, que despertarão a reflexão das leitoras e leitores, quem sabe dando-lhes uma base mais segura para entender ou escolher o caminho a trilhar.

**Livia Nascimento Tinôco**  
Diretora Cultural da ANPR

# PREFÁCIO

## OS ÍNDIOS E SEU DIREITO ORIGINÁRIO À TERRA NO BRASIL

Ao chegar em 21 de abril de 1500 ao Brasil, portugueses encontraram-se com povos e nações que aqui já habitavam as terras.

Desde o início, o Brasil manteve com os índios relação de *reconhecimento* dos seus *direitos às terras de ocupação tradicional*, seja como Colônia de Portugal, como Reino Unido a Portugal e Algarves, como Império do Brazil, como República dos Estados Unidos do Brazil e agora como República Federativa do Brasil.

O marco regulatório do direito dos índios às terras de ocupação tradicional foi estável ao longo dos séculos, como consta do Alvará Régio de 1º de abril de 1680; da Lei de Terras de 1850 (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850); e da Lei de Terras dos Índios de 1928 (Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, que regula a situação dos índios nascidos no território nacional).

A Constituição de 1934 (art. 129) agregou maior segurança jurídica a esse direito dos índios, seguida por todas as demais Constituições, que expressamente reconheceram aos índios o direito à posse sobre suas terras (CF 1937, art. 154; CF 1946, art. 216; CF 1967, art. 186).

A Constituição de 1988, notória por ter ampliado os direitos individuais, inova ao dedicar um capítulo inteiro aos direitos dos índios e reafirma o secular direito dos índios às terras tradicionais em seu art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Os *direitos originários sobre as terras* estão, pois, no centro dos direitos constitucionais dos índios há séculos, desde a origem do Brasil.

São terras indígenas as tradicionalmente ocupadas pelos índios. É o que, sem inovar, esclarece a Constituição de 1988. Por isso, se-



guindo a tradição de seus usos, costumes e tradições, são indígenas as terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural.

A Constituição de 1988 regulamentou os principais aspectos do direito à terra, para recuperar, conservar e prevenir os direitos indígenas desta e das próximas gerações. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente. Cabe-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. São terras inalienáveis e indisponíveis, porque se destinam a esta e às futuras gerações. Os direitos sobre elas são imprescritíveis, para que as agressões que os vitimaram não selem o seu destino e tornem irremediável o dano. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, para que não sejam desvinculados de suas tradições e de seu modo de viver. Finalmente, são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse por terceiros das terras indígenas.

O art. 231 da Constituição de 1988 tem natureza *declaratória* do direito dos índios às terras tradicionais, vez que esse é um direito secularmente assegurado. Mas é preciso assinalar que, até seu advento, a União não havia se desincumbido inteiramente do seu dever de *demarcá-las nem de proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios*. Sinal claro do descumprimento desse dever é o fato de que 90% das terras indígenas foram demarcadas após a Constituição de 1988.

A obrigação de demarcar as terras indígenas é uma contrapartida do reconhecimento do direito à terra. Porque essa obrigação vinha sendo descumprida pela União, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 1973) marcou um prazo para a demarcação. A Constituição de 1988 também, sem sucesso, estabeleceu o prazo de cinco anos para concluir a demarcação das terras indígenas (ADCT, art. 67).

A Constituição de 1988 declarou os direitos originários dos índios às terras de sua ocupação tradicional e atribuiu à Justiça Federal competência para processar e julgar *as disputas sobre direitos indígenas* (art. 109, XI). No art. 129, V, atribuiu ao Ministério Público a função institucional de *defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas*. Ministério Público Federal, portanto.

A atuação do Ministério Público Federal na defesa de direitos dos índios às suas terras tradicionais precede a Constituição de 1988. De 1967 a 1993, o Ministério Público Federal, além de realizar a defesa da ordem jurídica, também fazia a defesa jurídica da União. E, nessa condição, atuava em defesa das terras indígenas, demandando que fossem reconhecidas, demarcadas e desobstruídas.

Ao longo de quase um século, o Supremo Tribunal Federal construiu jurisprudência sólida, com seguras orientações para os tribunais e juízos federais, sobre a aplicação dos direitos dos índios. Todavia, uma das mais notáveis decisões da Suprema Corte – proferida na Pet 3.388, conhecida como caso Raposa Serra do Sol – tem dado margem a interpretações que podem conduzir a imenso retrocesso no marco regulatório e na prática da demarcação das terras indígenas: a referência ao marco temporal de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição.

Alguns sustentam, distanciando-se do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que *o momento de documentar* a presença indígena na terra seria 5 de outubro de 1988 e, se ausente, não haveria *reconhecimento do direito*.

É preciso refletir sobre essa questão jurídica, pois a União ainda não concluiu seu dever constitucional de demarcar as terras indígenas, estando em mora desde 4 de outubro de 1993, quando findou o prazo de cinco anos que lhe foi dado pelo ADCT (art. 67). Muitos povos indígenas que aguardam a demarcação de suas terras serão diretamente impactados pela solução administrativa ou judicial que vier a ser dada a essa questão, cujo desfecho retarda o curso dos processos de demarcação, mas atrasa sobretudo a fruição de um direito constitucional.

Esta obra reúne, por isso, em boa hora, reflexões sobre Direito Constitucional (brasileiro e comparado), Direito Internacional dos Direitos Humanos e Antropologia Jurídica, coligidas em Seminário Internacional realizado na Procuradoria-Geral da República, promovido pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão em parceria com a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e outros, valorizando a pretensão jurídica sobre os direitos originários dos índios às suas terras tradicionais.

Este debate é essencial para acelerar o processo demarcatório e para reiterar, no Supremo Tribunal Federal, os argumentos que con-

firmem sua jurisprudência vetusta e firme de que o marco temporal constitucional do direito dos índios às suas terras antecede 5 de outubro de 1988, pois “desde a Carta de 1934 é reconhecida a posse dos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam”, como decidido na ACO n. 362 de Mato Grosso (relator o ministro Marco Aurélio).

A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), fiel a sua tradição de defesa de direitos humanos e da justiça, tornou possível esta publicação.

Esta obra ilumina a trajetória da legislação indigenista no Brasil e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal e demais Cortes brasileiras; e também da aplicação dos direitos dos índios no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. É uma expressão do pensamento consolidado dos membros do Ministério Público Federal com atuação na matéria. Como defendido pela 6ª Câmara, que teve a honra de integrar por mais de uma década, “*índio é terra; terra é justiça para o índio; e, com justiça, obtém-se a paz para todos nós*”.

Brasília, 2 de junho de 2018.

*Raquel Elias Ferreira Dodge*

# SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	6
<b>Prefácio: Os índios e seu direito originário à terra no Brasil</b> .....	8
<i>Raquel Elias Ferreira Dodge</i>	
<b>Terras indígenas tradicionalmente ocupadas: uma análise sob as luzes da teoria do “romance em cadeia” de Dworkin</b> .....	14
<i>Antônio Carlos Alpino Bigonha, Eliana Peres Torelly de Carvalho, Felício Pontes Jr., Gustavo Kenner Alcântara, João Akira Omoto, Luciano Mariz Maia, Márcia Brandão Zollinger e Rogério de Paiva Navarro</i>	
<b>O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – Terra Indígena Limão Verde</b> .....	76
<i>Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira</i>	
<b>O marco temporal e uma prática constitucional assimilacionista</b> .....	106
<i>Julio José Araujo Junior</i>	
<b>O marco temporal da ocupação de terras indígenas e o paradigma jurídico da questão indígena: reconhecimento ou ainda integracionismo?</b> .....	143
<i>Dailor Sartori Junior e Paulo Gilberto Cogo Leivas</i>	
<b>A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o Supremo Tribunal Federal e o indigenato do ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923)</b> .....	170
<i>Bruno da Silva Antunes de Cerqueira</i>	
<b>A aplicação do marco temporal pelo Poder Judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena</b> .....	227
<i>Ana Carolina Alfinito e Luiz Henrique Eloy Amado</i>	
<b>Análise constitucional e convencional do marco temporal de demarcação de terras indígenas no Brasil</b> .....	265
<i>Rodrigo Clemente de Brito Pereira</i>	

<b>Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas .....</b>	<b>299</b>
<i>Liana Amin Lima da Silva e Carlos Frederico Marés de Souza Filho</i>	
<b>Marco temporal para aquém dos direitos dos povos indígenas ao território tradicional .....</b>	<b>326</b>
<i>Rebeca Ariel Aparecida de Campos Ferreira</i>	
<b>As encruzilhadas das demarcações de TIs: “interesse nacional”, etnocídio e genocídio .....</b>	<b>375</b>
<i>Luísa Pontes Molina</i>	
<b>Marco temporal: a “estátua de murta” do Supremo Tribunal Federal ....</b>	<b>419</b>
<i>Daniel Pinheiro Viegas</i>	
<b>Direitos territoriais indígenas e o marco temporal: o STF contra a Constituição .....</b>	<b>451</b>
<i>Carolina Ribeiro Santana</i>	
<b>A territorialização como instituto jurídico-constitucional e contraposição ao marco temporal .....</b>	<b>480</b>
<i>Daniel Pinheiro Viegas</i>	

# TERRAS INDÍGENAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS: UMA ANÁLISE SOB AS LUZES DA TEORIA DO “ROMANCE EM CADEIA” DE DWORKIN

ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA<sup>1</sup>  
ELIANA PERES TORELLY DE CARVALHO<sup>2</sup>  
FELÍCIO PONTES JR.<sup>3</sup>  
GUSTAVO KENNER ALCÂNTARA<sup>4</sup>  
JOÃO AKIRA OMOTO<sup>5</sup>  
LUCIANO MARIZ MAIA<sup>6</sup>  
MÁRCIA BRANDÃO ZOLLINGER<sup>7</sup>  
ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO<sup>8</sup>

## RESUMO

Este artigo busca analisar, sob a teoria de Dworkin, a evolução da história constitucional brasileira no tratamento de terras indígenas tradicionalmente ocupadas, cotejando com o desenvolvimento da

- 
- <sup>1</sup> Mestre em Música pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Subprocurador-geral da República.
  - <sup>2</sup> LLM em Direito pela University of Houston, EUA. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Procuradora regional da República.
  - <sup>3</sup> Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Procurador regional da República.
  - <sup>4</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Constitucional pela Uniderp. Procurador da República. gkenner@gmail.com.
  - <sup>5</sup> Mestrando em Proteção Internacional dos Direitos Humanos, na Universidad Alcalá, Alcalá de Henares, Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Procurador regional da República.
  - <sup>6</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela University of London, UK. Subprocurador-geral da República. Vice-procurador-geral da República.
  - <sup>7</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade da Bahia. Procuradora da República.
  - <sup>8</sup> Subprocurador-geral da República.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente a interpretação levada a efeito pelo Parecer n. 001/2017 da Advocacia-Geral da União, em que se buscou dar eficácia vinculante às condicionantes do caso Raposa Serra do Sol e também ao chamado marco temporal. A partir da visão dworkiniana da argumentação jurídica, da ficção do juiz Hércules e do “romance em cadeia”, o objetivo é avaliar a validade do parecer confrontando-o à história constitucional brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Teoria do direito. Argumentação jurídica. Interpretação. Romance em cadeia. Terras indígenas.

## ABSTRACT

The present paper seeks out the analysis, under Dworkin's theory of law, of the Brazilian constitutional history in regards to land traditionally occupied by indigenous people, comparing it to the development of the Brazilian Supreme Court Jurisprudence, especially on the interpretation of the legal opinion 001/2017 of the Federal Attorney General's Office, which gave binding effectiveness to the determinants of the Raposa Serra do Sol Case and the legal concept known as “marco temporal” (time limit). By argumentation of law, Judge Hercules and the chain of Law, our goal is to examine the validity of the legal opinion and confront it with the Brazilian constitutional history and jurisprudence of the Court.

**Keywords:** Theory of law. Legal argumentation. Interpretation. The chain of Law. Indigenous lands.

## SUMÁRIO

1. Breve contextualização
2. Da atividade interpretativa
3. Do regime jurídico das terras tradicionalmente ocupadas e de sua incompatibilidade com o Parecer Normativo n. 001/2017/GAB/CGU/AGU
  - 3.1 Da violação ao próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal
  - 3.2 Da natureza meramente declaratória do procedimento demarcatório
4. Análise particularizada das salvaguardas institucionais do caso Raposa Serra do Sol
  - 4.1 Condicionantes I, V, VI e VIII – Do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e da impossibilidade de sua subjugação ao “interesse público”

- 4.2 Condicionantes VIII a XI – Dupla afetação de terras indígenas e unidades de conservação
  - 4.3 Condicionantes XII e XIII – Da cobrança de tarifas e contrapartidas pelos índios
  - 4.4 Condicionante XVII – Vedação de ampliação e sua incompatibilidade com o regime jurídico dos direitos originários dos índios sobre suas terras
  - 4.5 Da aplicação da teoria das capacidades institucionais às demarcações de terras indígenas
  5. Do vício formal do parecer: violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes
  6. Da violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal
    - 6.1 Em face da União
    - 6.2 Em face da Fundação Nacional do Índio
    - 6.3 Em face dos índios
  7. Do princípio da indisponibilidade do interesse público e dos bens da União
  8. Da ausência de consulta aos povos indígenas
  9. Do direito internacional dos direitos humanos: possibilidade de responsabilidade internacional do Brasil
  10. Considerações finais
- Referências

## 1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Em 19 de julho de 2017, a Advocacia-Geral da União (AGU) publicou o Parecer Normativo n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, que, aprovado pelo presidente da República, tem por objetivo conferir efeitos vinculantes às chamadas “salvaguardas institucionais” do caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3.388/RR), tornando obrigatório o seu cumprimento pela administração pública federal, direta e indireta, em todos os processos de demarcação.

1. A tentativa de imposição das condicionantes pela AGU não é de todo nova. Logo quando da publicação do acórdão da Petição n. 3.388/RR, foi editada a **Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012**, que fixava interpretação uniforme das salvaguardas às terras indígenas (TIs) pelos **órgãos jurídicos da administração pública federal direta e indireta, não impactando, contudo, a atividade finalística de autarquias (sobretudo Fundação Nacional do Índio – Funai) e de outros órgãos federais.**



2. Nesse aspecto, o que se almeja com o *Parecer Normativo n. 001/2017/GAB/CGU/AGU* é muito mais audacioso e grave, pois, embora a questão sobre a qual trata esteja notoriamente permeada de controvérsias no âmbito da própria Corte Constitucional, ele impõe a sua aplicação a **toda a administração pública federal, direta e indireta, de forma obrigatória** e, por vezes, como se demonstrará, violando a literalidade da Constituição, das leis e dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

3. Além disso, embora a conclusão do parecer não seja clara, a fundamentação leva a crer que também se pretende conferir interpretação vinculante à chamada “tese do marco temporal”, **que jamais foi objeto de qualquer das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol**.

4. A despeito desse pretensioso desiderato de se conferir eficácia de lei (e, por vezes, até de emenda constitucional), o parecer, em sua extensa argumentação, tangencia aspectos meramente formais, teóricos e abstratos da teoria dos precedentes, sem densidade no que concerne ao direito indigenista e aos seus reflexos práticos no tratamento do regime jurídico das TIs, do direito de consulta livre, prévia e informada, de eventuais impactos na autodeterminação de cada grupo étnico, do respeito ao pluralismo e à diversidade cultural, etc. Nada disso é tratado no parecer. Não se dispõe sequer a enfrentar a aplicabilidade prática de qualquer de suas condicionantes, o que certamente ocasionará o caos administrativo, sobretudo na condução do processo administrativo de demarcação de TIs no âmbito da Fundação Nacional do Índio (Funai), além de prejudicar a atuação da própria AGU nos processos judiciais em que houver questionamento da validade do procedimento demarcatório.

5. A falta de aprofundamento do parecer implica aplicação de fragmentos do acórdão de forma completamente irrefletida e em dissonância com o próprio contexto em que o precedente foi construído. Nesse sentido, o item 8 do parecer trouxe em seu texto a seguinte afirmação:

*é importante deixar esclarecido e enfatizado que a decisão na PET 3.388/RR, complementada pelo acórdão dos embargos de declaração, tem sido reafirmada em **diversos** outros julgamentos no próprio STF, tornando **indubitável** a consolidação e a estabilização normativa das salvaguardas institucionais e dos demais parâmetros fixados pelo Tribunal para a demarcação de terras indígenas no país.*

6. Não obstante, a leitura atenta do parecer permite deduzir que não há “*diversos julgamentos*” nem, tampouco, entendimento consolidado. Na verdade, **toda a fundamentação do parecer se ampara em três**

**casos supervenientes à Petição n. 3.388 do STF (RMS n. 29.087/DF, RMS n. 29.542/DF e ARE n. 803.462/MS)**, dos quais, a partir de uma análise cautelosa, extraímos as seguintes características:

- 1) *toda a base argumentativa consiste em três casos, dos quais dois não transitaram em julgado, portanto passíveis de modificação*<sup>9</sup>;
- 2) *de órgão fracionário (Segunda Turma);*
- 3) *decididos por votação majoritária da Turma;*
- 4) *baseados em peculiaridades próprias do caso concreto.*

7. Tais constatações são suficientes para demonstrar a fragilidade do parecer normativo, sobretudo quando caberia à própria AGU buscar atuar nos casos em que a questão pende de discussão e consolidação, com vistas a evitar a formação de entendimento que manifestamente prejudica os interesses da União.

8. Não bastasse, os precedentes tratam da chamada “tese do marco temporal”, que não é objeto de nenhuma das 19 condicionantes do caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3.388)<sup>10</sup>. Ao contrário, o parecer não indica um precedente sequer que tenha discutido efetivamente a aplicabilidade de qualquer das condicionantes. Portanto, invoca as condicionantes, mas tenta justificar aquilo que delas não faz parte.

9. Em uma das passagens, o parecer assim afirma:

*Esses pontos essenciais estão devidamente densificados e esclarecidos na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual constitui e oferece uma base jurídica segura para a correta e precisa compreensão, por parte dos órgãos da Administração Pública Federal, das teses firmadas no acórdão da PET n° 3.388/RR, especialmente das dezenove salvaguardas institucionais às terras indígenas.* (Grifamos).

10. Ao fim, no capítulo 9 do parecer (conclusões), afirma-se que, “nos processos de demarcação de terras indígenas, os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, deverão observar as seguintes condições (...)”, reproduzindo as 19 condicionantes do caso Raposa Serra do Sol, o que levaria a crer que apenas a elas se busca conferir eficácia normativa.

11. Apesar da dubiedade, tudo leva a crer que se pretende também tornar obrigatória a observância da tese do marco temporal, que

<sup>9</sup> A própria Pet n. 3.388 ainda é passível de reforma, pois não se encontra acobertada pelo manto da coisa julgada.

<sup>10</sup> Apenas no RMS n. 29.542 houve discussão acerca de uma das condicionantes, qual seja, a XIX, que impede a “ampliação de terras indígenas”, mas mesmo nesse caso o debate central se deu a partir do “marco temporal”.

ficou estabelecido em item específico da fundamentação do acórdão. Importante mencionar que tentativa de fixação dos parâmetros estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol, de forma obrigatória, para toda a administração pública foi, inclusive, objeto de contundente crítica por parte do *ministro Luís Roberto Barroso* na ocasião do recente julgamento das **Ações Cíveis Originárias n. 362 e n. 366**, ocorrido em 16 de agosto de 2017:

Faço, por fim, a título de *obiter dictum*, algumas considerações. Na Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, que julgou a validade da demarcação da terra indígena “Raposa Serra do Sol”, foi fixado como “marco temporal” de ocupação a data de promulgação da Constituição de 1988. **Entretanto, não vejo motivo para aplicar esse marco temporal no caso ora em análise, já que no julgamento dos embargos de declaração (Pet 3.388 ED, sob a minha relatoria) foi consignada a restrição dos parâmetros decisórios àquele caso concreto.** Além disso, o Parque Indígena do Xingu foi demarcado antes mesmo da própria Constituição de 1988, tornando sem sentido a discussão sobre o marco temporal de 05.10.1988.

12. Também não é possível assegurar, a partir da leitura do parecer, se outros (e quais) trechos da fundamentação, do dispositivo ou até mesmo a íntegra do voto condutor devem ser objetos de observância pelos antropólogos, engenheiros florestais, agrimensores, historiadores, geógrafos, indigenistas e demais profissionais envolvidos no processo de identificação e de demarcação de TIs. Não se pode atribuir tal ônus a profissionais de outras áreas do conhecimento, quando a própria AGU não se propôs a definir com clareza quais serão os objetos de cumprimento obrigatório pelos integrantes da administração federal. Disso se percebe que o parecer, ao contrário do que se propõe, implica insegurança jurídica e tumultua o procedimento de demarcação de TIs.

13. Nesse sentido, apresentados equívocos de fácil constatação no parecer normativo, inicia-se o presente artigo por meio de uma abordagem sintética sobre a teoria da argumentação, com o fim de revelar preceitos básicos da hermenêutica que foram violados, como a necessidade de coerência e integridade com a história e jurisprudência constitucionais. Em seguida, aprofundar-se-á na análise do regime jurídico das terras tradicionalmente ocupadas, que é incompatível com a tese do marco temporal, e as implicações mais preocupantes das 19 condicionantes. Por fim, serão analisadas outras causas de invalidade do parecer, como a falta de consulta prévia e a violação ao direito internacional dos direitos humanos.

## 2. DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA

14. Considerando que a tese central do parecer normativo é a que busca cumprir a “jurisprudência consolidada do Supremo”, torna-se intransponível a necessidade de fazer uma breve digressão acerca da atividade interpretativa para, em seguida, demonstrar os equívocos da tentativa de tornar vinculantes as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol.

15. O processo de compreensão, com o *giro hermenêutico*, passa a ser entendido como um *diálogo* constante, em que os interlocutores trabalham para o estabelecimento de uma visão sobre o mundo<sup>11</sup>. Nele, o significado de uma palavra ou expressão só tem sentido a partir do uso que se faz dela; isto é, os *jogos de linguagem* e as *formas de vida* são extremamente variados e dependem de cada contexto<sup>12</sup>.

16. A interpretação é vista como um fenômeno social e, enquanto tal, passa a ter como finalidade a verdade sobre um objeto<sup>13</sup>. Mas, diferentemente da ciência, as proposições interpretativas são indissociáveis da justificação interpretativa que recorra a um complexo de valores, de modo que nenhum deles pode ser individual e independentemente verdadeiro<sup>14</sup>.

17. O direito é essencialmente interpretativo, pelo que nele se incluem não só as regras específicas postas em vigor conforme as práticas aceitas pela comunidade mas também justificadores de natureza moral e diretrizes políticas, ainda que nunca tenham sido promulgadas.<sup>15</sup>

18. A indeterminação do direito e a dificuldade de resolução típica dos *hard cases* não justificam o decisionismo judicial. Para Dworkin, ao lado das regras, o direito é formado por princípios, de modo que ao juiz não é dado inventar soluções aleatórias, mas buscar a **resposta correta**, “não enquanto mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas, mas como postura a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não-reguladas apresentadas pelos *hard cases*”.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> GADAMER, H.G. *El giro hermenêutico*. Madrid: Cátedra, 1998. p. 229.

<sup>12</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigationes filosóficas*. México: UNAM, 1988. p. 94.

<sup>13</sup> DWORKIN, 2014, p. 199.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 615.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta*: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61.

19. No cerne da interpretação dworkiniana, está a **responsabilidade moral enquanto virtude**.<sup>17</sup> É responsável aquele que aceita a integridade<sup>18</sup> e a autenticidade morais como ideais apropriados e empenha um esforço razoável para realizá-las.<sup>19</sup> A integridade exige que o juiz resolva os *hard cases* buscando encontrar a melhor estrutura política da doutrina jurídica da sua comunidade, em um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres, atendendo a critérios de adequação e justificação, tratando a todos como detentores de igual respeito e consideração<sup>20</sup>.

20. Para perseguir e (re)descobrir tal complexa rede de princípios, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, criterioso e metódico, com capacidades sobre-humanas, que deve aceitar as principais regras não controversas que constituem e regem o direito. Para tanto, ele tem o dever geral de seguir, **além da legislação, as decisões anteriores de seu tribunal ou de tribunais superiores cujo fundamento racional eventualmente se aplique ao caso sob apreciação**<sup>21</sup>.

21. Para bem compreender a ideia do direito como integridade, Dworkin se ampara na metáfora do **romance em cadeia**, pela qual os juízes seriam igualmente autores e críticos; a cada decisão, acrescentariam um novo elemento à tradição que interpretam. Compara-se a atividade interpretativa do direito com a da literatura, criando um gênero literário artificial. Nesse projeto, cada romancista interpreta a obra que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante: “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”.<sup>22</sup>

22. A atividade interpretativa deve observar *duas dimensões*: a *primeira* é a da adequação, segundo a qual ele não pode adotar nenhuma

<sup>17</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 156.

<sup>18</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin*. 2017. “A integridade exige que a interpretação produzida seja adequada à história institucional da prática jurídica, assim como o juiz deve escolher a interpretação que melhor possa fazer desta prática a melhor possível.”

<sup>19</sup> DWORKIN, 2014, p. 164.

<sup>20</sup> Id., 2012, p. 305.

<sup>21</sup> Ibid., p. 165.

<sup>22</sup> Id., 1999, p. 276.

interpretação, por mais complexa que seja, se nenhum autor poderia ter redigido, de modo substancial, o texto que lhe foi entregue.<sup>23</sup> Afastam-se a discricionariedade e o arbítrio. **É necessário que o autor da vez leve seriamente em consideração aquilo que já foi construído antes, em toda sua dimensão, não podendo ignorar nenhum elemento relevante – personagens, trama, gênero, tema e objetivo.**

23. Apesar disso, o intérprete pode concluir que nenhuma interpretação se ajusta ao conjunto do texto, mas que mais de uma o faz. E aqui entra a importância da *segunda dimensão*, em que, após apreciados todos os aspectos em jogo, deve-se identificar qual das leituras possíveis melhor se adapta à obra. Ainda que se admitam os juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse, as considerações formais e estruturais presentes na primeira dimensão também deverão ser trazidas para este âmbito de apreciação.<sup>24</sup>

24. Mais uma vez, por mais que haja liberdade do novo autor na etapa de construção de seu capítulo sob uma perspectiva eminentemente valorativa, **ainda assim é necessário que qualquer nova interpretação leve em consideração as estruturas gerais já presentes na obra, evitando a desconfiguração de seu conjunto.**

25. Espera-se que os romancistas (os intérpretes) **realmente estejam alinhados às suas responsabilidades de continuidade da obra; devem criar em conjunto, com o máximo de coerência, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.**<sup>25</sup> Em seu labor, primeiramente devem analisar o direito existente e reconhecer seu sentido. Em seguida, devem buscar respostas possíveis, entre as muitas viáveis, reconstruindo a continuação da forma mais factível possível.<sup>26</sup>

26. É sob essa perspectiva da teoria da argumentação que o presente artigo se baseia para análise da inconstitucionalidade e ilegalidade do Parecer Normativo n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, pois, como será demonstrado, não há ali respeito aos capítulos anteriores da história constitucional brasileira e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). A interpretação de fragmentos de julgados

<sup>23</sup> DWORKIN, 1999, p. 277.

<sup>24</sup> Ibid., p. 278.

<sup>25</sup> Ibid., p. 276.

<sup>26</sup> GARGARELLA, Roberto. *Interpretando Dworkin*, p. 11.

isolados não respeita as Constituições brasileiras, atual e anteriores, nem a antiga jurisprudência do STF, constituída de decisões anteriores e posteriores ao caso Raposa Serra do Sol.

27. A título de se aplicar a decisão da Petição n. 3.388, fez-se, em verdade, uma interpretação estrita, gramatical e em tiras da Constituição. Mas, como visto anteriormente na teoria de Dworkin, não é o que se espera de uma interpretação *responsável*. Na imagem do romance em cadeia, é dever do intérprete analisar todo o conjunto da obra que lhe é entregue, sem desconsiderar elementos relevantes da “trama”.

28. Sendo assim, o parecer não só não cumpre seu objetivo de garantir segurança jurídica e estabilidade como agrava os conflitos no campo entre indígenas e não indígenas. Prova disso é que, além de não ter havido **nenhuma** homologação de demarcação de TIs após a publicação do parecer, o ministro da Justiça e Segurança Pública, fundamentando-se no Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU, revogou a Portaria Declaratória da Terra Indígena Jaraguá, o que pode indicar que outras demarcações estão em risco, caso o parecer não seja imediatamente anulado.

29. Não bastasse, o marco temporal, da forma como é defendido, estimula que índios se mantenham fisicamente em conflito com fazendeiros. Considerando o contexto brasileiro, em que tantas comunidades já foram dizimadas, é difícil crer que o próprio Estado sugira a permanência de confrontos violentos, em vez de assumir o papel de principal responsável em demarcar, proteger e fazer respeitar as TIs.

30. Feitas essas breves considerações sobre a necessidade de uma interpretação coerente e íntegra da jurisprudência e da legislação, passemos ao conteúdo propriamente dito do Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU.

### **3. DO REGIME JURÍDICO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS E DE SUA INCOMPATIBILIDADE COM O PARECER NORMATIVO N. 001/2017/GAB/CGU/AGU**

#### **3.1 Da violação ao próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal**

31. A tese central de sustentação do Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU é a de que está se limitando a tornar obrigatória a jurisprudên-

cia já consolidada do STF<sup>27</sup>. No entanto, dos *11 ministros* atualmente em exercício na Corte Suprema, o parecer indica feitos em que votaram *apenas 3*, sempre *baseados em peculiaridades próprias do caso concreto*. Ignora, deliberadamente, farta jurisprudência que conclui em sentido contrário do qual advoga.

32. Registre-se, inicialmente, que o STF rejeitou expressamente a tentativa de dar efeitos vinculantes ao caso Raposa Serra do Sol quando do julgamento dos embargos de declaração da Petição n. 3.388, em 23 de outubro de 2013, em que, sob a relatoria do ministro Barroso, assim decidiu :

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. (...) 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, **de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região**. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. **A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar**. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite a superação de suas razões.

33. Não se nega com isso a relevância de tal precedente, até porque a Suprema Corte desenvolveu nele aprofundada análise sobre o regime protetivo das TIs. O que não se pode, contudo, é permitir que seu conteúdo seja distorcido e interpretado em descompasso com os outros capítulos (na linguagem de Dworkin) da história constitucional brasileira e de remansosa jurisprudência do STF.

<sup>27</sup> No item 9 do parecer (conclusões), há a seguinte passagem: “em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED n. 3.388/RR) e em outras de suas decisões posteriores todas analisadas neste parecer (ex: RMS 29.087/DF; ARE n. 803.462; RMS 29542)”. Ao menos se nota sinceridade na indicação de que todos os precedentes que lhe interessavam estão apresentados no parecer. Isto é, limita-se a três julgados pós-Raposa Serra do Sol.



34. Nessa linha, especificamente quanto à teoria de marco temporal, a tentativa de aplicá-la de forma obrigatória foi expressa e categoricamente rejeitada pelo STF. Na **Proposta de Súmula Vinculante n. 49/DF**, de autoria da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), que tinha tal objetivo, a Corte reputou que “a deliberação sobre a edição de enunciado de súmula a respeito do assunto *‘dependeria da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria’* e que *‘falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição’*”.

35. Ora, quisesse a Corte tornar vinculante o precedente, assim teria feito por meio das vias que lhe são próprias. Ao contrário, houve a expressa rejeição dessa possibilidade, por entender faltar a existência de decisões reiteradas, de modo que carece de sustentação a tese de que a AGU “se curvou” ao entendimento do STF. Não há jurisprudência consolidada no sentido que advoga o parecer, seja em relação à tese do marco temporal, seja quanto às condicionantes estabelecidas na Raposa Serra do Sol. E muito menos houve o interesse de que o precedente fosse tornado vinculante por vias transversas, no caso, o parecer normativo.

36. Em inúmeras outras oportunidades, o STF afastou a pretensa vinculação às condicionantes. Justamente nesse sentido a ministra Rosa Weber, em 11 de março de 2014, no Mandado de Segurança n. 31.901/DF, decidiu:

**As “condicionantes” adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico.** O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado; apenas limitam, de forma mais ou menos extensa, o campo de abrangência sobre o qual poderia ser estendido o entendimento inicial, caso tais condicionantes não existissem. **À primeira vista, deve-se evitar um processo de rompimento de unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos, possam vir a ser aplicadas de modo independente.**

Tal resultado prático resultaria contraditório, em última instância, à intenção externada pelo saudoso Ministro Direito – no sentido de fazer da Pet 3.388/RR um caso verdadeiramente paradigmático, a orientar a jurisprudência e a Administração Pública na tomada de decisões futuras a respeito da questão indígena.

**Dessa forma, há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema, a pretensão de destacar uma dessas “condicionantes” do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida.** Se a própria inicial assume que o auxílio ao *leading case* é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda. (Grifamos).

37. Da mesma forma, o ministro Ricardo Lewandowski, relator do agravo regimental no Mandado de Segurança n. 31.100/DF, também ratificou essa inteligência, em 13/8/2014, conforme o trecho abaixo extraído do acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) **IV – O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico”.** Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. (Grifamos).

38. No mesmo sentido, na Reclamação n. 113.769/DF, em que se alegava o desrespeito à autoridade da decisão prolatada pelo Plenário do STF no julgamento da Petição n. 3.388/RR, o ministro Lewandowski já havia pontuado que

*não houve no acórdão que se alega descumprido o expreso estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares.*

39. No julgamento da **Reclamação n. 14.473/RO**, o ministro **Marco Aurélio** dispôs que, “*ao julgar os embargos declaratórios na Petição n.º 3.388/RR, o Plenário, nas discussões ocorridas, não sufragou o entendimento sobre o fato articulado nesta reclamação, ou seja, a tomada das salvaguardas fixadas visando definições de conflitos*

*de interesse a envolver terras indígenas. O relator dos embargos chegou a consignar que o pronunciamento alusivo à referida petição mostrou-se específico, limitado às terras indígenas de Raposa Serra do Sol*<sup>28</sup>, negando então seguimento ao pedido formulado pelo município de Lábrea.

40. Para ressaltar a fragilidade do parecer normativo, basta identificar que dois dos três casos citados no parecer foram decididos em sede de mandado de segurança, em confronto com a jurisprudência reiterada do STF e também do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que não cabe mandado de segurança para discussão de demarcação de TIs, haja vista a impossibilidade de produção probatória.<sup>28</sup>

41. O ministro Dias Toffoli, no Mandado de Segurança n. 33.821, que tratou especificamente do caso da TI Jaraguá, também seguiu tal entendimento e indeferiu monocraticamente o mandado de segurança justamente por não ser via cabível para discussão de TIs.

42. Na mais recente oportunidade (16 de outubro de 2017, portanto após a emissão do Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU) em que o STF se debruçou sobre o tema, a ministra Rosa Weber, no âmbito do Mandado de Segurança n. 28.555 e do Mandado de Segurança n. 28.567, também rechaçou a possibilidade de discutir a tradicionalidade de TIs em sede de mandado de segurança, ainda que haja a alegação de que não havia presença física dos índios em 5 de outubro de 1988:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. HOMOLOGAÇÃO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA ARROIO-KORÁ, NO MATO GROSSO DO SUL. EXISTÊNCIA

<sup>28</sup> É reiterada a jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ, no sentido de que a via do mandado de segurança não se mostra adequada para discussão acerca da tradicionalidade da TI. Nesse sentido: MS n. 22.800 (STJ, AgintMS n. 22.808 9 STJ), MS n. 20.686 (STJ). No STF, também colhem-se inúmeros precedentes com a mesma orientação: MS n. 25.483 (2007), RMS n. 24.531 (2005), RMS n. 22.913 (2004), MS n. 24.566 (2004), MS n. 21.891 (2003), MS n. 1.892 (2001), MS n. 21.649 (2000), MS n. 21.575 (1994), MS n. 20.751 (1988), MS 20.722 (1988), MS 20.723 (1988), MS 20.575 (1986), MS 20.556 (1986), MS n. 20.515 (1986), MS n. 20.453 (1984), MS n. 20.235 (1980), MS n. 20.234 (1980), MS n. 20.215 (1980), MS n. 21.892 (2003), MS n. 24.566 (2004), MS n. 21.891 (2004), MS n. 24.015 (2005), RMS n. 24.532 (2004), MS n. 21.660 (2006), MS n. 25.483 (2007), MS n. 31.100 (2/9/14), RMS n. 29.193 (20/03/2015), MS n. 31.245 AgR (19/08/2015), RMS n. 27.255 (11/12/2015), MS n. 33.821 (28/10/2016), MS n. 28.555 (19/10/2017), MS n. 28.567 (19/10/2017).

DE AÇÃO DECLARATÓRIA NO JUÍZO FEDERAL. LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 1.775/96. EXERCÍCIO DE DEFESA ADMINISTRATIVA PELOS IMPETRANTES, NO CASO CONCRETO. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE TÍTULOS DE DOMÍNIO E PRESENÇA INDÍGENA. LAUDO ANTROPOLÓGICO ATESTANDO A PRESENÇA INDÍGENA NA REGIÃO, AINDA QUE SOB INFLUXO DE ATOS DE TERCEIROS VISANDO À EXPULSÃO DOS ÍNDIOS. MATÉRIA DE FATO INSUSCETÍVEL DE DESLINDE EM MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DENEGADA, NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE (ART. 205 DO RISTF).

43. Os sucessivos indeferimentos monocráticos de ministros da Corte, baseados no artigo 205 do Regimento Interno do STF, comprovam justamente a existência de *“matéria de jurisprudência consolidada do Tribunal”* no sentido de que não é cabível mandado de segurança para discussão de matéria de alta complexidade como a tradicionalidade da ocupação de TIs.

44. Considerando que, dos três precedentes utilizados pelo parecer normativo, dois tratam de mandados de segurança, soa óbvia a fragilidade jurisprudencial sobre a qual é construído. Conclui-se, assim, que jamais houve real intenção da Corte Suprema de que as condicionantes da Raposa Serra do Sol se tornassem obrigatórias e vinculantes.

### 3.2 Da natureza meramente declaratória do procedimento demarcatório

45. Desde 1934, a proteção às TIs é albergada em sede constitucional<sup>29</sup>, o que foi não apenas preservado nas Constituições seguintes<sup>30</sup>

<sup>29</sup> “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

<sup>30</sup> CF/1937 – “Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”

CF/1946 – “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

CF/1967 – “Art. 4º Incluem-se entre os bens da União: (...) IV – as terras ocupadas pelos silvícolas”; “Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

CF/1969 – “Art. 4º Incluem-se entre os bens da União: (...) IV – as terras ocupadas pelos silvícolas”; “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis

mas sucessivamente potencializado, alcançando seu clímax na Constituição da República de 1988<sup>31</sup>. Portanto, ante a ausência de vácuo normativo-constitucional no tratamento da matéria, qualquer título incidentes sobre TIs, pelo menos desde 1934<sup>32</sup>, deve ser declarado nulo de pleno direito<sup>33</sup>.

46. Tal entendimento é consagrado de longa data no âmbito do STF, pelo que é cabível citar a Ação Cível Originária n. 323-7/MG (relator o ministro Francisco Rezek, *DJ* de 8/4/1994), em que a Corte declarou que o afastamento dos índios de suas terras não importa perda do seu direito territorial, tendo o ministro Néri da Silveira assim se manifestado:

---

nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

<sup>31</sup> “Art. 20. São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

Trata-se de terras ocupadas pelos índios ao longo do tempo e, se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal.

47. Essa digressão é suficiente para indicar o absurdo retrocesso que se teria com uma tese rígida sobre o marco temporal, afastada da realidade da luta pela construção dos direitos dos índios. A partir dessa análise, é possível afirmar que, se marco há, ele seria **1934**, quando se inaugura a proteção constitucional das TIs.

48. Sob a égide da Constituição de 1988, o artigo 231 reconhece, em seu *caput*, “**os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**”, atribuindo à União o dever de “**demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens**”. O § 1º do artigo 231, por sua vez, define como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

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

49. A Constituição de 1988, conscientemente, preferiu a terminologia “tradicionalidade” à “imemorialidade”, de modo a expressar que o elemento central para a definição de TI é o modo de ocupação tradicional, e não propriamente que haja presença dos índios no local desde tempos remotos.

50. Ademais, deixou clara a Constituição que identificação de TI está intrinsecamente ligada à noção de *identidade coletiva* do grupo, de modo que a “tradicionalidade” não poderia simplesmente

<sup>32</sup> “A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas “nos termos em que a lei determinar”, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem “ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (*Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda n. 1, de 1969, 1974, tomo VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1983, p. 731/732), Paulino Jacques (*A Constituição explicada*, 1970, p. 195) e Rosah Russomano (*Anatomia da Constituição*, 1970, p. 346).” (MS n. 20.575, relator o ministro Aldir Passarinho, DJ de 21/11/1986).

<sup>33</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. t. VI, p. 467-468.

ser afastada caso um particular tivesse em algum momento se apropriado indevidamente da área. A CF/1988 incumbiu, então, à União a identificação, a delimitação e a demarcação das TIs, que devem ser executadas conforme a presença peculiar de cada etnia e sua própria cosmovisão (endógena ou intraétnica)<sup>34</sup>. Para tanto, a metodologia utilizada é a antropológica, aliada a estudos de naturezas etno-histórica, sociológica, geográfica, cartográfica e ambiental, entre outras.

51. Sendo assim, o estudo *antropológico é fundamental para demonstrar concretamente o atendimento dos pressupostos constitucionais para se concluir se a área é (ou não) tradicionalmente ocupada*. Isso ficou muito claro no voto condutor do caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3.388), da lavra do ministro Carlos Ayres Britto:

O que importa para o deslinde da questão é *que toda a metodologia propriamente antropológica* foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo (...). Afinal, é mesmo ao *profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena*.

(...)

Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio “tradicionalmente”, grafado no *caput* do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º do art. 231). Do que decorre, inicialmente, o sobre-direito ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de

<sup>34</sup> STF, Pet n. 3.388/RR, relator o ministro Carlos Ayres Britto. “A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. **Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social.** Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na terra indígena Raposa Serra do Sol, **não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.**” (Grifamos).

todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios.

Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de unha e carne). (Grifamos).

52. Quanto à natureza jurídica da demarcação, o multicitado artigo 231 da CF/1988 afasta qualquer polêmica: é ato de mero reconhecimento (declaratório) dos direitos originários dos índios sobre suas terras, portanto sem natureza constitutiva. É precisamente essa a lição de José Afonso da Silva<sup>35</sup>:

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu *habitat*. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado.

53. Nesse sentido, o STF já se manifestou por inúmeras vezes, incluindo uma das últimas em que a Corte se debruçou sobre o tema, **no ano de 2012, no caso Caramuru-Catarina-Paraguaçu (ACO n. 312)**:

O reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional. (ACO n. 312/BA, Ementa).

54. Em oportunidade ainda mais recente, no dia 16 de agosto de 2017, o Supremo, no julgamento das Ações Cíveis Originárias n. 362 e n. 366, indeferiu pedido de indenização do estado de Mato Grosso em que se alegava que a União teria se apropriado de áreas de seu domínio e que haveria ampliação de TIs. Confirmando o entendimento que aqui se advoga (de todo incompatível com o Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU), o ministro Alexandre de Moraes, acompanhou o relator, ministro Marco Aurélio Mello, para firmar que desde a Carta de 1934 não se pode caracterizar as TIs como devolutas:

Não é possível, insisto, falar em terras devolutas ocupadas por silvícolas. Ou são “devolutas”, e aí seriam do Estado. Ou são “indígenas”, e aí seriam da União. Dessa forma, se não cabe falar, no caso, em terras

<sup>35</sup> Parecer 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](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf)>.



devolutas, conseqüentemente, a propriedade, o domínio, não passou para o Estado em momento algum. Esse domínio foi caracterizado e, posteriormente, consagrado da União, e a União não precisa indenizar, seja o Estado, sejam particulares, pela utilização das suas próprias terras para uma destinação constitucionalmente prevista, que é o reconhecimento dessas áreas indígenas.

55. A proteção das TIs, por se tratar de áreas destinadas exclusivamente ao usufruto dos índios, impede qualquer tipo de utilização com objetivo diverso e/ou esbulho, inclusive se praticados por meio de atos do Estado (incluindo União, estados e municípios). Nesse sentido, o ministro Eros Grau ressaltou, no caso Raposa Serra do Sol, a proteção das TIs contra esbulho de qualquer natureza:

As terras indígenas são de propriedade da União, porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui – propriedade da União – resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras – leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete – são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. (Pet n. 3.388/RR).

56. O regime jurídico das TIs é muito bem resumido no seguinte trecho da lavra do ministro Gilmar Mendes<sup>36</sup>:

a) as terras indígenas não integravam o patrimônio estadual, mesmo na vigência da Constituição de 1891; b) a teor do disposto no art. 129, da Constituição de 1934 (e, posteriormente, no art. 154, da Carta de 1937 e no art. 216, da Constituição de 1946), a propriedade da União sobre as terras ocupadas pelos silvícolas constitui expressão do ato-fato relativo à posse; c) embora a demarcação das terras indígenas tenha resultado, eventualmente, de uma lei estadual, não se reconhece à unidade federada o poder de reduzir a área, que, na época da promulgação da Constituição, era ocupada pelos índios como seu ambiente ecológico; d) os atos legislativos estaduais que estabeleceram os limites das áreas ocupadas pelos indígenas, bem como as transcrições no Registro Imobiliário, tem, portanto, caráter meramente declaratório, uma vez que o domínio aqui é mera expressão da **posse permanente**; e) o reconhecimento da situação dominial, de forma reduzida, não obsta a que se postule ou a que se proceda à sua aplicação, pelas vias legais; f) os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição pela chamada nulidade superveniente, que decorre da

<sup>36</sup> Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*. Repositório de jurisprudência autorizado pelo STF sob o n. 005/85, ano XXI, n. 86, abr.-jun. 1988.

regra expressa no seu art. 129; g) as terras ocupadas pelos silvícolas que, sob o regime da Constituição de 1891, integram o patrimônio coletivo indígena, passaram, com a promulgação da Carta de 1934, em caráter irreversível, para o domínio da União (Cf. Dec. 736/36, art. 3º, “a”); h) a concessão dos títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após o advento da Constituição de 1934 é irrita, de nenhum efeito; i) a expulsão, o homicídio ou genocídio de silvícolas não tem o condão de convalidar os títulos originariamente nulos, concedidos a partir de 16.7.34; j) assim, em caso de desafetação ou desdestinação das terras de domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura a reversão ao domínio pleno da União; k) toda e qualquer discussão sobre a existência de não de posse indígena – e, por conseguinte sobre a caracterização ou não de domínio federal – há de remontar, inevitavelmente, aos idos de 1934, quando o constituinte houve por bem consagrar o domínio da União sobre as terras de ocupação indígena.

57. Nesse cenário, a interpretação mais apurada do acórdão da Petição n. 3.388 demonstra que o STF nem para aquele caso aplicou um marco rigoroso e absoluto em 1988 que permitisse ignorar toda sorte de violência e ilegalidades que tivessem resultado no afastamento dos índios de suas terras contra a sua vontade. Havia na TI Raposa Serra do Sol áreas indígenas não ocupadas pelos índios em 5 de outubro de 1988, em que estavam presentes “possuidores” de boa-fé e de má-fé<sup>37</sup> – ou seja, adquiridas mediante títulos ou por meio de esbulho. Em ambos os casos a Corte Suprema entendeu válida a demarcação, determinando a desocupação pelos ocupantes não índios.

58. Se realmente tivesse sido adotada a interpretação que o parecer normativo tenta conferir ao caso Raposa Serra do Sol, no sentido de que bastaria que os índios não estivessem na área em 1988 para se desqualificar a tradicionalidade da área, a própria demarcação da TI Raposa Serra do Sol teria sido desconstituída. Ao contrário disso,

<sup>37</sup> “Esbulho que veio acompanhando da multiplicação do tamanho de fazendas na região. A história documentada pelos próprios posseiros demonstra que a Fazenda Depósito media, em 1954, 2.500 hectares (fls 2.922) Em 1958, formou-se a Fazenda Canadá com parte da chamada Fazenda Depósito e já agora com extensão de 3.000 hectares (fls. 2.895 e 2924) portanto maior que toda a área dividida. Em 1979, Lázaro Vieira de Albuquerque vende a Fazenda Canadá e nessa data possuía não mais que 1.500 hectares (fls 2.925). Em 1982 as Fazendas Depósito e Canadá são vendidas e somam 3.000 hectares (fls. 2.926). Em 10/04/1986, as Fazendas Depósito (agora com 3.000 hectares), Canadá (com 3.000 hectares) e Depósito Novo (com 3.000 hectares) são vendidas, ‘podendo ainda as áreas totais serem dimensionadas em proporção maior de 9.000 hectares.’”

a proteção da TI em face de terceiros foi inclusive destacada no caso Raposa Serra do Sol pelo ministro Eros Grau:

As terras indígenas são de propriedade da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui – propriedade da União – resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras – leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete – são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Daí por que não é mais necessário recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o indigenato. A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupavam na data da sua promulgação. Direi, pois, ainda outra vez: disputa entre agentes econômicos e índios, por terra indígena, consubstancia disputa juridicamente impossível; em situações como tais não há oposição de direitos; ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum. Em termos gentis, embora plenos de vigor: a suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol houvesse disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configuraria evidente tolice, rematada insensatez.

59. Apesar de o Supremo ter se utilizado naquela assentada (caso Raposa Serra do Sol) do termo esbulho renitente, o conteúdo interpretativo ganhou sentido totalmente diverso no caso Limão Verde, e dessa conotação diversa o parecer normativo parece ter se apropriado. No voto condutor do ministro Ayres Britto, consta que:

a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação *não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação de sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”*. (Grifamos).

60. Na linha do que já se expôs, nos *jogos de linguagem*, os sentidos dos itens mentais ou linguísticos só podem ser interpretados no contexto de seu uso. O voto condutor da Petição n. 3.388 reconheceu que o renitente esbulho não se dá exclusivamente por eventual conflito de natureza possessória, mas pela **resistência** e pela **afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo**. Isto é, devem ser levados em consideração os modos próprios de afirmação e de resistência do grupo envolvido, sendo que a presença em um contexto macro, em todo o

complexo, não exige que a resistência seja de índole exclusivamente civil e mediante conflito físico, marcado pela violência.

61. As formas de resistência também são reflexos da organização cultural de cada etnia, que, em última instância, estão resguardadas pelos arts. 215<sup>38</sup>, 216<sup>39</sup> e 231<sup>40</sup> da Constituição da República. Conforme defende Duprat, recorrendo a James Scott:

De resto, há povos indígenas para os quais o conflito e a violência são muito penosos, às vezes até insuportáveis. Aliás, James Scott chama a atenção de que, para a maioria dos grupos historicamente subordinados, as pequenas guerrilhas silenciosas, travadas em seu cotidiano, costumam ter um impacto bem maior do que rebeliões, revoltas e levantes de larga escala. Ele tem em mente armas comuns, tais como, o “corpo mole”, a dissimulação, a submissão falsa, as sabotagens, os saques, os incêndios premeditados, a ignorância fingida, a fofoca, etc.<sup>41</sup>

62. Basta lembrar que, na TI Raposa Serra do Sol, vários indígenas trabalhavam nas fazendas então sob o poder de particulares, o que

<sup>38</sup> “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II – produção, promoção e difusão de bens culturais; III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV – democratização do acesso aos bens de cultura; V – valorização da diversidade étnica e regional.”

<sup>39</sup> “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro 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.”

<sup>40</sup> “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

<sup>41</sup> DUPRAT, Deborah. *O marco temporal de 5 de outubro de 1988*: TI Limão Verde. p. 39.

representa forma estratégica e inteligente dos grupos minoritários de se manterem nos seus territórios enquanto o Estado não promove a demarcação<sup>42</sup>. E, como bem resumiu Duprat, “a desqualificação dessas iniciativas e a exigência de que a figura do ‘esbulho renitente’ se acomode à imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria são, a um só tempo, a negativa ao pluralismo e ao processo histórico nacional”<sup>43</sup>.

63. Ao contrário disso, no caso Limão Verde, base principal do Parecer Normativo n. 001/2017, o STF, adentrando seara vedada no recurso extraordinário, ao analisar provas,<sup>44</sup> reconhece o esbulho, mas reduz a oposição a ele ao conflito possessório e violento. Isso fica muito claro no seguinte trecho do voto condutor:

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

64. Afastou ainda que configurasse esbulho renitente o pleito aos órgãos competentes para que assumissem suas responsabilidades e demarcassem a área:

Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à

<sup>42</sup> “Para os guaranis, por exemplo, o tekoha é uma instituição divina criada por Ñande Ru. Deles desalojados com a chegada do homem branco, procuram ali permanecer, inclusive trabalhando para este nos ervais e em roças. Consideram-se, de ssa forma, de posse de seu território tradicional.” DUPRAT, Deborah. *O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade*. p. 7.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>44</sup> Súmula n. 279 (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).

Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.

65. Em resumo, nesse caso concreto utilizado pelo parecer normativo, o STF, a título de aplicar a jurisprudência firmada no caso Raposa Serra do Sol, ignorou a presença e o modo de utilização da terra pelos indígenas<sup>45</sup>, bem como não reconheceu suficiente que tivessem, por no mínimo três vezes, recorrido aos órgãos públicos para que fizessem valer os seus direitos: a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao presidente da Funai, por ofício, naquele mesmo ano; e c) cartas enviadas em 1982 e 1988 (portanto, às vésperas da promulgação da Constituição de 1988) pelo cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Para o relator, “essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual”.

<sup>45</sup> Segundo trecho do laudo antropológico, a área sempre foi de utilização para fins de caça e coleta, o que persistia até os dias atuais. “Como indicamos nos itens 2.1 e 2.2, e depois nos itens 4.1 e 4.2 deste laudo, o processo de colonização da região da bacia do Aquidauana se intensifica especialmente depois do término da Guerra do Paraguai. Na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas, como Ipegue na planície e o Piranhinha nos morros, como são registrados nos documentos já citados, pelo menos desde 1865-66. A partir de 1892 inicia-se um processo de colonização conduzido por um grupo de coronéis (apesar de que antes da aquisição de terras por esse grupo, já existiam posseiros na região, como é o caso de João Dias Cordeiro) por meio da constituição vila de Aquidauana e de propriedades rurais e urbanas. Pelos documentos localizados, a partir de 1895 em diante inicia-se um processo de titulação em terras localizadas entre o Córrego João Dias, o Morro do Amparo e o Aquidauana que se choca com as terras de ocupação indígena em diversos pontos. Isso caracteriza um choque entre o poder local e a economia agropecuária e a sociedade Terena. Esse choque de interesses sobre as terras e os recursos ambientais está registrado nos diversos documentos analisados e citados no laudo, e resultará na titulação das terras para o município em 1928 e depois na criação da Colônia XV de Agosto em 1959, incidentes na área depois identificada como indígena. Assim, consolida-se o processo ocupação nos territórios em questão. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra.”

66. Tendo o parecer normativo se baseado principalmente no caso Limão Verde, termina-se por legitimar ato de esbulho contra a própria União, em prejuízo do titular do direito fundamental em jogo, tornando impossível a resistência dos indígenas. Impossível porque, primeiramente, antes da Constituição, aplicava-se o regime tutelar estabelecido pela Lei n. 6.001/1973 – Estatuto do Índio –, segundo o qual incumbia à União a tutela dos indígenas, de modo que o ajuizamento de ação possessória dependia do próprio órgão indigenista, não podendo os indígenas acionar o Judiciário diretamente. Há uma impossibilidade jurídica nessa via.

67. Ademais, não é crível que o Estado, especialmente por meio da AGU, que tem também por atribuição a defesa dos direitos dos índios, imponha como condição para proteção de direitos o exercício da autotutela e do estado de violência, que em muitos casos levaram à extinção de inúmeros grupos indígenas<sup>46</sup>. A sinalização de que o Estado Brasileiro estimula a violência é incompatível com a Constituição da República de 1988 e com o mínimo ético fundamental.

68. Por fim, a própria prática de se manter material e fisicamente em disputa pela terra constituía em si ato ilícito, haja vista que os Decretos n. 10.652, de 16 de outubro de 1942, e n. 52.668, de 11 de outubro de 1963, previam prisão de até 5 anos para os indígenas considerados “prejudiciais às populações vizinhas”<sup>47</sup>. Ou seja, caso não fossem massacrados, poderiam ser objetos de coerção do próprio Estado. Daí se percebe que as condutas passíveis de configuração do renitente esbulho, de acordo com o estabelecido no caso Limão Verde – base do parecer normativo – são, jurídica e materialmente, impossíveis.

69. Diante do exposto, percebe-se que o Parecer Normativo n. 001/2017 GAB/CGU/AGU, apesar de alegação de cumprir o entendimento do STF, na verdade, tenta fazer tese que não guarda coerência com a teoria constitucional do Brasil desde 1934 e com os demais precedentes da Corte sobre a matéria. O destino dos índios, sem poderem se defender e sem poderem contar com o cumprimento do Estado para com seus deveres na sua defesa, depende da anulação imediata do parecer.

<sup>46</sup> Vide o relatório da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo13/Capitulo%2013.pdf>>.

<sup>47</sup> DUPRAT, op. cit., p. 38.

70. Para encerrar este tópico, mister se faz recorrer novamente ao que o ministro Roberto Barroso ressaltou no curso do julgamento das Ações Cíveis Originárias n. 362 e n. 366, rechaçando de forma contundente o entendimento estabelecido no caso Limão Verde e, reflexamente, no Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU:

Mas, a despeito disso e em *obiter dictum*, deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da **possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo.** Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650. Nessa mesma matéria, **tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições.**<sup>48</sup> (Grifamos).

#### 4. ANÁLISE PARTICULARIZADA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

71. Afastada a alegação de que o STF tivesse adotado a tese do marco temporal como jurisprudência dominante, necessário se faz, agora, o prosseguimento da análise no que concerne às condicionantes propriamente ditas, com considerações sobre algumas delas.

72. Inicialmente, há que registrar que a maioria das 19 condicionantes não foi devidamente debatida nem era objeto de análise no caso sobre o qual a Corte Suprema se debruçava. Essa constatação, por si só, revela a dificuldade em acolhê-las como fonte insofismável de direito, tal como busca fazer de forma acrítica o Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU.

73. Ademais, não se poderia mesmo admitir que o STF estabelecesse normas de natureza geral e abstrata em prejuízo aos princípios

<sup>48</sup> ACO n. 312, relator o ministro Marco Aurélio de Mello, *DJE* de 2/10/2017.



democrático e da separação de poderes, além de desrespeito aos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada. Não houve ali discussão da sociedade sobre tais diretrizes, nem sequer pela própria Corte, pois não eram objeto específico da lide.

74. Como soa óbvio dizer, ressaltados os casos de controle concentrado de constitucionalidade, não deve o Poder Judiciário decidir sobre teses jurídicas, mas sobre fatos e conflitos concretos, assim como não caberia ao Supremo a atividade legislativa. Exatamente para evitar incorrer em tais inconstitucionalidades, o STF buscou mitigar os efeitos colaterais não esperados com a aplicação rigorosa e absoluta das condicionantes, declarando expressamente que o que fora ali decidido tinha aplicação exclusiva para o caso concreto.

75. Afinal, a casuística e os problemas práticos que certamente sucederiam seriam a base para o aprimoramento e o desenvolvimento dos múltiplos temas tratados nas condicionantes, o que, agora, fica prejudicado pelo parecer, que, ao contrariar o entendimento do próprio STF, tenta tornar a discussão sobre o(s) tema(s) acabada, impedindo a sua natural evolução.

76. Feitas essas considerações preliminares, passa-se a analisar algumas das principais condicionantes, para se demonstrar a sua incompatibilidade com a Constituição e com o direito internacional dos direitos humanos.

#### **4.1 Condicionantes I, V, VI e VIII – Do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e da impossibilidade de sua subjugação ao “interesse público”**

(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal, o interesse público da União na forma de lei complementar.

(v) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

(vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

(vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

77. A interpretação literal de tais condicionantes admite que os direitos dos índios sejam simplesmente “suplantados” sempre que houver “interesse público da União na forma de lei complementar”. Em uma democracia real, há necessidade intransponível de respeito aos direitos de minorias – que são naturalmente contramajoritários e, não raramente, contrários à abstrata noção de interesse público. Aliás, o traço natural de qualquer direito fundamental é limitar o poder do Estado.

78. Não por outra razão, a doutrina administrativista moderna tem relativizado a visão tradicional da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula de restrição dos direitos fundamentais. A Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e consagrar diversos direitos fundamentais, sobretudo e especificamente o direito à TI, impede que se utilize a genérica expressão “interesse público” para restrição de direitos.

79. É que não se está diante propriamente de conflito de interesses “particular” e público, mas de sobreposição de um interesse da maioria contra um direito fundamental de uma minoria étnica. A clássica prevalência do interesse público, em um Estado Democrático de Direito, cede espaço à ponderação no caso concreto e ao respeito aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da unidade constitucional.

80. Não bastasse, tal condicionante também viola o artigo 15.2 da Convenção n. 169 da OIT, que assim preceitua:

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

81. As condicionantes V e VI conferem primazia completa e incondicionada à política de defesa nacional em detrimento dos direi-

tos indígenas, que tornam sua defesa dependente de leituras sobre segurança nacional, com possibilidade de supervalorização de riscos e ameaças em detrimento dos interesses constitucionalmente protegidos das comunidades indígenas.

82. Por outro lado, não fazem referência alguma ao artigo 231, § 6º, da Constituição, que, ao tratar dos atos de ocupação e posse das áreas indígenas por terceiros, ressalva “relevante interesse da União, segundo o que dispuser lei complementar”, até o momento inexistente.

83. Tais empreendimentos podem, muitas vezes, gerar efeitos nefastos sobre comunidades indígenas, afetando sua cultura e suas tradições e comprometendo seu modo de vida. Os direitos fundamentais indígenas cedem, em caráter absoluto, a interesses da União, sem que se preveja, sequer, a necessidade de consulta, nos termos do artigo 6º da Convenção n. 169 da OIT. Também aqui se faz tábula rasa das ressalvas do artigo 231, § 6º, CF, além de haver omissão a respeito da legislação ambiental, que, em situações similares, determina a realização de estudos sobre os impactos a serem suportados pelas comunidades atingidas.

84. Assim, a interpretação literal de tais condicionantes está em manifesto descompasso com a Constituição, de modo que a sua aplicação vinculante pelo Parecer Normativo n. 001/2017 termina por violar frontalmente a ordem constitucional.

#### **4.2 Condicionantes VIII a XI – Dupla afetação de terras indígenas e unidades de conservação**

**(viii)** o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

**(ix)** o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai;

**(x)** o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

**(xi)** devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não

índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

85. As condicionantes VIII a XI devem ser objeto de análise conjunta, na medida em que tratam do regime de dupla afetação de TIs e unidades de conservação.

86. Em inúmeros casos, os espaços mais preservados estão localizados exatamente nas áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios e outras comunidades tradicionais. Portanto, realmente não deve haver nenhum conflito em tal sobreposição; há simbiose e convergências. Assim, não há dúvidas de que é perfeitamente compatível a existência de TIs e unidades de conservação, o que também encontra amparo no Sistema de Unidades de Conservação da Natureza (artigos 5º e 57 da Lei n. 9.985/2000).

87. A legislação pátria estabelece a plena possibilidade de coexistência harmônica de TIs e áreas de outras comunidades tradicionais com unidades de conservação, inclusive de proteção integral.<sup>49</sup> Em razão desse robusto arcabouço jurídico que ampara a sobreposição de TIs e unidades de conservação, a 4ª e a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal têm entendimento

<sup>49</sup> **Decreto n. 6.040/2007**, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, define como objetivos específicos “solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável” (artigo 2º, II).

**Decreto n. 4.339/2002**, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, traz como objetivos específicos do Componente 2 – Conservação da Biodiversidade “11.2.8. promover o desenvolvimento e a implementação de um plano de ação para solucionar os conflitos devidos à sobreposição de unidades de conservação, terras indígenas e de quilombolas”.

**Decreto n. 7.747/2012**, que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI), estabelecendo, entre outras, a seguinte diretriz: o “protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações, assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas e as perspectivas de gênero e geracional” e a “contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas”.

**PPA 2016-2019** (Lei n. 13.249) – OBJETIVO: 1013 – Promover a gestão territorial e ambiental das TIs. Iniciativas 04M8 – “Articulação da elaboração de instrumentos que promovam a gestão compartilhada em Terras Indígenas e Unidades de Conservação Federais”.

consolidado acerca da compatibilidade do regime das TIs e das unidades de conservação:

Nos casos de unidades de conservação já criadas, que não levaram em conta por ocasião da respectiva criação a presença de populações tradicionais, há que se buscar a compatibilização entre a permanência das populações tradicionais e a proteção ambiental.

Para a efetiva garantia dos direitos das comunidades tradicionais em unidades de conservação, é imprescindível a realização da consulta prévia, livre e informada para elaboração e revisão do plano de manejo, bem como o estabelecimento de diálogo permanente entre as comunidades tradicionais e os gestores da UC, buscando-se a simetria entre as partes. Nos casos em que o plano de manejo houver sido elaborado sem consulta às comunidades tradicionais, este deverá necessariamente ser revisto, para garantia da participação informada dessas populações.

É necessária a realização de estudos antropológicos e etnoambientais nos casos de identificação de povos e comunidades tradicionais habitantes em unidades de conservação, envolvendo profissionais de diversas áreas do conhecimento, de forma a possibilitar, entre outros, a caracterização do modo de vida tradicional das comunidades, a identificação de saberes que promovam, a conservação ambiental e a compatibilidade das atividades desenvolvidas com a adequada proteção à preservação ambiental.<sup>50</sup>

88. Tal entendimento também consta do Manual da 6ª CCR, “Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral”, no qual estão listadas as seguintes premissas para a atuação do MPF:

15. Reconhecer o Plano de Manejo como o instrumento de gestão mais importante da Unidade de Conservação, devendo este ser construído considerando o reconhecimento técnico da presença da população tradicional;

16. Reconhecer a importância de elaboração do Plano de Manejo por meio da instauração de processo participativo que permita aprendizagem social e a valorização dos saberes locais/tradicionais sobre o manejo dos recursos naturais.

89. Quanto a esse ponto, cumpre acentuar que a diretiva supra se funda na experiência institucional no trato do conflito resultante da sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e unidades

<sup>50</sup> “**Carta de Belo Horizonte**” – resultante do seminário *Convergências entre as Garantias de Direitos Fundamentais e a Conservação Ambiental*, realizado pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF das temáticas de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural e de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, 4ª e 6ª CCR, com o intuito de debater e propor diretrizes de atuação para o MPF.

de conservação, *expertise* que está sintetizada em enunciados<sup>51</sup> da 6ª CCR, como os transcritos abaixo:

1. Em casos de sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e/ou unidades de conservação, é necessária a realização de estudo antropológico para contextualizar a dinâmica sociocultural.
2. As várias formas de proteção no âmbito cultural reforçam, e não substituem, a pretensão de titulação territorial.
3. Impõe-se a atuação do MPF pela implementação de políticas públicas destinadas às comunidades tradicionais, independentemente da regularização fundiária e de qualquer ato oficial de reconhecimento.
4. Os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais têm fundamento constitucional (art. 215, art. 216 e art. 231 da CF 1988; art. 68 ADCT/CF) e convencional (Convenção nº 169 da OIT). Em termos gerais, a presença desses povos e comunidades tradicionais tem sido fator de contribuição para a proteção do meio ambiente. Nos casos de eventual colisão, as categorias da Lei 9.985 não podem se sobrepor aos referidos direitos territoriais, havendo a necessidade de harmonização entre os direitos em jogo. Nos processos de equacionamento desses conflitos, as comunidades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária. Na parte em que possibilita a remoção de comunidades tradicionais, o artigo 42 da Lei 9.985 é inconstitucional, contrariando ainda normas internacionais de hierarquia supralegal.
5. O uso sustentável de recursos naturais por parte de povos e comunidades tradicionais é assegurado pela Constituição Federal (art. 215 e 216) e pela Convenção nº 169 da OIT (art. 14, 1), dentro e fora de seus territórios.
6. Os direitos territoriais dos povos quilombolas e outros povos e comunidades tradicionais gozam da mesma hierarquia dos direitos dos povos indígenas pois ambos desfrutam de estatura constitucional. Em casos de conflito, é necessário buscar a harmonização entre estes direitos, consideradas as especificidades de cada situação.
7. Os direitos territoriais dos povos e comunidades indígenas, quilombolas e outras tradicionais gozam da mesma hierarquia constitucional que o interesse público na proteção da segurança nacional. Em casos de conflito, é necessário buscar a harmonização proporcional entre os bens jurídicos em jogo. Nos processos de equacionamento dessas colisões, as comunidades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária.

90. Assim, apesar de não haver dúvidas acerca da possibilidade de coexistência de TIs e unidades de conservação, o problema residente nas condicionantes em referência diz respeito à hierarquização

---

<sup>51</sup> Enunciados do II Encontro Temático Quilombola, em 9 de outubro de 2014. Os princípios estabelecidos nesses enunciados foram confirmados em encontros intercamerais reunindo a 4ª e a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

de direitos fundamentais, claramente atribuindo prioridade à tutela do meio ambiente em detrimento dos direitos dos povos indígenas. A desarmonia com o texto constitucional soa evidente.

91. A interpretação conjunta das condicionantes deixa claro que a administração de tais áreas caberia exclusivamente ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), o que faria com que os direitos dos índios (especialmente usos e costumes no manejo da TI) fossem apenas como mais um fator a ser analisado, ao passo que à Funai caberia o papel de mero consultor.

92. Por outro lado, a natureza meramente opinativa da participação das comunidades indígenas na administração da unidade de conservação não se compatibiliza com o disposto no artigo 15.1 da Convenção n. 169 da OIT:

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

93. Ademais, tais condições disciplinam o trânsito de não índios sobre TIs, sem conceder nenhum espaço para que as próprias comunidades étnicas decidam a respeito. No caso de unidades de conservação, a decisão cabe ao ICMBio e, fora disso, à Funai. Não se prevê nem mesmo a necessidade de oitiva das populações indígenas afetadas, para a definição do regime de ingresso de não índios nas suas terras. Essa disciplina ofende a filosofia da Constituição no trato da questão indígena, que envolve a superação do modelo da tutela, e viola, ainda, o artigos 6.1, a, 7.1 e 18 da Convenção n. 169 da OIT.<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Convenção n. 169-OIT – “Art. 6º I. *Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;*” “Art. 7º I – *Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.*” e “Art. 18. *A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedir tais infrações.*”

94. Assim, embora seja louvável reconhecer a possibilidade de dupla afetação, tais condicionantes terminaram por hierarquizar direitos fundamentais, o que certamente levará a diversos problemas de ordem prática e restrições a direitos indígenas. A maturação que seria necessária para o desenvolvimento de tal concepção ficará certamente prejudicada pela prematura e inadequada edição de parecer normativo.

### **4.3 Condicionantes XII e XIII – Da cobrança de tarifas e contrapartidas pelos índios**

(xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

95. As condicionantes XII e XIII também merecem breves comentários, a fim de demonstrar impropriedades em sua aplicabilidade concreta. Enquanto a primeira impossibilita a cobrança para ingresso em TIs, a segunda se refere à utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão ou quaisquer outros equipamentos e instalações colocados a serviço do público.

96. Importante observar que tanto em um quanto em outro caso há restrição do direito fundamental ao usufruto exclusivo, previsto no artigo 231, § 2º, da Constituição da República. Em relação à impossibilidade absoluta de cobrança para ingresso de particulares em TIs, a previsão desqualifica o usufruto exclusivo e torna a proteção de TIs inferior a qualquer propriedade particular, ou mesmo em relação a terras públicas que admitam visitação pública, como são inúmeras unidades de conservação, em que o o Estado (no caso federal, o ICMBio) cobra para acesso e visitação.

97. As TIs são espaços que naturalmente possuem, à semelhança das unidades de conservação (e não por outra razão se admite a dupla afetação) notável beleza cênica, além de atributos relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural. Isso faz com que gozem de especial interesse turístico e científico, que, quando conciliáveis, podem ser autorizados pelos



índios e pela Funai, não havendo razão para que o destinatário do usufruto exclusivo de tais áreas não receba alguma contrapartida razoável. Impedir tal prática, tão corriqueira em propriedades particulares e unidades de conservação (públicas e privadas), significa violar, a um só tempo, o usufruto exclusivo e o próprio princípio da igualdade.

98. Desqualifica-se a autonomia dos povos indígenas sem fundamentação razoável, até porque esse ponto não foi objeto de análise aprofundada no caso Raposa Serra do Sol. Há hierarquização negativa do usufruto exclusivo dos índios, que é de natureza constitucional, em relação a um usufruto que existiria em qualquer propriedade privada, de natureza civil.

99. Demonstrando a insubsistência de tal condicionante, a Funai, em boa hora, editou a Instrução Normativa n. 3/2015, pela qual, com amparo do Decreto n. 5.051/2014 (que instituiu a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI), apoia iniciativas sustentáveis e de etnoturismo e ecoturismo em TIs.

100. No mesmo sentido, identifica-se ilegalidade quando é estabelecida, de modo genérico e abstrato, a impossibilidade de contrapartida para a construção de estradas, linhas de transmissão ou qualquer obra pública. Não se deve ignorar que determinadas ações do Estado sobre TIs podem implicar significativos impactos sobre o usufruto exclusivo dos índios, bastando imaginar a construção de uma rodovia sobre um território sagrado da comunidade ou mesmo sobre área fundamental para o plantio tradicional.

101. O princípio geral do direito *alterum non laedere ou neminem laedere*, pedra fundamental da responsabilidade civil, preconiza que a ninguém é dado causar lesão a outrem. Desse modo, a partir da vedação de fato ilícito que importe danos a outras pessoas, extrai-se que, uma vez ocorrida a lesão, imperativo será o ressarcimento.

102. A vedação genérica de indenização ou compensação constitui inadmissível restrição ao usufruto exclusivo, bem como carta branca para que o Estado e outros particulares gerem danos sobre os índios. A condicionante, portanto, viola a máxima de que qualquer dano injusto deva ser indenizado, amparada no próprio artigo 1º, III, da Constituição da República.

103. Viola também o artigo 3º, IV, da CF/1988, ao permitir que os danos e restrições de direitos tenham menor valor do que um dano a qualquer particular. Cabe lembrar que a redução da utilidade de

propriedade particular decorrente de obra pública admite reparação e, a depender do caso, desapropriação, mediante justa e prévia indenização, nos termos do artigo 5º, XXIV, da Constituição.

104. Não se pode admitir que, em manifesta violação ao princípio da igualdade, seja negada vigência aos artigos 186 e 927 do Código Civil, que estabelecem a obrigação por danos a outrem, tornando-os inaplicáveis quando se trate de prejuízos sofridos pelos índios.

105. Dessa forma, *prima facie*, há uma desqualificação imotivada do usufruto exclusivo e de inúmeros danos que poderiam ser causados aos índios. Inverte-se a lógica constitucional, que buscou conferir especial proteção às TIs, tornando tais territórios espaços aos quais se garante menos direitos do que ocorreria em uma propriedade particular. Como mencionado em capítulo anterior, a noção moderna de interesse público exige que o princípio seja compatibilizado com a dignidade da pessoa humana, com os direitos fundamentais e com o princípio da proporcionalidade, pelo que as previsões genéricas não subsistem em uma interpretação sob as luzes da ordem constitucional vigente.

106. Dessa forma, por violar o princípio da igualdade e o usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras, ao admitir genericamente danos não indenizáveis aos índios, o Parecer Normativo n. 001/2017 é inconstitucional e ilegal.

#### **4.4 Condicionante XVII – Vedação de ampliação e sua incompatibilidade com o regime jurídico dos direitos originários dos índios sobre suas terras**

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

107. Ao contrário da posição expressa pelo Parecer Normativo n. 001/2017, o STF, no caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3.388), não vedou, após a Constituição Federal de 1988, outras demarcações e revisões que fossem necessárias. Tendo-se por base análise vertical do *leading case* (aprofundando o seu inteiro teor, inclusive, das discussões travadas na sessão), verifica-se interessante passagem, significativa do porquê do voto do ministro Menezes Direito, ponderando a condicionante em questão. Naquela oportunidade, disse o saudoso ministro:

Eu queria aduzir uma ponderação que me parece relevante. É que, **uma vez feita a demarcação, pode ocorrer – e, veja que quando nós definimos o critério da demarcação, pelo menos, na maioria dos votos**

**que foram proferidos na Suprema Corte, consideramos possível e até compatível com a Constituição Federal,** e o Ministro **Gilmar Mendes** chamou a atenção para esse aspecto, que Vossa Excelência já havia chamado anteriormente, **a demarcação contínua.** O que significa que, necessariamente, se tem de utilizar o critério dos ciclos concêntricos, porque a agricultura indígena é a agricultura da coivara. **Então, nós temos de admitir extensões maiores, por mais que elas possam aqui, ali e acolá ser assustadoras, temos de admitir a possibilidade dessas extensões serem maiores do que, à primeira vista, poderia ser necessário.**

**Com isso, se amplia positivamente a possibilidade da demarcação.** Agora, **uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 88,** se nós vamos estender essa demarcação permitindo a ampliação, vamos, a meu ver, criar esse problema, que pode ser resolvido, mantido o critério da vedação da ampliação, pelo sistema ordinário das expropriações. Pode ser necessário, e a União pode exercer o direito expropriatório. (Fls. 851/852 do acórdão).

108. Como visto, o processo de demarcação de TIs tem natureza declaratória, de modo que eventual vício no seu trâmite constitui mera irregularidade que não enseja nulidade no procedimento que reconhece a terra como de ocupação tradicional dos índios.

109. Por tal razão, o regime jurídico da decadência administrativa, previsto na Lei n. 9.784/1999, não se aplica aos direitos originários dos índios, **tendo em vista que eles decorrem diretamente da Constituição.**

110. Ademais, a noção de decadência e, conseqüentemente, de vedação de ampliação, não faz sentido quando se trate de demarcação que não tenha transcorrido ***em conformidade com o marco legal da Constituição de 1988 e com o Decreto n. 1.775/1996,*** pois, a partir de então, haverá estudo destinado a identificar a terra *tradicionalmente ocupada* nos termos da Constituição de 1988, assim entendidas as áreas “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (§ 1º do artigo 231 da Constituição).

111. Ora, com o início da vigência de 1988, há que garantir que a demarcação se dê em conformidade com o novo marco constitucional, sendo totalmente desarrazoada a tentativa de aplicar o prazo de cinco anos, previsto na Lei n. 9.784/1999, de índole infraconstitucional,

com o objetivo de neutralizar a eficácia de norma constitucional constitutiva de direito fundamental. O STF, em situações similares, tem rejeitado reiteradamente a tentativa de aplicar a Lei n. 9.784/1999:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. INGRESSO. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, § 3º, DA CRFB/88. **NORMA AUTOAPLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. OFENSA DIRETA À CARTA MAGNA. SEGURANÇA DENEGADA.**  
(...)

4. *In casu*, a situação de flagrante inconstitucionalidade não pode ser amparada em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, agasalham a pretensão de perpetuação do ilícito.

5. **A inconstitucionalidade *prima facie* evidente impede que se consolide o ato administrativo acoimado desse gravoso vício em função da decadência.** Precedentes: MS 28.371 AgR/DF, relator o ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 27.02.2013; MS 28.273 AgR, relator o ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 21.02.2013; MS 28.279, relatora a ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 29.04.2011.

6. Consectariamente, a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência do princípio da proteção da confiança e, muito menos, terão o condão de restringir o poder da Administração de rever seus atos.

7. **A redução da eficácia normativa do texto constitucional, ínsita na aplicação do diploma legal, e a consequente superação do vício pelo decurso do prazo decadencial,** permitindo, por via reflexa, o ingresso na atividade notarial e registral sem a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, **traduz-se na perpetuação de ato manifestamente inconstitucional, mercê de sinalizar a possibilidade juridicamente impensável de normas infraconstitucionais normatizarem mandamentos constitucionais autônomos, autoaplicáveis. (...)** (Grifamos).<sup>53</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUA-**

<sup>53</sup> STF, MS n. 26.860, Pleno, relator o ministro Luiz Fux, DJE de 23/9/2014.

**CÔES INCONSTITUCIONAIS.** PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável.

(...)

5. **Situações flagrantemente inconstitucionais** como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público **não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.**

6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). (...) (Grifamos).<sup>54</sup>

112. *Ad argumentadum tantum*, outro ponto a destacar é a inadmissível tentativa de ***conferir eficácia retroativa à norma prevista na Lei n. 9.784/99, pois, além da inconstitucionalidade de tal interpretação, por violação ao direito fundamental às TIs, violaria também a segurança jurídica.*** Tendo entrado em vigor o referido diploma normativo em 25 de janeiro de 1999, somente a partir de então poder-se-ia cogitar o termo *a quo* do prazo quinquenal nele previsto, de modo que se findaria **em 25 de janeiro de 2004.**

113. Tal noção conflita inclusive com a jurisprudência de muito consolidada no sentido de que a norma contida no artigo 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias é meramente programática, não havendo caráter decadencial no prazo quinquenal ali

<sup>54</sup> STF, MS n. 28.279, Pleno, relatora a ministra Ellen Gracie, DJE de 29/4/2011.

estabelecido.<sup>55</sup> Ora, seria absolutamente incoerente entender há efeito decadencial em norma de caráter infraconstitucional quando dispositivo de igual teor constante do bloco de constitucionalidade não o tem.

114. Da leitura da ponderação supra, denota-se que o objetivo do caso Raposa Serra do Sol foi tornar a vedação à demarcação ampliativa uma regra ordinária e como **exceção a possibilidade de ampliação, quando não tivessem sido obedecidos os preceitos da Constituição Federal de 1988, independentemente da data.**

115. Na contramão do princípio da proibição ao retrocesso social, consagrado em temas de direitos humanos, essa condição sob análise instituiu uma espécie de “proibição do avanço” em matéria de proteção do direito das populações indígenas às suas terras.

116. É certo que muitas vezes as demarcações contêm erros ou vícios, que podem desfavorecer as populações indígenas. A condição, da forma como está redigida, impediria a correção desses vícios, sempre que dela resultasse ampliação de TIs. Além de conflitar com o caráter declaratório da demarcação de TIs, tais condicionantes geram o direito de se beneficiar indevidamente decorrente de um erro administrativo.

117. No julgamento da Ação Cível Originária n. 312, de 2012, a ministra Cármen Lúcia ressaltou que a mera delimitação ou destinação de TIs sem efetivação do processo demarcatório não representa óbice ao procedimento de demarcação de TIs nos termos previstos do artigo 231 da Constituição e do Decreto n. 1.775/1996, *verbis*:

(...) a delimitação, ainda que sem o aperfeiçoamento formal do processo demarcatório, pela ausência de sua homologação, não pode ser óbice ao reconhecimento das terras indígenas, sobre elas incidindo a impossibilidade de se ter por válidos atos jurídicos firmados por particulares com o Estado da Bahia. (...) Mas não é possível desconsiderar o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as terras ocupadas pelos índios certamente não eram devolutas, não havendo falar, portanto, de sua integração ao patrimônio dos Estados. O que anoto é que, sem o aperfeiçoamento do processo demarcatório pela ausência da homologação, situação antes mencionada, a incidência da proteção constitucional depende da comprovação fática da caracterização de determinada área como *habitat* de certa etnia. (ACO n. 312, relator o ministro Eros Grau, Pleno, DJE de 21/3/2013).

118. Também nesse sentido, insta mencionar que o próprio relator dos embargos de declaração na Petição n. 3.388, ministro Roberto Barroso, assim se posicionou expressamente:

<sup>55</sup> Entre tantos outros, RMS n. 26.212/DF.

76. Em **segundo** lugar, o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. O controle judicial, por exemplo, é plenamente admitido (CF/88, 5º, XXXV) – não fosse assim, a presente ação jamais poderia ter sido julgada no mérito, já que seu objeto era justamente a validade de uma demarcação. A limitação prevista no acórdão alcança apenas o exercício da autotutela administrativa. Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas **“não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador”** (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso porque a inclusão de determinada área entre as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório.

77. **O mesmo não ocorre, porém, nos casos em que haja vícios no processo de demarcação.** A vinculação do Poder Público à juridicidade – que autoriza o controle judicial dos seus atos – impõe à Administração Pública o dever de anular suas decisões quando ilícitas, observado o prazo decadencial de 5 anos (Súmula 473/STF; Lei nº 9.784/99, arts. 53 e 54). Nesses casos, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LVI e LV), a anulação deve ser precedida de procedimento administrativo idôneo, em que se permita a participação de todos os envolvidos (Lei nº 9.784/99, arts. 3º e 9º) e do Ministério Público Federal (CF/88, art. 232; Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, III, e), e deve ser sempre veiculada por decisão motivada (Lei nº 9.784/99, art. 50, I e VIII). Ademais, como a nulidade é um vício de origem, fatos ou interesses supervenientes à demarcação não podem dar ensejo à cassação administrativa do ato. Esses pontos foram bem sintetizados no voto do Ministro Gilmar Mendes (fls. 776, 782-3):

Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. **No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público,** como bem salientado no percuente voto do Ministro Menezes Direito.

(...)

**Ressalte-se que não se está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. Disso não**

**se trata. A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.**

(...)

78. Em **terceiro** lugar, e por fim, independentemente do que se observou acima, **é vedado à União rever os atos de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**, ainda que no exercício de sua autotutela administrativa. Recorrendo novamente às palavras do Ministro Gilmar Mendes: “Como bem salientado pelo Ministro Menezes Direito, o procedimento demarcatório que redundou na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol não poderá ser revisto, considerando que a sua correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal” (fl. 782). Essa orientação também contava com a adesão, e.g., do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator). Embora discordasse da condicionante *r* em caráter geral, Sua Excelência explicitamente observou que estava “de pleno acordo” com sua aplicação ao caso concreto decidido pelo Tribunal (fl. 848). (Grifamos).

119. Portanto, o entendimento estabelecido na Petição n. 3.388 não impede a demarcação em consonância com o artigo 231 da Constituição quando haja prévia delimitação, anterior e posterior de 5 de outubro de 1988, que não assegurasse aos índios as terras tradicionalmente ocupadas. Afinal, nessa hipótese nunca houve demarcação efetiva do território tradicional. Demonstra-se, assim, que a aplicação da literalidade da condicionante XIX não encontra amparo na jurisprudência do STF, eivando o Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU de inconstitucionalidade.

#### **4.5 Da aplicação da teoria das capacidades institucionais às demarcações de terras indígenas**

120. A jurisprudência do STF, conforme visto, é pacífica no sentido de que a demarcação de TIs deve respeitar a *metodologia propriamente antropológica*. Nesse sentido, quando o caso exija *expertise* na área, a teoria das *capacidades institucionais*<sup>56</sup> recomenda aos profissionais do direito e especialmente ao Poder Judiciário a devida autocontenção no avanço sobre revisão de tais matérias. Conforme voto do ministro Roberto Barroso, no julgamento multicitado das Ações Cíveis Originárias n. 362 e n. 366:

<sup>56</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.



Por fim e último plano que me parece importante, Presidente, que é o plano da interpretação constitucional, da metodologia da interpretação constitucional, que diz respeito a uma categoria que a teoria constitucional tem denominado de capacidades institucionais. Embora o Judiciário tenha a competência formal para dar a última palavra sempre que se estabeleça um conflito de interesses judicializado, o fato de ter a competência para dar a última palavra não significa que ele deva dar a última palavra quanto ao mérito que esteja sendo discutido. Quer dizer, nem sempre o Judiciário será o árbitro mais qualificado para deliberar acerca de determinadas matérias, sobretudo as questões político-administrativas que têm uma dimensão técnica especializada muito relevante, como acho que é o caso aqui em discussão. Portanto, temas como demarcação de terras indígenas, transposição de rios e outros temas que exigem uma expertise diferente daqueles que foram a uma faculdade de Direito, eu acho que o que nós devemos zelar é pelo cumprimento do devido processo legal e assegurar que todas as pessoas com legítimo interesse tenham sido ouvidas e participado da discussão, apresentando as suas razões. Mas o mérito da decisão técnica, antropológica, de uma questão que envolve expertise em formação e tradições indígenas, verdadeiramente, penso que refoge ao tipo de formação que o Judiciário tem. Portanto, acho que, nestas matérias, a melhor postura é uma postura de autocontenção, de deferência para com o ato político praticado pelo Poder competente com base no laudo técnico elaborado, no caso específico, o decreto que criou o parque.

121. Também, no mesmo julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski voltou a propugnar a necessidade de que os estudos de identificação das terras só sejam revistos mediante robusta prova técnica de mesma natureza:

Não raro, diria, até muito comum, serem os laudos antropológicos desqualificados, imputando-lhes a característica de que são mera literatura. Reafirmo aqui – e, aliás, ontem, essa minha convicção foi fortalecida pela presença de duas eminentes professoras da Universidade de Brasília, que lidavam com a questão indígena, que são antropólogas por profissão, e que me convenceram mais uma vez, e nem precisariam, porque tenho também uma formação em Ciências Sociais e dediquei dois anos da minha vida ao estudo da antropologia, primeiro física, depois, cultural – e afirmar que a Antropologia é, sim, uma ciência. É uma Ciência porque tem método próprio, um objeto específico e baseia suas conclusões em dados empíricos. Ao nos debruçarmos sobre estes laudos antropológicos, que integram esses dois feitos, verificamos que são dados antropológicos elaborados segundo os cânones científicos, porque estão fundados em documentos, mapas e provas testemunhais. Portanto, são laudos, do ponto de vista técnico, absolutamente impecá-

veis –, aliás, foram realizados por determinação de Vossa Excelência, em boa hora, Ministro Marco Aurélio – e que a meu ver, resolvem a controvérsia fática, como disse o eminente Procurador-Geral da República, de maneira absolutamente definitiva.

122. Nesse sentido, pelo Parecer Normativo n. 001/2017, a AGU busca impor sua visão estritamente jurídica a outros órgãos da administração federal que têm responsabilidade técnica científica de outras áreas, como é o caso da Funai. A situação é ainda mais grave porque, como exaustivamente demonstrado, vincula a administração a várias premissas que nunca chegaram a ser objeto de análise aprofundada pelo STF ou mesmo pela AGU, que se limita a transcrever as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol.

## **5. DO VÍCIO FORMAL DO PARECER: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

123. Como sobejamente demonstrado, o Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU, ao contrário do que alega, não se ampara em jurisprudência consolidada do STF. Na verdade, além de se fundamentar em precedentes isolados, constituídos a partir das particularidades do caso concreto, ele em si afronta decisões reiteradas do próprio Tribunal Excelso, o que é suficiente para demonstrar a ausência de suportes constitucional e infraconstitucional.

124. Ao inovar no mundo jurídico, o ato incide em inconstitucionalidade formal, mediante manifesta usurpação de função típica do Congresso Nacional. Ante as reiteradas decisões do STF no sentido de que as condicionantes só se aplicam ao caso Raposa Serra do Sol, o parecer normativo se propõe a criar obrigações e suprimir garantia e direitos da União e dos índios, violando frontalmente a Constituição (artigo 22, XIV, c/c artigo 44).

125. O princípio da legalidade, decorrência lógica do Estado Democrático de Direito e previsto expressamente na Constituição (artigo 5º, I, e artigo 37), impõe o dever de o Estado agir sempre autorizado e balizado pelo bloco de legalidade, com especial destaque para as previsões normativas contidas no texto constitucional. Conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, “inovar significa introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada” (...) “que aquele específico direito,

dever, obrigação ou limitação incidentes sobre alguém não estavam instituídos e identificados na lei regulamentada<sup>57</sup>.

126. Percebe-se que o que buscou efetivamente fazer a AGU – e, de resto, também a Presidência da República, que aprovou o parecer – foi editar ato normativo geral e abstrato não amparado na legislação, com isso exorbitando manifestamente os limites próprios de atuação.

127. Tendo ficado claro que o Supremo, por reiteradas vezes, já havia declarado a ausência de efeitos vinculantes do caso Raposa Serra do Sol, resta evidente que o parecer normativo extrapola os limites interpretativos e se arvora em atividade legiferante típica, em clara violação ao princípio da legalidade, à competência do Poder Legislativo e à separação de poderes.

128. Assim, também em razão desse fundamento, é inconstitucional o ato, por violação aos artigos 5º, II; 22, XIV; e 44 da Constituição da República, devendo ser imediatamente anulado.

## **6. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

### **6.1 Em face da União**

129. O parecer normativo também é inconstitucional por violar os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal da União, da Funai e dos povos indígenas, garantidos expressamente no artigo 5º, LV, da Constituição da República.

130. À AGU, função essencial à justiça, a Constituição atribuiu o elevado mister de defesa, judicial e extrajudicial, da administração direta e indireta da União (artigo 131 da CF/1988). Dada a relevância de suas funções, a Lei Complementar n. 73/1993 estabeleceu diversas prerrogativas e buscou estruturar, em cumprimento à Constituição, um órgão competente e sólido.

131. Especificamente quanto às demarcações de TIs, nesses 25 anos de vigência da Lei Orgânica da AGU, o Ministério Público Federal tem sido testemunha de um combativo órgão, que sempre defen-

---

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito administrado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 98.

deu (e defende), com zelo e eficiência, a União, a Funai e os direitos dos índios. Seja na esfera judicial, seja na extrajudicial, a AGU, por meio de competentes e diligentes advogados da União e procuradores federais, tem protegido o patrimônio público (as TIs) e impedido o ilegítimo esbulho por particulares.

132. Não obstante, o Parecer Normativo n. 001/2017 representa um ponto definitivamente fora da curva dessa história de responsabilidade institucional. Ao contrário do particular, que pode eleger livremente seu advogado para defender seus direitos em juízo, a Constituição estabeleceu que a União teria sua representação exercida pela AGU. Tendo em vista esse monopólio da defesa jurídica, o parecer, ao impedir o manejo de instrumentos e recursos cabíveis para defesa das demarcações de TIs, viola gravemente o direito ao contraditório, à ampla defesa e também ao interesse público, constituindo-se renúncia inaceitável de direitos e patrimônio.

133. Conforme ensinam Marinoni e Mitidiero,

O direito ao contraditório rege todo e qualquer processo: pouco importa se jurisdicional ou não. A Constituição é expressa, aliás, em reconhecer a necessidade de contraditório no *processo administrativo*. Existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe sob pena de solapado da parte seu direito ao processo justo: desde o *processo penal* até o processo que visa ao *juízo de contas por prefeito municipal* ou àquele que visa à imposição de *sanção disciplinar à parlamentar* deve ser realizado em contraditório, sob pena de nulidade. *Não há processo sem contraditório.*<sup>58</sup>

134. Em contraposição a isso, o parecer, ao se classificar como vinculante, teria o condão de impedir que um membro da AGU defendesse adequadamente a União e a Funai, mesmo quando tivesse ao seu dispor uma infinidade de argumentos e instrumentos jurídicos, inclusive jurisprudência favorável.

135. Viola-se, ainda, mais diretamente a ampla defesa, na medida em que se quebra a paridade de armas. Enquanto eventual particular disporá de toda sorte de instrumentos e argumentos para litigar com a União, esta terá a sua amplitude de defesa (e obviamente de recurso) ilegitimamente restringida.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

136. O próprio caso Limão Verde, Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462 (utilizado como base argumentativa do Parecer Normativo n. 001/2017), é muito ilustrativo dessa renúncia de vias legais aptas à proteção do patrimônio público federal. Nele, como visto, o STF, por meio da Segunda Turma e por decisão da maioria de sua composição (três ministros), decidiu por anular parte da demarcação da TI Limão Verde.

137. O caso ainda não foi acobertado pela coisa julgada e há enormes chances de ser revertido pelo Plenário da Suprema Corte, pois as incongruências expostas acima demonstram que o caso é absolutamente isolado e não encontra ressonância alguma na jurisprudência do STF.

138. A despeito de toda chance de êxito em eventual interposição de recurso, a Procuradoria-Geral Federal, intimada em 27/9/2017, e a AGU, intimada em 10/11/2017, devolveram os autos sem interposição de recurso, provavelmente com receio de eventuais reprimendas por possível violação ao parecer, provocando o risco de a decisão transitar em julgado de forma antecipada.

139. O absurdo salta aos olhos: a tentativa, temerária e precipitada, de produzir efeitos vinculantes de uma tese minoritária, ainda sob discussão e amadurecimento, termina por impedir a utilização de instrumentos de defesa, ocasionando o trânsito do caso. A suposta causa (o fundamento do parecer) se torna efeito – o caso Limão Verde, utilizado como base para construção do parecer, é, agora, afetado pela ausência de recursos. Isso, por si só, é suficiente para demonstrar que não há jurisprudência consolidada e o parecer busca aplicar efeitos de forma prematura de tal entendimento.<sup>59</sup>

## 6.2 Em face da Fundação Nacional do Índio

140. No caso da agência indigenista, o ataque ao contraditório e à ampla defesa é ainda mais grave. É que, constituindo-se como fundação pública, a Funai não é subordinada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública nem, tampouco, à AGU. Uma das principais

---

<sup>59</sup> Andamento disponível no seguinte link: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4548671>>. A consulta sobre eventuais petições protocolizadas apresenta último peticionamento em 26/7/2017, isto é, antes da intimação da AGU, do que se deduz que não houve recurso.

características das autarquias e das fundações autárquicas, ao lado da submissão ao regime jurídico de direito público, é a ***inexistência de hierarquia*** entre elas e o respectivo ministério a que estão vinculadas.

141. A relação é de **vinculação**, e não de **subordinação**, razão pela qual as decisões técnicas tomadas no âmbito da Funai não podem ser objeto de revisão política pelo ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública ou mesmo pelo presidente da República. Com isso, afastam-se ingerências políticas em questões estritamente técnicas e que se referem a direitos fundamentais, como é o caso da demarcação de TIs.

142. Nesse sentido, conforme prevê o artigo 25 do Decreto-Lei n. 200/1967, os mecanismos de controle de legalidade se dão por ***supervisão ministerial***. Objetiva-se, assim, assegurar, segundo o próprio dispositivo: I – a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; II – a harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação da entidade; III – a eficiência administrativa; e IV – a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

143. O artigo 1º da Lei n. 5.371/1967, por sua vez, prevê, entre outras finalidades da Funai, ***“a garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas utilidades nela existentes”***. A leitura do dispositivo sob uma filtragem da Constituição vigente impõe o dever – em face do qual não cabe transigir, pois referente a direito fundamental – de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

144. No mesmo sentido, o artigo 2º do Decreto n. 9.010/2017 estabelece que a Funai tem por finalidade a garantia ***“ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes”***, ao passo que o artigo 4º prevê que a fundação ***“promoverá estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas”***.

145. A despeito disso, o Parecer Normativo n. 001/2017 afeta diretamente a atividade da Funai, pois impõe à fundação, de forma vinculante, diversos requisitos que não se extraem diretamente da lei ou da Constituição. Para além disso, uma vez judicializada a matéria, a Funai não terá garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa, pois a Procuradoria Federal se verá obrigada a seguir o entendimento do parecer. A desigualdade processual é flagrante: de um lado, o particular litigante poderá escolher livremente os melhores advogados

para exercício de sua defesa; de outro, a Funai, embora disponha de um dos mais competentes quadros técnico-jurídicos, terá de admitir que o órgão responsável pela sua representação não poderá manejar todos os instrumentos e fundamentos jurídicos que tiver a seu dispor.

### 6.3 Em face dos índios

146. O Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU termina por afetar também o direito ao contraditório e à ampla defesa dos índios. De acordo com o artigo 2º da Lei n. 6.001/1973, é dever da União proteger as comunidades indígenas, garantindo-lhes o usufruto exclusivo de suas terras.

147. Nesse sentido, a Lei n. 9.028/1995, em seu artigo 11, § 6º, dispôs que a “Procuradoria-Geral da Fundação do Índio permanece responsável pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União”, ao passo que o § 7º determina que, “na hipótese de coexistirem, em determinada ação, interesses da União e de Índios, a Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio ingressará no feito juntamente com a Procuradoria da Advocacia-Geral da União”. Em âmbito infralegal, o recém-editado Decreto n. 9.010/2017 estabelece expressamente que compete à Funai prestar assistência jurídica aos povos indígenas (artigo 3º).

148. Em razão de todo esse arcabouço normativo, não há dúvidas de que compete à Funai, por meio da Procuradoria Federal Especializada (PFE-Funai), zelar pelos direitos ao contraditório e à ampla defesa dos índios, seja em representação direta, quando o índio ou a comunidade estejam em juízo; seja quando, em seu regular exercício da representação judicial da Funai, os impactos de eventual sucumbência afetem os direitos dos povos indígenas.

149. Assim, o impedimento de que a Funai, por meio da Procuradoria Federal Especializada e, de modo geral, pela Procuradoria Federal, exerça o direito de defesa, vilipendia o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal dos índios. É importante ressaltar que, na maioria dos processos judiciais, não é admitida a participação direta dos índios, por meio de seus advogados próprios, de modo que, uma vez renunciada a defesa pela AGU, seus direitos estarão absolutamente sem defesa.

150. Tal cenário fica muito claro quando se percebe que nenhum dos três casos pós-Raposa Serra do Sol citados no parecer normativo contou com a participação das comunidades diretamente envolvidas. Tal direito foi negado expressamente pelo então ministro relator, Teori Zavascki, no caso Limão Verde, que, em 24 de abril de 2015, ao apreciar o pedido de declaração de nulidade em razão da falta de participação da comunidade terena, assim decidiu:

*a Comunidade Terena não goza da qualidade de parte no presente processo, uma vez que, em momento algum, requereu seu ingresso na lide, não tendo, portanto, legitimidade para pleitear o reconhecimento de nulidade no processo.*

E prossegue Sua Excelência:

*Registre-se que a Comunidade Terena não logrou êxito em demonstrar qualquer prejuízo decorrente de sua não participação no processo, sendo certo que (a) integrou o polo passivo da demanda a FUNAI – órgão a quem cabe “a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas” (art. 35 da Lei 6.001/73) – e (b) a causa foi acompanhada em todas as instâncias pelo Ministério Público Federal. **É de salientar que ambos os órgãos interpuseram recursos em favor da Comunidade Terena.** (Grifamos).*

151. A decisão julga desnecessária a participação da comunidade na relação processual justamente porque a Funai integrou o polo passivo da ação, tendo o Ministério Público Federal acompanhado o feito na qualidade de *custos legis*. Salienta, ao fim, que todos recorreram das decisões favoráveis.

152. A situação mudou após a edição do Parecer Normativo n. 001/2017. Além de as comunidades não participarem diretamente do processo, já não têm a garantia de que a Funai e também a União utilizarão de todos os recursos e instrumentos de defesa disponíveis. Foi o que ocorreu no mesmo caso Limão Verde (ARE n. 803.462), em que a AGU e a Procuradoria-Geral Federal deixaram de interpor recurso em face da decisão colegiada da Segunda Turma.

153. Partindo da própria decisão do ministro, haveria que declarar, agora, a nulidade do processo, uma vez que os órgãos responsáveis não manejaram os recursos devidos e os índios nem sequer foram autorizados a se defender.

154. Embora o cenário de futura colegiada do Plenário do STF indicasse grandes chances de êxito no provimento do recurso, preferiram aplicar o Parecer Normativo n. 001/2017, em prejuízo dos



direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal dos índios terenas, que correm o risco de verem a integridade de seu território prejudicada sem poderem se defender.

155. Registre-se que não se pode concordar com a tese adotada pelo ministro relator do caso Limão Verde citada acima, no sentido de que é indispensável a citação direta da comunidade, uma vez que conflita com a Constituição da República, que rompeu com o regime tutelar dos índios, e mais especificamente com o artigo 232, que reconheceu expressamente a legitimidade dos indígenas, suas comunidades e organizações para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

156. Todavia, fato é que vários julgados ainda fazem referência acrítica ao Estatuto do Índio, que atribui a tutela dos índios à União, de modo que a defesa deles seja exercida exclusivamente pela Funai. A violação ao contraditório e à ampla defesa, além de ao próprio devido processo legal, é manifesta em um cenário no qual, embora os efeitos mais nefastos de uma anulação de terra indígena sejam em face dos próprios índios, os únicos réus (União e Funai), pelo Parecer Normativo n. 001/2017, estão obrigados a não exercer o direito de defesa.

157. Não restam dúvidas de que, também por essa ótica, o Parecer Normativo n. 001/2017 é inconstitucional, pois a AGU termina por agir exclusivamente em prejuízo dos interesses que deveria proteger, deixando a União, a Funai e, principalmente, os índios sem defesa processual.

## **7. DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DOS BENS DA UNIÃO**

158. Conforme estabelece o artigo 20, XI, c/c o 231, § 6º, ambos da Constituição da República, as TIs são bens públicos da União, sendo nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais terras.

159. Assim, o reconhecimento das TIs implica regime jurídico próprio, enquanto bens da União que são, especialmente as características da inalienabilidade e, “como decorrência desta, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade”<sup>60</sup>, conforme previsto no próprio artigo 231 da Constituição e no artigo 100 do Código Civil.

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed., Atlas, p. 676 e 677.

160. Dessa forma, a falta de defesa da União em processos que discutam TIs termina por violar o regime jurídico supraexplicitado e implica renúncia de bem público, em prejuízo aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público.

161. É que, conforme ensina o professor José dos Santos Carvalho Filho<sup>61</sup>, os bens e interesses públicos não pertencem à administração nem a seus agentes, cabendo-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta, sim, a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. A administração atua em nome de terceiro, não podendo se furtar à defesa intransigente de tais bens.

162. No mesmo sentido, acerca da impossibilidade de a Fazenda Pública declinar de exercer a defesa de seus atos e do patrimônio público, ensina Leonardo Carneiro da Cunha:

A Fazenda Pública revela-se como fãtriz do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.<sup>62</sup>

163. Daí, por não se tratar de direito próprio, torna-se totalmente inadmissível que a União, por meio de seus agentes, renuncie à utilização de qualquer um dos instrumentos a ela disponíveis para defesa de seu patrimônio, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo. O caso é ainda mais grave porque implica, a um só tempo, renúncia a bem público e também violação a direito fundamental, dado o seu caráter de bem público de uso especial destinado a assegurar a reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições.

## 8. DA AUSÊNCIA DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS

164. A Convenção n. 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.051/2004, tem natureza de ato normativo supralegal, por ser tratado internacional de direitos humanos,

<sup>61</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 23. ed. p. 37.

<sup>62</sup> CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Forense, 2016, p. 32.

conforme decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP pelo STF.

165. Conforme os artigos 6º e 7º do referido tratado:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

(...)

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

166. Verifica-se, assim, que a adoção de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar diretamente os povos indígenas depende de consulta livre, prévia e informada, de modo que eventual descumprimento das suas determinações pode gerar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro.

167. O direito à consulta também se encontra previsto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, *in verbis*:

Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

168. Por ela, além de se exigir a boa-fé para aplicação de medidas legislativas que afetem os povos indígenas, há o registro expresso de que o consentimento deve ser livre, prévio e informado.

169. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, reconheceu a incorporação da Convenção n. 169 da OIT ao Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, nos precedentes *Pueblo Samaramaka vs. Suriname* (2007) e *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012).

170. Na sentença do caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, de 27 de junho de 2012, a Corte Internacional de Direitos Humanos definiu, inclusive, *standards* para avaliar se determinada medida governamental observou ou não o requisito da consulta às populações afetadas. São eles: a consulta deve ser realizada em caráter prévio; a consulta deve ser feita de boa-fé e com o objetivo de chegar a um acordo; a consulta deve ser adequada e acessível; os estudos de impacto ambiental devem ser realizados em cooperação com os povos afetados; a consulta deve ser informada.

171. Assim, o parecer normativo constitui, na prática, ato normativo, que não se limita a interpretar a jurisprudência, mas gera um efeito evidentemente novo, que é a **própria aplicação com força obrigatória** à administração pública federal, efeito novo e não decorrente da decisão do STF na Petição n. 3.388. Diante desse grave impacto sobre os direitos dos povos indígenas, o desrespeito ao direito de consulta, nos termos do artigo 6º da Convenção n. 169 **é causa de nulidade do parecer normativo, devendo ser, também por esse motivo, imediatamente declarado inválido.**

172. Ademais, é importante que seja rechaçada a inadmissível argumentação de que o Parecer Normativo n. 001/2017 dispensaria o cumprimento da Convenção n. 169 da OIT pelo fato de a Petição n. 3.388 ter transcorrido com a “participação das comunidades indígenas”. Ora, além de a consulta não guardar nenhuma similitude com

“participação” em processos judiciais, naquela oportunidade foram ouvidas, *após o fim da instrução processual*, poucas comunidades da própria TI Raposa Serra do Sol.

173. Não é demais dizer que a Convenção n. 169 da OIT exige a consulta “aos povos diretamente afetados” e, diferentemente da Petição n. 3.388, em que se discutiam apenas os direitos dos grupos da TI Raposa Serra do Sol, o Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU afeta os direitos de todos os povos indígenas do Brasil.

174. Não bastasse, a consulta exige que se dê forma livre, prévia e **informada**. Para ser informada, o objeto consultado deve ser perfeitamente identificado. Sequer no caso Raposa Serra do Sol havia clareza quanto à possibilidade de estabelecimento de condicionantes, e os índios não foram consultados sobre cada uma delas ou mesmo sobre a tese do marco temporal.

175. Tampouco procede a vazia argumentação de que o direito de consulta “não é absoluto” para simplesmente vilipendia-lo, fazendo analogia a questões de segurança nacional. A transcrição de trecho do ministro Roberto Barroso para justificar o descumprimento do direito de consulta aos índios é prova maior da deliberada intenção de descumprir a Convenção n. 169 da OIT. Diferentemente do que disse o ministro Barroso<sup>63</sup>, os índios nunca foram “ouvidos e seus interesses honesta e seriamente considerados” para emissão do parecer normativo, que atribuiu efeito vinculante às condicionantes sem que o próprio STF tivesse assim entendido.

176. O parecer normativo foi publicado sem possibilidade de participação dos indígenas, que foram absolutamente surpreendidos. Embora os índios não tenham sido consultados para edição do parecer normativo que afronta os seus direitos, o documento, segundo afirmou o deputado Luís Carlos Heinze (PP/RS), foi objeto de prévia discussão com a Frente Parlamentar da Agropecuária, que chegou a anunciar o seu conteúdo antes mesmo da publicação.<sup>64</sup> Ou seja, a surpresa era apenas em face do titular do direito e a quem é resguardado o direito de consulta; os terceiros interessados e beneficiados, por sua vez, foram, pelo menos, informados.

<sup>63</sup> Voto no julgamento da Pet n. 3.388 ED.

<sup>64</sup> <<http://deputadoheinze.com.br/index.php/imprensa-top/noticias/2458-terras-indigenas-publicacao-de-portaria-impedira-demarcacoes-fraudulentas>>.

177. Descumprido o direito de consulta enquanto pressuposto de validade de qualquer ato que impacte diretamente os direitos dos índios, é de reconhecer afronta ao texto da Convenção n. 169 da OIT e também da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, pelo que é inválido o Parecer Normativo n. 001/2017.

## **9. DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL**

178. Os direitos dos povos indígenas estão consolidados em diversos instrumentos internacionais, especialmente na Convenção n. 169 da OIT<sup>65</sup>, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos

---

<sup>65</sup> Artigo 13 – “1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. A utilização do termo ‘terras’ nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma. Artigo 14 – “1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.”

Artigo 16 – “1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam. 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. 3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.”

Povos Indígenas<sup>66</sup> e na Declaração Americana sobre os Direitos dos povos Indígenas<sup>67</sup>. Todos esses diplomas estão repletos de dispositivos que asseguram expressamente os direitos dos índios sobre suas terras, de modo que eventual restrição de tais direitos pelo Estado Brasileiro significaria afronta ao direito internacional dos direitos humanos e acarretaria sérios riscos de responsabilização na esfera internacional.

179. Consoante os referidos diplomas internacionais, é dever do Estado garantir os direitos dos índios sobre suas terras, além de proteger essas áreas de qualquer tentativa de esbulho de terceiros, punindo, independentemente do tempo, a intrusão de terceiros em TIs. Em sentido contrário, o Parecer Normativo n. 001/2017 busca legitimar situações de fato, que na sua origem foram efetivadas mediante remoção de índios e esbulho de suas terras.

180. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já teve a oportunidade de se manifestar justamente nesse sentido, declarando que o direito dos índios à reivindicação de seus territórios deve ser garantido e respeitado, pois baseado no vínculo cultural existente, que

---

Artigo 18 – “A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.”

<sup>66</sup> “**Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos – 1.** Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. 5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.”

<sup>67</sup> “6. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.”

persiste mesmo diante da existência de títulos privados de terceiros. No caso Povo Kaliña e Lokono vs. Suriname, a CIDH declarou o dever do Estado de delimitar, demarcar, titular e garantir o uso e gozo do território coletivo.<sup>68</sup>

181. Também se contrapondo frontalmente à tese de um “marco temporal em 1988”, no caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, a Corte Interamericana já decidiu no sentido de que a relação de identidade existente entre os índios e as suas terras garante o direito de recuperação dos seus territórios, independentemente de prazo, enquanto perdurarem os laços espirituais e culturais.

182. Portanto, o entendimento já consolidado pela CIDH exige que o Estado Brasileiro busque garantir os territórios, inclusive mediante retorno para aqueles que tenham sido objeto de esbulhos pelo próprio Estado ou por particulares. O Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU, na contramão de tal dever, a título de garantir “segurança jurídica”, busca consolidar situação de fato ilegal em prejuízo do próprio titular de direito.

183. Ainda nesta semana, comprovando a gravidade da permanência de tal situação, *foi publicada a primeira condenação do Brasil perante a CIDH*, no caso Xucuru vs. Brasil.<sup>69</sup> Na oportunidade, entre outros pontos, a Corte Interamericana declarou o Brasil responsável pela violação da garantia da duração razoável do processo, a proteção judicial à propriedade coletiva da terra e condenou o Estado Brasileiro à obrigação de pagar 1 milhão de dólares à comunidade.

184. No mesmo sentido, recentemente a relatora especial das Nações Unidas para povos indígenas, Victoria Tauli-Corpus, realizou missão ao país, oportunidade em que rechaçou expressamente a possibilidade de estabelecer condições restritivas aos índios para o usufruto de seus territórios, especialmente um suposto marco temporal.

185. Ainda nesse contexto, no processo de Revisão Periódica Universal do Brasil nas Nações Unidas (ONU), a necessidade de fortalecimento dos direitos dos índios, sobretudo no que concerne à garantia de seus territórios e dos recursos naturais neles existentes, foi objeto de diversas recomendações do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

186. Portanto, o Parecer Normativo n. 001/2017 da AGU ignora todo esse panorama internacional, que impõe ao Estado Brasileiro

<sup>68</sup> <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)>.

<sup>69</sup> <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_346\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_346_esp.pdf)>.



o dever de demarcar, respeitar e proteger as TIs, e age em prejuízo dos direitos e interesses dos índios e da própria União. A ilegalidade (inconvenionalidade) também no que tange às normas do direito internacional dos direitos humanos demonstra a imperativa necessidade de imediata anulação do Parecer Normativo n. 001/2017, sob pena de persistir situação de inconvenionalidade que expõe o Brasil a riscos de responsabilização internacional.

## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, não restam dúvidas de que, apesar de se escudar em uma suposta jurisprudência do STF, que se comprovou não existir, o governo brasileiro se utiliza de artifícios para sonegar os direitos dos índios aos seus territórios, estratégia que também foi utilizada para suspender as titulações de territórios quilombolas<sup>70</sup>, colocando em risco inúmeros povos que dependem de seus territórios para manutenção de sua vida e para sua reprodução física e cultural.

187. Assim, os argumentos ali engendrados sem respaldo do Poder Judiciário terminam por expressar uma ação deliberada de negativa de direitos consagrados na Constituição da República, no direito internacional dos direitos humanos e na legislação infraconstitucional.

188. Na metáfora do romance em cadeia, exige-se que cada um dos romancistas leve mais a sério suas responsabilidades de continuidade, criando em conjunto um romance unificado da melhor qualidade possível. Dworkin não ignora o quão árdua é a tarefa, pois a melhor teoria da arte exige apenas um único criador que exerça o controle sobre o todo. No entanto, o foco do trabalho deve ser aquele capítulo que esteja sobre o domínio de cada intérprete.<sup>71</sup>

189. Não é dado, todavia, ao julgador que desconsidere o capítulo anterior, nem os pressupostos ali estabelecidos. Pois foi exatamente o que fez a AGU. Ignorou a história constitucional brasileira e a sua própria jurisprudência, deturpando o que foi estabelecido no caso Raposa Serra do Sol, terminando por dar guarida a ato ilícito de esbulho, violador de direitos humanos dos índios e de bens da União.

<sup>70</sup> Oportunidade em que, alegando a ausência de definição da questão pelo STF, simplesmente passou a fastar a presunção de constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39625624>>.

<sup>71</sup> DWORKIN, 1999, p. 276.

190. A título de dar continuidade a essa história, reescreveu um novo e triste romance, que não guarda coerência com a teoria constitucional do Brasil desde 1934 ou com os demais precedentes do STF sobre a matéria. O destino dos índios, sem poderem se defender nem contar com o cumprimento do Estado para com seus deveres na sua defesa, se tornou por demais kafkaniano. Por outro lado, a sua agonia só vai finalizar por obra da Suprema Corte; ainda há tempo de construir um final menos trágico para esse drama.

## REFERÊNCIAS

1. BORGES, Adriano Souto. *A leitura moral da Constituição: entre Dworkin e Waldron*. 2016.
2. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Forense, 2016.
3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 23. ed.
4. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Direito, filosofia e interpretação*, 1997.
5. \_\_\_\_\_. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*, 2003.
6. \_\_\_\_\_.; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum, 2012.
7. CHUEIRI, Vera Karam de Chueiri; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo Sampaio. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada*, 2009.
8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. Atlas.
9. DUPRAT, Deborah. *O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos>>. Acesso em: 20 maio 2018.
10. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
11. \_\_\_\_\_. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
12. \_\_\_\_\_. *É o direito um sistema de regras?*. 2001.

13. \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
14. \_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
15. FREITAS, Vladimir Passos de. *A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin*. 2017.
16. GADAMER, H.G. *El giro hermenêutico*. Madrid: Cátedra, 1998.
17. GARGARELLA, Roberto. *Interpretando Dworkin*.
18. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Gen. Forense.
19. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Ato administrativo e direito administrado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
20. MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. t. VI.
21. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
22. SILVA, José Afonso da. *Parecer*. 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](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: 28 maio 2018.
23. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
24. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.
25. WITTGENTEIN, Ludwig. *Investigationes filosóficas*. México: UNAM, 1988.

# O MARCO TEMPORAL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988 – TERRA INDÍGENA LIMÃO VERDE

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução
2. Constituição de 1934: suas implicações
3. O regime da Constituição de 1988: “terras tradicionalmente ocupadas”
4. Pluralismo e diferentes visões de posse e de resistência ao esbulho
5. Caso Limão Verde: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462/MS
  - 5.1 Ocupação
  - 5.2 O regime jurídico indígena antes de 1988
  - 5.3 O laudo pericial e o princípio da proteção à confiança legítima
6. Conclusão
- Referências

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 2014, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), rompendo antiga e consolidada jurisprudência<sup>2</sup> firmada no sentido de que o mandado de segurança não é instrumento hábil à dis-

---

<sup>1</sup> Subprocuradora-geral da República e coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Povos Indígenas e Populações Tradicionais).

<sup>2</sup> MS n. 25.483 (2007), RMS n. 24.531 (2005), RMS n. 22.913 (2004), MS n. 24.566 (2004), MS n. 21.891 (2003), MS n. 1.892 (2001), MS n. 21.649 (2000), MS n. 21.575 (1994), MS n. 20.751 (1988), MS n. 20.722 (1988), MS n. 20.723 (1988), MS n. 20.575 (1986), MS n. 20.556 (1986), MS n. 20.515 (1986), MS n. 20.453 (1984), MS n. 20.235 (1980), MS n. 20.234 (1980), MS n. 20.215 (1980). A Primeira Turma daquela Corte mantém esse entendimento, como revela recente acórdão da lavra do ministro Luiz Fux, no RMS n. 27.255 AgR, publicado em 11/12/2015. Mesmo no âmbito da Segunda Turma, há acórdão publicado em 19/2/2015, relator o ministro Celso de Mello, no sentido da inviabilidade do *mandamus* para a discussão dos limites de área indígena (RMS n. 29.193 AgR-ED).

cussão dos limites de terra indígena definidos em portaria do ministro da Justiça e homologados em decreto do presidente da República, passou a anular, pela via da ação mandamental, tais atos administrativos, sob o argumento de que não havia demonstração de posse indígena na data da promulgação da Constituição de 1988 nem, tampouco, do chamado “esbulho renitente”<sup>3</sup>.

Este duplo requisito – ocupação indígena em 5/10/1988 ou prova de resistência persistente ao esbulho – fora estipulado por ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388, relator o ministro CARLOS BRITTO, *DJE* de 1º/7/2010) e passara, desde então, a constituir, no entender dos magistrados daquela Turma, um imperativo no reconhecimento de direitos territoriais indígenas<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> RMS n. 29.087, relator o ministro Gilmar Mendes, *DJE* 200, publ. 14/10/2014; ARE n. 803.462, relator o ministro Teori Zavaski, *DJE* 249, publ. 18/12/2014). Ambos os casos chegaram ao STF após o STJ concluir, na linha da jurisprudência, o descabimento do *mandamus* para tal fim. Também nesse ano, no RMS n. 29.542, relatora a ministra Cármen Lúcia, a mesma Turma deliberou pela nulidade de portaria declaratória que redefinia os limites da TI Porquinhos, do grupo Kanela, no Maranhão. Esse tema será tratado oportunamente em outro texto.

<sup>4</sup> Não obstante, em embargos de declaração, o Plenário tenha decidido que aquele acórdão era vinculante apenas para os processos relacionados à TI Raposa Serra do Sol. Confira-se a respectiva ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidas a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar.

A questão, rigorosamente, não é de toda nova. Em 1998, o Plenário do STF<sup>5</sup> viu-se às voltas com a discussão a respeito da titularidade das terras onde se localizavam antigos aldeamentos indígenas, na época já extintos<sup>6</sup>. O ministro Jobim, em seu voto, chamava a atenção para a impropriedade da teoria do indigenato<sup>7</sup> no contexto da Constituição de 1988, que substituíra a expressão “posse imemorial” por “posse tradicional”<sup>8</sup>. Segundo ele, o § 1º do atual artigo 231 define “terra indígena” mediante a composição de quatro elementos distintos, sendo o primeiro deles a atualidade da posse.

No regime constitucional anterior, a temática relativa às terras indígenas foi, de certo modo, apenas tangenciada pelo STF, na medida em que o entendimento prevalente por todo esse período foi de que quaisquer conclusões a respeito demandavam incursão em

---

Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões”. (Petição n. 3.388 ED, relator o ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-023 DIVULG 3-2-2014 PUBLIC 4-2-2014).

<sup>5</sup> RE n. 219.983, relator o ministro Marco Aurélio, julgado em 9/12/1998 e publicado em 17/9/1999.

<sup>6</sup> Concluiu-se, na ocasião, que as TIs só passaram ao domínio da União com a Constituição de 1967. Sobre o tema, foi editada a Súmula STF n. 650, segundo a qual “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terra de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas no passado remoto”.

<sup>7</sup> Essa tese tem início em conferência proferida na antiga Sociedade de Ethnografia e Civilização dos Índios, em 1902, pelo professor João Mendes Junior: “(...) já os philosophos gregos afirmavam que o **indigenato** é um título congenito, ao passo que a **ocupação** é um título **adquirido**. Com quanto o **indigenato** não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de abril de 1680, ‘a primária, naturalmente e virtualmente reservada’, ou, na phrase de Aristóteles (Polit., I, n. 8), – ‘um **estado** em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento’. Por conseguinte, não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a **ocupação**, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem” (grifos no original). O Alvará de 1º de abril de 1680, referido no texto, ao cuidar das sesmarias, ressaltou as terras dos índios, considerados “primários e naturais senhores delas”.

<sup>8</sup> Alfredo Wagner Berne de Almeida registra: “Aliás, nunca houve unanimidade em torno desta expressão. Nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte a expressão ‘terras tradicionalmente ocupadas’ só preponderou pela derrota dos partidários da noção de ‘terras imemoriais’, cujo sentido historicista, remontando ao período pré-colombiano, permitiria identificar os chamados ‘povos autóctones’ com direitos apoiados tão somente numa naturalidade ou numa ‘origem’ que não poderia ser datada com exatidão”. In: *Terras tradicionalmente ocupadas*. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006. Coleção Tradição & Ordenamento Jurídico, v. 2, p. 33.

prova, o que era vedado às principais vias pelas quais a questão chegava à Corte: o mandado de segurança, ou o seu respectivo recurso, e o extraordinário. No entanto, alguns importantes parâmetros foram então estabelecidos.

O primeiro deles refere-se ao artigo 129 da Constituição de 1934, que inaugura a proteção constitucional ao tema nos seguintes termos: “será respeitada a posse de terra de silvícolas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Doutrinadores passaram a afirmar que, desde então, todos os títulos incidentes sobre terras indígenas eram nulos, conquanto provada a posse permanente. O STF assim também compreendeu, e, em vários acórdãos do período, é comum encontrar trechos semelhantes a este:

A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas “nos termos em que a lei determinar”, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem “ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (*Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, tomo VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1983, p. 731/732), Paulino Jacques (*A Constituição Explicada*, 1970, p. 195) e Rosah Rusomano (*Anatomia da Constituição*, 1970, p. 346). (MS 20.575, relator o ministro Aldir Passarinho, DJ de 21/11/1986).

Em relação ao requisito da posse, já havia, tal como a expressara o ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário n. 219.983, a preocupação com o chamado “efeito Copacabana”, ou seja, de retornarem aos indígenas todas as terras por eles ocupadas no passado, sem nenhum sinal de atualidade. Um critério então proposto foi verificar a presença indígena por ocasião da transmissão do título originário. Veja-se a seguinte ementa:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DE IMÓVEL PARA INTEGRAR O PARQUE NACIONAL DO XINGU.

– Verificado que nas terras em causa não se achavam localizados, permanentemente, silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946), à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), pois que foram levados para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), válidos são os títulos de propriedade do suplicante, e a União não poderia ter-se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir

as respectivas perdas e danos. Ação cível originária julgada procedente. (ACO n. 278, relator o ministro Soares Muñoz, *DJ* de 11/11/1983).

De maneira ainda mais didática, este trecho extraído, do Mandado de Segurança n. 20.215 (relator o ministro Décio Miranda, *DJ* de 28/3/1980):

Aferido que as terras em causa não são ocupadas por silvícolas, ou já não o eram desde os idos de 1960, que parece ter sido a época de sua transmissão a particulares pelo Estado de Mato Grosso, os títulos dos impetrantes, a admitir que tenham regularmente essa origem, sobrenadariam à impugnação que se lhes viesse a fazer sob esse aspecto. Verificado, porém, que a aquisição originária, ou as que se lhe seguiram, coincidem com a regular ocupação indígena, os títulos dos impetrantes perderão a força que acaso formalmente tenham.

A ausência indígena na área em disputa, por sua vez, era dado que afastava a proteção constitucional se decorrente de ato de vontade do grupo, e não de esbulho. No julgamento da Ação Cível Originária n. 323, que, a despeito de realizado nos idos de 1993, teve como parâmetro de controle a Constituição de 1967, o ministro Néri da Silveira observou:

Registro, particularmente, a circunstância de, à época em que o Estado expediu os títulos de domínio, ora objeto da ação, essas terras já eram, sem dúvida alguma, pertencentes ao domínio da União, por força do art. 4º, inciso IV, da Constituição de 1967. Tratava-se de terras ocupadas por índios ao longo do tempo e se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal. (ACO n. 323, relator o ministro Francisco Rezek, *DJ* de 8/4/1994).

Esse rápido apanhado permite intuir que os julgados da Segunda Turma são uma involução na jurisprudência da Suprema Corte no tema terras indígenas (TIs). Por outro lado, estão em contradição com várias perspectivas por ela adotadas, especialmente no que diz respeito à sua nova conformação constitucional e à fundamentalidade do direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam. No Recurso Extraordinário n. 183.188 (*DJ* de 14/2/1997), o relator, ministro Celso de Mello, fez constar em seu voto:

**Emerge** claramente do texto constitucional que a **questão da terra** representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, **sem** a possibilidade de acesso às terras indígenas, **expõe-se** ao risco gravíssimo da **desintegração** cultural, da **perda** de sua identidade étnica, da **dissolução** de seus vínculos his-



tóricos, sociais e antropológicos e da **erosão** de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive. (Destques no original).

O presente texto tem por propósito desenvolver as questões acima postas, e, em seguida, analisá-las à vista do caso Limão Verde, do povo Terena, em Mato Grosso do Sul.

## 2. CONSTITUIÇÃO DE 1934: SUAS IMPLICAÇÕES

Como já referido, 1934 é o marco a partir do qual se inicia a proteção constitucional às TIs. Pontes de Miranda<sup>9</sup>, em análise ao artigo 216<sup>10</sup> da Constituição de 1946, de redação bastante similar ao seu correlato da Constituição de 1934, observa:

O texto respeita a “posse” do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da *localização permanente*. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há *posse e localização permanente*, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é *nula*, por infração da Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra silvícolas que tenham posse, e nas terras, de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como conseqüências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição, incluídos aqueles que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola, ainda que por posse de quinze anos; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo para preclusão, por infringirem texto constitucional. (Destques no original).

Veja-se que, não obstante a ausência de expressa previsão constitucional, a posse indígena e a localização permanente eram pressupostos, desde 1934, aptos a gerar a nulidade de qualquer título incidente sobre a respectiva área. Significa dizer que esse direito, com tais atributos,

<sup>9</sup> *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. Tomo VI, p. 467/468.

<sup>10</sup> “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

foi incorporado ao patrimônio indígena, e a inércia, desídia, ação ou omissão do Estado não têm potencialidade de neutralizá-lo.

O STF teve por constitucionais – e os aplicou reiteradamente – diplomas legais que impediam desapropriação para fins de reforma agrária quando a propriedade tivesse sido invadida. Os casos foram muitos em razão da grande atuação do MST, especialmente na década de 1990<sup>11</sup>. A *ratio* que subjaz a tal compreensão é a mesma que deve orientar aquela relativa às TIs: direitos constitucionais não se perdem por fatos alheios à vontade de seus titulares.

De modo que a perda da posse, a partir de 1934, só se presta a desqualificar uma área como indígena se ela for voluntária. O esbulho, ato contrário à Constituição e às leis, não pode ter aptidão de neutralizar um direito, mesmo com o passar do tempo. Tal conclusão ainda mais se potencializa diante do cenário constitucional posterior, reforçando e ampliando a proteção às TIs<sup>12</sup>.

Por outro lado, se é verdade que não há direito adquirido a regime jurídico de determinado instituto – e são reiterados os julgados do STF no que diz respeito ao direito de propriedade em face dos direitos territoriais indígenas<sup>13</sup> –, o contrário é evidente por si, sem necessidade

---

<sup>11</sup> Em recente precedente sobre o tema, consta da ementa: “A necessidade de observância do império da lei (‘rule of law’) e a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional do Estado – que configuram valores essenciais em uma sociedade democrática – devem representar o sopro inspirador da harmonia social, significando, por isso mesmo, um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação resulte do intuito deliberado de praticar atos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis e à supremacia da Constituição da República perpetrados por movimentos sociais organizados, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). – O Supremo Tribunal Federal, em tema de reforma agrária (como em outro qualquer), não pode chancelar, jurisdicionalmente, atos e medidas que, perpetrados à margem da lei e do direito por movimentos sociais organizados, transgridem, comprometem e ofendem a integridade da ordem jurídica fundada em princípios e em valores consagrados pela própria Constituição da República. Precedentes.” (MS n. 32.752 AgR, relator o ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/6/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-156 DIVULG 7-8-2015 PUBLIC 10-8-2015).

<sup>12</sup> Na ACO n. 312, julgada em 24/9/2008, o relator, ministro Eros Grau, destacou em seu voto: “Observo desde logo que, no Brasil, disputa por terra indígena entre quem quer que seja e índios consubstancia algo juridicamente impossível. Pois quando dizemos *disputa* aludimos a uma oposição entre *direitos* e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir *direito* nenhum.” (destaques no original).

<sup>13</sup> No MS n. 20.575, por exemplo, o relator, ministro Aldir Passarinho, após invocar passagem do voto proferido pelo ministro Moreira Alves no RE n. 94.020, no sen-

de explicação adicional: há direito adquirido a regime jurídico que segue inalterado, apenas reforçado por sofisticações laterais. É o que ocorre com a posse indígena desde 1934<sup>14</sup>.

Há outro efeito colateral decorrente da Constituição de 1934.

Todorov<sup>15</sup>, em um estudo clássico sobre a definição do outro por ocasião da conquista da América, aponta uma das contradições fundamentais do processo: “Toda a história do Descobrimento da América, primeiro episódio da Conquista, leva a marca dessa ambiguidade: a alteridade humana se revela e se nega a um só tempo.”

Ariza<sup>16</sup>, em análise desse texto, esclarece:

Não se desconhece a existência do outro, sua presença individual e coletiva é reconhecida. Mas esse reconhecimento não pode implicar a igualdade, assumir que aqueles que são estranhos têm direito ou a

---

tido de que, “se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é a propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato”, ressaltou: “Da mesma forma, a regra constante do art. 153, § 22 da Constituição não pode emprestar fundamento à pretensão dos impetrantes, porquanto é a própria Lei Maior que consagra a insubsistência de qualquer título de propriedade privada sobre as áreas de posse permanente dos silvícolas (CF, art. 4º, IV, e 198). Tenha-se presente que as regras constantes dos arts. 198 e 4º, IV, da Lei Maior, contêm, em verdade, uma declaração de extinção da propriedade privada em terras habitadas em caráter permanente pelos silvícolas. Não há pois, como afastar a sua incidência imediata e geral com a alegação de direito adquirido ou de situação jurídica consolidada”.

<sup>14</sup> CF/1937: “Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.” CF/1946: “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

CF/1967: “Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

EC n. 1/1969: “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio”.

A Constituição de 1988 contém um capítulo destinado aos índios: artigos 231 e 232.

<sup>15</sup> TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 2. ed. Trad. Beatriz Perrone Moi. São Paulo: Martins Fontes.

<sup>16</sup> ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 40.

possibilidade de reproduzir sua cultura e seu modo de vida. Por isso, a definição, nesse caso, do aborígene americano como um ser inferior que apenas participa dos atributos ideais do ser humano ocidental é essencial para o desenvolvimento da campanha conquistadora.

Tendo por pano de fundo o cenário colonial do Brasil<sup>17</sup>, é possível afirmar que o artigo 129 da Constituição de 1934 é um primeiro passo na direção de conferir aos povos indígenas e seus indivíduos direitos humanos fundamentais, tais como dignidade e igualdade. Os textos constitucionais a ela posteriores reforçam essa convicção, na medida em que representam inegável evolução no trato da matéria<sup>18</sup>.

Um dos princípios centrais em direitos humanos é o da proibição do retrocesso, que veda a eliminação das concretizações alcançadas na proteção de um direito, permitindo apenas adições e melhorias. Segundo Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>19</sup>, a garantia da proibição de retrocesso tem por finalidade

preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição de direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

De modo que não seria possível, em especial pela via hermenêutica, desconsiderar o ganho de proteção constitucional às terras indígenas desde 1934, legitimar as desterritorializações forçadas, e instaurar, a partir de 1988, um regime que confere validade ao esbulho

---

<sup>17</sup> Alfredo Wagner observa o quanto esse dispositivo contrasta com “as legislações agrárias coloniais, as quais instituíram as sesmarias até a Resolução de 17 de julho de 1822 e depois estruturaram formalmente o mercado de terras com a Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850, criando obstáculos de todas as ordens para que não tivessem acesso legal às terras os povos indígenas, os escravos alforriados e os trabalhadores imigrantes que começavam a ser recrutados. Coibindo a posse e instituindo a aquisição como forma de acesso à terra, tal legislação instituiu a alienação de terras devolutas por meio de venda, vedando, entretanto, a venda em hasta pública, e favoreceu a fixação de preços suficientemente elevados das terras”. (Ob. cit., p. 34.)

<sup>18</sup> V. nota 13.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 58, abr.-jun. 2010.

<sup>20</sup> No mesmo sentido, voto do ministro Celso de Mello (STA n. 175 AgR, DJE de 30/4/2010): “o postulado da proibição do retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis de concretização por ele já atingidos”.

se os indígenas a ele não se opuseram por décadas a fio. O retrocesso, aqui, parece não demandar maior explicação.

Em conclusão quanto a esse tópico, os direitos territoriais indígenas consagrados pela Constituição de 1934 e reafirmados em todos os textos constitucionais posteriores só podem ser negados se tiver havido descontinuidade da posse por opção do próprio grupo. Aliás, nesse exato sentido o artigo 28.1 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.

### **3. O REGIME DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: “TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS”**

Não há controvérsias quanto ao fato de que a Constituição de 1988 representa uma clivagem no trato da questão indígena à vista dos ordenamentos constitucionais pretéritos: rompe com o paradigma da assimilação, institui e valoriza o direito dos povos indígenas de se considerarem diferentes e serem respeitados como tais e reforça as suas instituições, culturas e tradições<sup>21</sup>.

Esse mesmo movimento é observado no plano internacional.

<sup>21</sup> Os considerandos da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas evidenciam bem esse movimento: “Afirmando 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”; “Afirmando ainda que todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendam alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas”; “Preocupada com o fato de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses”; “Consciente da necessidade urgente de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos”.

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu “povo”, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção n. 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura com o modelo anterior<sup>22</sup>. Está expresso em seu texto:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas, religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram (...)

Todos esses textos normativos, por sua vez, têm a terra como elemento essencial ao exercício dos direitos que passam a ser então reconhecidos aos povos indígenas. É interessante, nesse aspecto, observar a forma como a Constituição estruturou o capítulo dos “índios”: são apenas dois artigos, sendo que o 231 é composto de 7 parágrafos, todos eles relativos às terras indígenas; já o artigo 232 conta apenas com o seu *caput* e disciplina o acesso a juízo.

A centralidade da terra está exatamente na sua estreita relação com os aspectos culturais e identitários do grupo<sup>23</sup>. Essa circunstância foi ressaltada no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em vários votos. Veja-se, por exemplo, aquele proferido pelo ministro Menezes Direito:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da

<sup>22</sup> Também em seu corpo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas expressamente estatui em seu artigo 8.1: “Os povos e indivíduos indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura”.

<sup>23</sup> Sobre a relação TIs e identidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisões paradigmáticas. Por exemplo, no caso *Comunidade Indígena Yakye vs. Paraguai*, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que “a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial”.

essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

(...). É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão ideia de algo gerado e formado em determinado *locus*. O índio é, assim, um ser de sua terra. “*A posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios*”, escreveu **Darcy Ribeiro** em 1962 (*A Política Indígena Brasileira*. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962. pág. 143).

Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.

Tamanho é a importância desse elemento que a Constituição de 1988, de forma inaugural, estabeleceu um conceito para “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Segundo o § 1º de seu artigo 231, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A TI, portanto, há de contar com todos esses atributos. Ela não é apenas o local de habitação; é a soma dos espaços de habitação, de atividade produtiva, de preservação ambiental e daqueles necessários à reprodução física e cultural do grupo.

Essa concepção de terra indígena, bastante ampliada em relação àquela considerada a partir dos textos constitucionais pretéritos, é uma decorrência direta do propósito enunciado na Constituição e em tratados internacionais, de que esses povos, além de terem condições plenas de viver e projetar suas vidas de acordo com suas concepções de mundo, se multipliquem e leguem às gerações futuras as condições ora desfrutadas. Tal conclusão, além da literalidade do texto normativo, conta com o endosso do ministro Menezes Direito. Apropriando-se da expressão “fato indígena” cunhada pelo ministro Nelson Jobim, define-o pelo concurso desses elementos, aos quais agrega o marco temporal de 5 de outubro de 1988. Confira-se:

Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para

identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar.

Para além desse fator temporal, exigem-se na caracterização das terras indígenas, como expõe **Luiz Armando Badin**, os seguintes fatores:

(...).

b) fator econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo);

c) fator ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem-estar;

d) fator cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica” (Sobre o conceito constitucional de terra indígena. In *Arquivos do Ministério da Justiça*. Ano 51. nº 190, jul/dez-2006. Págs. 127 a 141).

(...)

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, **constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra**, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta. (Destacou-se).

E ele retorna a essa compreensão para explicar por que tem por razoável a existência de dois laudos sobre a Raposa Serra do Sol, um produzido em 1981 e outro em 1993, o último com área superior ao primeiro:

Ainda que pudessem ser mais didáticos e diretos, menos retóricos, deles [de ambos os laudos] é possível extrair a justificativa para a identificação da área da terra indígena desde aquela esboçada em 1981. **Trata-se da necessidade, prevista no dispositivo constitucional, de assegurar aos índios as terras anexas às áreas onde residem e onde praticam suas atividades produtivas, reservadas para a preservação dos recursos ambientais de que precisam para sua sobrevivência e para a sua reprodução física e cultural.** (Destacou-se).

Tal interpretação está na linha da evolução da disciplina constitucional da matéria<sup>24</sup>. A única curiosidade no voto do ministro Menezes Direito – de longe aquele que mais se deteve sobre a territorialidade

<sup>24</sup> V. nota 13.



indígena à vista de seus novos pressupostos – é a insistência no marco temporal, especialmente sem problematizá-lo. Não faz muito sentido ver em uma Constituição de viés emancipatório, que trata com tamanho cuidado as TIs, a desconsideração dos direitos territoriais adquiridos, validando expulsão e esbulho.

#### 4. PLURALISMO E DIFERENTES VISÕES DE POSSE E RESISTÊNCIA AO ESBULHO

O tema “terras indígenas”, tanto no contexto da Constituição de 1988 como no direito internacional, tem por pressuposto três ideias centrais que se articulam entre si: identidade, pluralismo e liberdades expressivas<sup>25</sup>.

Como já referido anteriormente, o indígena foi considerado pelo colonizador um elemento da natureza, já que a cultura era um atributo dos “civilizados”. A política de aldeamento foi concebida com o múltiplo propósito de conhecer, controlar, adestrar e transformar. Portanto, até a Constituição de 1988, as terras indígenas eram espaços em que os povos indígenas eram mantidos como um elemento estranho em face do restante da sociedade nacional, até a sua completa regeneração, normalização e inclusão no mundo civil.

Essa é uma concepção que também está fortemente ligada à gênese do Estado nacional e aos seus processos de unificação, centralização, padronização e homogeneização<sup>26</sup>. E um dos instrumentos mais eficazes para esse propósito é a unificação do mercado linguístico.

Certamente, tudo está mudado na contemporaneidade, ao menos no plano normativo. Há, na Constituição de 1988 e em vários textos internacionais, um investimento no sentido de permitir aos povos indígenas orientar-se pela visão de si e lançar-se ao mundo autarquicamente<sup>27</sup>.

Por outro lado, os povos indígenas são convidados a participar de

<sup>25</sup> O tema a seguir tem maior desenvolvimento em: DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

<sup>26</sup> BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014; HOBSBAWM, Eric J. *Nações e nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990; ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

<sup>27</sup> DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade.

uma sociedade que se abre à pluralidade dos modos de vida<sup>28</sup>. No artigo 215, a Constituição determina que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”. E como sinais distintivos da identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira inclui, entre outros, suas “formas de expressão” e seus modos de criar, fazer e viver (artigo 216, I e II).

É interessante observar, nesse ponto, a identidade entre a formulação constitucional e a de Wittgenstein<sup>29</sup>. Este defende que o significado de uma palavra decorre do uso de que dela se faz e que os “jogos de linguagem” e as “formas de vida” são extremamente variados. Daí por que a linguagem é convencional e diferente nas distintas culturas. Diz ele:

(...) na linguagem os homens estão de acordo. Não é um acordo sobre as opiniões, mas sobre o modo de vida. Para uma compreensão por meio da linguagem, é preciso não apenas um acordo sobre as definições, mas (por estranho que pareça) um acordo sobre os juízos.

Tampouco é por acaso que, ao lado da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural<sup>30</sup>, a Unesco adota, em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, promulgada, no Brasil, pelo Decreto n. 6.177, de 1º/8/2007. Esta, em seu preâmbulo, aciona pluralismo/identidade/liberdades expressivas, reconhecendo que “a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade”; e que “a diversidade cultural se fortalece mediante a livre circulação de ideias e se nutre das trocas constantes e da interação entre culturas”. E estatui em seu artigo 1: “a diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberda-

---

In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

<sup>28</sup> O artigo 5 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas consigna: “os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado”.

<sup>29</sup> WITTGENSTEIN, L. *Investigationes filosóficas*. México: UNAM, 1988. p. 94, §§ 241/242.

<sup>30</sup> Em seu artigo 4, proclama que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.

des fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem suas expressões culturais”.

Como se vive, felizmente, num regime de constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente aqueles relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico<sup>31</sup>, é impossível recusar a incidência desse conjunto de disposições ao processo judiciário. Aliás, aqui, com muito mais razão, porque o princípio do contraditório exige que as partes que contestam sejam contempladas com idênticas oportunidades. Portanto, é indispensável permitir ao grupo indígena que verbalize a representação que tem dos fatos<sup>32</sup>.

Se prevalece a compreensão do direito estatal como corpo de normas objetivo, neutro e determinado – visão por muito tempo naturalizada –, desfaz-se o compromisso com a pluralidade. Um significado aparentemente claro da norma atesta apenas a hegemonia de uma interpretação específica.

Por outro lado, fala-se, hoje e cada vez mais, que a interpretação de uma norma jurídica não é monopólio dos juristas. Na expressão de Peter Häberle<sup>33</sup>, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, ao menos, por cointerpretá-la”. Dworkin<sup>34</sup> também admite que teóricos e práticos estão engajados num mesmo tipo de raciocínio, ou seja, numa tentativa de impor a melhor interpretação à prática que encontram.

<sup>31</sup> Cf. CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 203-250; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113.

<sup>32</sup> DUPRAT, Deborah. O papel do Judiciário na demarcação de terras indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (Org.). *Povos indígenas no Brasil: 2001/2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

<sup>33</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 49.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho: “A linguagem só pode adquirir sentido a partir dos fatos sociais, das expectativas e das formas em que está presente, um fato sintetizado no toco mas conhecido *slogan*, segundo o qual a chave do significado está no uso”, p. 57.

Não é possível prosseguir, no regime de uma Constituição de viés pluralista, homologando as definições naturalizadas de posse, esbulho e resistência, que foram incorporadas pelo direito a partir de uma visão hegemônica, com o descarte de inúmeras noções laterais possíveis. É por isso que o artigo 8.1 da Convenção n. 169 da OIT determina que “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”<sup>35</sup>.

## **5. CASO LIMÃO VERDE: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N. 803.462/MS**

Nesse acórdão, a Segunda Turma do STF, por unanimidade, deu provimento a recurso extraordinário em que se pleiteava a nulidade dos atos administrativos de reconhecimento da TI Limão Verde, de uso tradicional do povo Terena, em Mato Grosso do Sul, apenas no que diz respeito à fazenda Santa Bárbara.

O relator, ministro Teori Zavascki, entendeu ausentes os pressupostos antes referidos: ocupação indígena, em outubro de 1988, na área disputada e demonstração de esbulho renitente. No que diz respeito ao primeiro deles, disse:

Ora, no caso, tanto o voto vencedor quanto o voto vencido do acórdão recorrido permitem concluir que a última ocupação indígena na área objeto da presente demanda (Fazenda Santa Bárbara) deixou de existir desde, pelo menos, o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da região. Portanto, é certo que não havia ocupação indígena em outubro de 1988.

Argumenta, porém, o voto vencedor que, “ainda que os índios tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação”. Esse entendimento, todavia, não se mostra compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, conforme já afirmado, é pacífica no sentido de que o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram ocupadas pelos nativos no passado. Nesse sentido é a própria Súmula 650/STF: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

<sup>35</sup> A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu artigo 13, assegura aos povos indígenas que “possam entender e fazer-se entender nas atuações políticas, jurídicas e administrativas”.

### Quanto ao esbulho, consignou:

O voto vencedor do julgado atacado considerou presente a ocorrência desse esbulho nos seguintes termos:

Na hipótese, restou incontroverso que, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, os índios da etnia Terena não estavam na posse da área reivindicada, posteriormente demarcada e homologada pelo Decreto Presidencial.

Importa saber, portanto, se dela foram os índios desalojados em virtude de renitente esbulho praticado por não índios. Acerca desta questão, o laudo pericial explica exatamente como os silvícolas foram desalojados do local onde viviam. (fl. 1100):

Como indicamos nos itens 2.1 e 2.2, e depois nos itens 4.1 e 4.2 deste laudo, o processo de colonização da região da bacia do Aquidauana se intensifica especialmente depois do término da Guerra do Paraguai. Na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas, como Ipegue na planície e o Piranhinha nos morros, como são registrados nos documentos já citados, pelo menos desde 1865-66. A partir de 1892 inicia-se um processo de colonização conduzido por um grupo de coronéis (apesar de que antes da aquisição de terras por esse grupo, já existiam posseiros na região, como é o caso de João Dias Cordeiro) por meio da constituição vila de Aquidauana e de propriedades rurais e urbanas. Pelos documentos localizados, a partir de 1895 em diante inicia-se um processo de titulação em terras localizadas entre o Córrego João Dias, o Morro do Amparo e o Aquidauana que se choca com as terras de ocupação indígena em diversos pontos. Isso caracteriza um choque entre o poder local e a economia agropecuária e a sociedade Terena. Esse choque de interesses sobre as terras e os recursos ambientais está registrado nos diversos documentos analisados e citados no laudo, e resultará na titulação das terras para o município em 1928 e depois na criação da Colônia XV de Agosto em 1959, incidentes na área depois identificada como indígena. Assim, consolida-se o processo ocupação nos territórios em questão. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área. mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje. uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra. (Grifei).

Além disso, o MM. Juiz sentenciante constatou na inspeção judicial que, a partir do ano de 1953, os índios, não por vontade própria, ficaram impedidos de utilizar as terras da área litigiosa. Confira-se o seguinte trecho da r. sentença:

Por ocasião da inspeção que realizei na área em litígio constatei que a Fazenda Santa Bárbara tem divisa bem definida com as terras indígenas. Além da divisa natural, representada pelo paredão da Serra de Amambaí, tornando difícil o acesso entre as glebas, existem cercas em todo o perímetro da fazenda. Essas cercas remontam à época que antecedeu a passagem do agrimensor Camilo Boni (1953). (Fls. 2417).

Diante disso, restando comprovado, nos autos, o renitente esbulho praticado pelos não índios, inaplicável à espécie, o marco temporal aludido na PET 3388 e Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, não vislumbro como afastar as conclusões do laudo oficial, considerando que nem mesmo os argumentos que foram deduzidos pelo assistente técnico do autor conseguiram desconstituir a conclusão a que chegou o perito judicial, de reconhecida idoneidade e competência. (Fls. 2831/2832).

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Especialmente quanto às “circunstâncias de fato”, não teve como hábeis à demonstração de resistência ao esbulho:

(a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai.

## 5.1 Ocupação

É importante ressaltar aquilo que está incontestemente no acórdão: a ocupação terena da fazenda Santa Bárbara vem de longa data e permaneceu até 1953, quando, então, o grupo foi forçado a deixar a área. Esses dados remetem às considerações feitas no item I desse texto e induzem à mesma conclusão a que ali se chegou: como havia ocupação permanente em 1934, as terras que depois vieram a formar a fazenda Santa Bárbara passaram a integrar o patrimônio do povo Terena, sob a forma de posse, e a contar com a proteção efetiva do

direito. E, como não houve abandono voluntário, jamais deixaram de ostentar essa condição.

O mais interessante, todavia, é confrontar essa ocupação com os próprios parâmetros estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol.

O artigo 231 da Constituição Federal (CF) estatui 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”.

Foi com base na literalidade dessa norma que o STF, no julgamento da Peição n. 3.388, decidiu que deveria haver ocupação tradicional em 5 de outubro de 1988. Nas palavras do ministro Menezes Direito: “Sendo seus principais elementos constituídos pelo advérbio ‘*tradicionalmente*’ e pelo verbo ‘*ocupam*’, é o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas”.

O primeiro requisito a ser observado é a presença indígena na área em 5 de outubro de 1988. Mas essa ocupação não se traduz necessariamente na edificação de habitações<sup>36</sup>. Aliás, por ocasião do julgamento da Ação Cível Originária n. 278, em 1º/12/1982, o ministro Aldir Passarinho já observava:

Ora, na vigência da Constituição de 1946, quando a venda se efetuou, a posse lhes seria assegurada se, como se viu, estivessem os índios permanentemente localizados nas terras. Não haveria de exigir-se que estes se encontrassem fixados em pontos certos, pois os índios andam normalmente em busca de melhores áreas para suas atividades de caça e pesca e pequena lavoura, mas tudo dentro de uma gleba mais ou menos conhecida.

Convém recordar que o fato indígena que vai permitir a caracterização de uma área indígena precisa contemplar os seguintes fatores: “(a) habitação permanente; (b) econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo); (c) ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem-estar; (d) cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade,

<sup>36</sup> Já em 1961, o ministro Victor Nunes Leal observava: “Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista; trata-se de *habitat* de um povo.” (RE n. 44.585, DJ de 11/10/1961).

cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica”.

Pois bem, o acórdão ora sob exame transcreve o seguinte trecho do laudo antropológico:

Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra.

Ou seja, o que o laudo revela, textualmente, é que não havia mais habitação indígena na área da fazenda Santa Bárbara a partir de 1953, mas a ocupação persistiu até os dias de sua elaboração<sup>37</sup>, com os indígenas fazendo uso, naquela área, de recursos naturais e ambientais, mediante caça e coleta.

Diante dessa informação, fica difícil afirmar, sem um mínimo de problematização, que não havia ocupação indígena na fazenda Santa Bárbara em outubro de 1988.

Uma leitura completa do laudo, ao contrário, reforça a convicção de estar presente o requisito temporal, na medida em que, tradicionalmente, as habitações da área indígena Limão Verde se localizavam ao longo dos rios, sendo que, na região da serra, onde se situa a fazenda Santa Bárbara, desenvolvia-se, tal como na atualidade, principalmente atividade de caça e coleta<sup>38</sup>.

Portanto, das duas, uma: ou se conclui pela ocupação tradicional indígena em outubro de 1988 na fazenda Santa Bárbara, diante do que afirma o laudo antropológico, ou se entende que essa passagem do laudo precisa ser analisada à vista da sua inteireza e do confronto com outras provas, o que resultaria na inviabilidade do recurso, em face do óbice da Súmula n. 279/STF<sup>39</sup>.

De mais a mais, a leitura da sentença revela aquilo que o acórdão

<sup>37</sup> Trata-se de laudo produzido por perito do juízo, apresentado em 3/9/2008 nos autos da ação que dá origem ao presente recurso (proc. 2003.60.00.011984-2).

<sup>38</sup> De resto, no julgamento da ACO n. 312, concluído algum tempo depois da Pet n. 3.388, o relator fez consignar em seu voto: “a baixa demografia indígena na região em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados pelo forasteiro, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas”.

<sup>39</sup> “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”



não vê: a fazenda Santa Bárbara é uma porção da TI Limão Verde<sup>40</sup>. Desse modo, tal como afirmou o ministro Menezes Direito no precedente tantas vezes citado, poderia ser anexada à área de habitação permanente, de forma a assegurar as atividades produtivas e os recursos ecológicos necessários ao bem-estar do grupo<sup>41</sup>. Esse agregado e mais as áreas necessárias à reprodução física e cultural dos Terenas é que formará a terra por eles tradicionalmente ocupada, ou seja, o “fato indígena”.

O ministro Victor Nunes Leal, no Recurso Extraordinário n. 44.585<sup>42</sup>, afirmou:

se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar.

Como o julgamento é de 1961, a Constituição referida é de 1946.

Assim, por onde quer que se caminhe, a conclusão é de que a fazenda Santa Bárbara é de ocupação tradicional indígena, qualquer que seja a perspectiva, de outrora ou atual, com os parâmetros estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol.

## 5.2 O regime jurídico indígena antes de 1988

Existe consenso quanto ao fato de que a dominação colonial constrói o outro em termos de inferioridade, diferença hierárquica e distância temporal, circunstâncias que só poderão ser superadas mediante a sua incorporação total na cultura ocidental<sup>43</sup>. Os indígenas, aqui e na América espanhola, eram considerados seres inferiores, que

<sup>40</sup> Consta da sentença que “a Fazenda Santa Bárbara tem divisa bem definida com as terras indígenas”.

<sup>41</sup> A sentença consigna: “O outro fundamento que me leva a desacolher a pretensão do autor está no fato da gleba ser *imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessidades a sua reprodução física e cultural* (art. 231, § 1º, da CF)” (destaque no original). E, adiante, acrescenta: “Com efeito, disse o perito que na gleba litigiosa está a cabeceira do Córrego João Dias e a maior parte do seu curso, de maneira que existe uma fonte de água importante para a lavoura dentro dos territórios indicados”.

<sup>42</sup> V. nota 36.

<sup>43</sup> ARIZA, ob. cit., p. 40.

viviam no passado, em uma etapa da evolução humana de há muito superada<sup>44</sup>. Essa concepção, de incapacidade dos indígenas de fundar e fazer funcionar suas próprias instituições, é central no projeto colonial. Daí a instituição, desde cedo, em seu favor, de um regime de natureza tutelar.

O “procurador dos índios” é uma figura mencionada no Alvará de 26/7/1596, na Lei de 9/4/1655 e no Regimento das Missões de 1686, sempre no sentido de ser alguém encarregado de requerer justiça em nome dos indígenas<sup>45</sup>.

Mas a noção de capacidade civil relativa, condicionada ao grau de civilização dos índios, e o correlato regime jurídico da tutela vão materializar-se organizadamente no Decreto n. 5.484<sup>46</sup>, de 27/6/1928. Esse ato normativo, que disciplinava “a situação dos índios nascidos no território nacional”, dispunha em seu artigo 6º:

os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o gráo de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultados aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito.

O Estatuto do Índio de 1973 (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro) mantém inalterado este cenário jurídico: incapacidade relativa, tutela e atribuição ao órgão federal de assistência ao índio da “defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”.

Em 1967, foi constituída uma comissão para apurar irregularidades no Serviço de Proteção aos Índios (SPI), cujas conclusões estão

<sup>44</sup> Nas palavras de Manuela Carneiro da Cunha: “A partir do terceiro quartel do século XIX, novas teorias afirmam não mais que os índios são a velhice prematura da humanidade, mas antes a sua infância: um evolucionismo sumário consagra os índios e outros tantos povos não ocidentais como ‘primitivos’, testemunhos de uma era pela qual já teríamos passado: fósseis, de certa forma, milagrosamente preservados nas matas e que, mantidos em puerilidade prolongada, teriam no entanto por destino acederem a esse *telos* que é a sociedade ocidental”. *Índios do Brasil: história, direitos e cidadania*. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 60.

<sup>45</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da (Coord). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 121.

<sup>46</sup> Antes, o Código Civil de 1916 previa, em seu artigo 6, IV, a incapacidade relativa dos “silvícolas” e estabelecia em seu parágrafo único: “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País”.

consolidadas em documento que se tornou conhecido como “Relatório Figueiredo”, de autoria do procurador Jader Figueiredo<sup>47</sup>. As investigações, restritas de início aos anos de 1962 e 1963, evidenciaram que “a geral corrupção e a anarquia total foram imperantes no SPI em tôda a sua área como, também, através dos tempos”. Eis alguns importantes trechos:

Nêsse regime de baração e cutelo viveu o SPI muitos anos. A fertilidade de sua cruenta história registra até crucificação, os castigos físicos eram considerados fato natural nos Postos Indígenas.

Os espancamentos, independentes de idade ou sexo, participavam de rotina e só chamavam a atenção quando, aplicados de modo exagerado, ocasionavam a invalidez ou a morte.

Havia alguns que requintavam a perversidade, obrigando pessoas a castigar seus entes queridos. Via-se, então filho espancar mãe, irmão bater em irmã e, assim por diante.

O “tronco” era, todavia, o mais encontradiço de todos os castigos, imperando na 7ª Inspeção. Consistia na trituração do tornozelo da vítima, colocado entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo. As extremidades, ligadas por roldanas, eram aproximadas lenta e continuamente. Tanto sofreram os índios na peia e no “tronco” que, embora o Código Penal capitule como crime a prisão em cárcere privado, deve-se saudar a adoção dêsse dito como um inegável progresso no exercício da “proteção ao índio”.

Sem ironia pode-se afirmar que os castigos de trabalho forçado e de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índio-SPI.

Isso porque, de maneira geral, não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres, como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário.

(...)

O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto do trabalho. Os roçados laboriosamente cultivados, eram sumariamente arrebatados do miserável sem pagamento de indenização ou satisfação prestada.

(...)

A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. No primeiro caso nem todos incorreram nos delitos de maus tratos aos índios,

---

<sup>47</sup> Esse documento foi encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic e veio a público em abril de 2013, em reportagem de Felipe Canedo, do jornal *Estado de São Paulo*, intitulada “A história que o Brasil escondeu”. Relatório disponível em: <<http://www.direitosocioambiental.com.br/relatorio-figueiredo/>>.

mas raros escaparam dos crimes de desvio, e apropriação ou de dilapidação do patrimônio indígena.

Ao final, sumariando os inúmeros crimes cometidos contra os indígenas pelo SPI, o relatório expressamente consigna a “doação criminosa de terras” e a “adulteração de documentos oficiais”.

O SPI, criado em 1910, é extinto em 1967 e sucedido, no mesmo ano, pela Fundação Nacional do Índio (Funai).

A Comissão Nacional da Verdade, no seu relatório final, em capítulo intitulado “violações de direitos humanos dos povos indígenas”, registra que o novo órgão tutor seguiu reproduzindo as práticas de seu antecessor, especialmente a apropriação das terras indígenas e remoções forçadas de povos, alguns para junto de inimigos tradicionais. Consta do documento:

Denúncias de que as transferências forçadas não serviam apenas para viabilizar obras de infraestrutura, mas também para liberar terras indígenas para a implantação de projetos agroindustriais são frequentes na CPI da Funai de 1977. O sertanista Cotrim Neto reforça esse ponto, afirmando que “seu trabalho na Funai tem se limitado a simples administrador de interesses de grupos econômicos e segmentos nacionais, dada a política de concessão de áreas indígenas pela Funai (...)” (*Folha de São Paulo* de 20/5/1972).

Ou seja, desde a colônia até a Constituição de 1988, os indígenas brasileiros (i) não tinham acesso, por si próprios, ao sistema de Justiça; (ii) dependiam, para tal fim, de órgãos tutelares; (iii) estiveram sujeitos, desde 1910, ao SPI e à Funai, que atuavam contra seus interesses, especialmente no que diz respeito às suas terras.

Nesse cenário, é de se perguntar: quais as possibilidades reais de resistência dos indígenas ao esbulho de suas terras? Não é certamente pela via judicial, pois não tinham como acioná-la. A lei os impedia. E aqueles designados para fazê-lo em seu nome permaneciam intencionalmente inertes.

Seria pelo enfrentamento direto? A questão permite inúmeros desdobramentos.

O primeiro, e talvez mais óbvio, era a inegável desproporção de força e poder entre os indígenas e aqueles que vinham ocupar as suas terras. Estes contavam com o total apoio do Estado, inclusive do órgão tutelar. O SPI, por exemplo, dispôs dos Decretos n. 10.652, de 16/10/1942, e n. 52.668, de 11/10/1963, que previam prisão de até 5 anos para os indígenas considerados “prejudiciais às populações vizi-

nhas<sup>48</sup>”. De modo que, nesse tipo de disputa, os ganhos eram irrealis, ao passo que a derrota e o massacre eram, mais do que certos, reais.

Por outro lado, carece de razoabilidade a inferência de que o reconhecimento de um direito fique a depender de que o seu titular, previamente, tenha feito ou tentado fazer “justiça pelas próprias mãos”. Tal entendimento pode ter ainda uma eficácia simbólica perigosa. Como certamente ainda se alongarão no tempo as disputas relativas às suas terras, os indígenas podem ser levados a crer que a resistência física é um elemento importante no reconhecimento de seus direitos.

De resto, há povos indígenas para os quais o conflito e a violência são muito penosos, às vezes até insuportáveis. Aliás, James Scott<sup>49</sup> chama a atenção de que, para a maioria dos grupos historicamente subordinados, as pequenas guerrilhas silenciosas, travadas em seu cotidiano, costumam ter um impacto bem maior do que rebeliões, revoltas e levantes de larga escala. Ele tem em mente armas comuns, tais como o “corpo mole”, a dissimulação, a submissão falsa, as sabotagens, os saques, os incêndios premeditados, a ignorância fingida, a fofoca, etc.

Portanto, numa sociedade normativamente plural, como ocorre com a brasileira, as possibilidades de resistência a uma situação de injustiça devem ser aferidas concretamente, e não a partir de um modelo ideal, via de regra encarnado no grupo majoritário. E a resistência possível aos Terenas de Limão Verde foi aquela descrita no acórdão: requerimentos aos órgãos de Estado, em especial os tutelares, para que agissem na defesa de suas terras. Além de incursões permanentes àquele território, para realização de caça e coleta, superando as cercas que ali foram erguidas.

A desqualificação dessas iniciativas e a exigência de que a figura

---

<sup>48</sup> Respectivamente: artigo 9º: “e) propor ao diretor, mediante requisição do chefe do Inspetoria competente, o recolhimento à colônia disciplinar ou, na sua falta, ao Posto Indígena designado pelo diretor, e pelo tempo que este determinar, nunca excedente a 5 anos, de índio que, por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, for considerado prejudicial à comunidade indígena a que pertencer ou mesmo às populações vizinhas, indígenas ou civilizadas”; artigo 8º: “X – propor o recolhimento a colônia disciplinar ou, na sua falta, ao Posto Indígena que fôr designada pelo Diretor do SPI, pelo tempo que este determinar, nunca excedente a cinco anos, do índio que, por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, fôr considerado prejudicial à comunidade indígena a que pertencer, ou mesmo as populações vizinhas, indígenas ou civilizadas”.

<sup>49</sup> *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven, London: Yale University Press, 1985.

do “esbulho renitente” se acomode à imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria são, a um só tempo, negativa ao pluralismo e ao processo histórico nacional.

### 5.3 O laudo pericial e o princípio da proteção à confiança legítima

A nota de rodapé 26 informa que o laudo pericial produzido nos autos da ação a que se refere o presente recurso foi apresentado em 3 de setembro de 2008, antes, portanto, da publicação do acórdão da Raposa Serra do Sol, em 25/9/2009, e de sua republicação, em 1º/7/2010.

Ainda que o requisito da ocupação em 5 de outubro de 1988 tenha sido, de certa forma, insinuado na jurisprudência do STF, especialmente no caso que deu ensejo à Sumula n. 650/STF, o foi lateralmente, porque a ação versava sobre disputa de dominialidade entre União e Estado-membro. Quanto ao “esbulho renitente”<sup>50</sup>, é uma figura introduzida no julgamento da Raposa.

O perito, quando da elaboração de seu laudo, não tinha como antecipar que esses eram elementos que deveriam ser tratados detidamente na definição da espacialidade da TI Limão Verde. Aliás, nem sequer havia quesitos a respeito.

O STF, independentemente de se tratar de ações do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, tem admitido, de longa data, a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que representam uma guinada na sua jurisprudência ou no critério de interpretação de normas, em observância ao princípio da segurança jurídica<sup>51</sup>.

Essa posição deveria ter sido adotada no julgamento da Petição n. 3.388, especialmente para aqueles casos em que, nas ações em curso

<sup>50</sup> A sentença não faz uso da expressão, nem, tampouco, da concepção adotada no acórdão examinado nesse texto. Diz o juiz, analisando o caso Raposa Serra do Sol: “Se bem entendi, o Excelso Pretório deu a direção para a solução de lide na qual está provado que os índios abandonaram espontaneamente a posse ou quando provado o fato indígena – posse de que trata a CF, em 5/10/88, mas não liquidou o direito dos índios às terras das quais já tiveram posse e que dela foram destituídos.” (Destques no original).

<sup>51</sup> Exemplificativamente: CC n. 7.204, relator o ministro Carlos Britto, *DJ* de 9/12/2005; MS n. 26.604, relatora a ministra Cármen Lúcia, *DJ* de 3/10/2008; RE n. 737.011, relator o ministro Teori Zavascki, *DJE* de 27/10/2015. Veja-se também, a respeito do tema: RIBEIRO, Ricardo Lodi. A segurança jurídica na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 361/363.

e nos procedimentos administrativos, o laudo já tinha sido produzido. Era preciso, pelo menos, que fosse determinada a sua complementação, de modo a tratar especificamente dos novos requisitos.

O comprometimento, no caso, não é só da segurança jurídica, mas da própria noção de justiça, pois demandas que envolvem direitos fundamentais são decididas sem que se incorporem ao processo as informações essenciais à tomada de decisão. Com isso, tal como ocorre com a fazenda Santa Bárbara, há a possibilidade de uma nova desterritorialização dos indígenas, quando os requisitos necessários ao reconhecimento de suas terras tradicionais estavam presentes, mas invisíveis aos olhos do julgador.

## 6. CONCLUSÃO

A esta altura, é possível concluir que o maior problema desse julgado está na admissão do extraordinário. Um recurso que não admite análise de provas e tem como limite máximo de cognição a matéria de fato apreciada pelas instâncias ordinárias e como tal declinada nas respectivas decisões, certamente não dá conta da enorme complexidade da territorialidade indígena.

Também os precedentes não têm tido a análise que merecem. A jurisprudência sobre o tema é evolutiva, e o caso Raposa Serra do Sol não é um ponto fora da curva. Muito ao contrário, pela primeira vez, ficou assentado que as TIs formam um mosaico que combina habitação, recursos produtivos e ecológicos e espaços necessários à reprodução física e cultural do grupo.

A invocação da Súmula n. 650, que volta e meia se faz na atualidade, é de todo impertinente, porque nada tem a ver com territorialidade, mas com “antigos aldeamentos”, que existiram no passado e lá ficaram. Não alcança, certamente, ocupações que persistiram até o século XX e que só não prosseguiram por conta de esbulho. Validar essa súmula para situações ocorridas há tempo relativamente curto é manter o direito refém de uma triste história de desapossamentos e de exclusões.

Por fim, voltando-se ao caso analisado, ainda que se considerasse a ausência de ocupação em 5 de outubro de 1988 – o que, a esta altura, só se admite por amor ao debate –, o só fato do esbulho, em passado recente, deveria levar a uma ponderação de interesses.

A importância – real e simbólica – dessa área para o povo Terena

é inegável, tanto que a luta para a sua recuperação vem de décadas<sup>52</sup>. Muito já se disse sobre a estreitíssima relação indígena/terra, em nada equiparável àquela que um não indígena estabelece com a sua propriedade imobiliária. Aqui, o capital, o valor, são os seus elementos centrais. Seria possível e legítimo manter a fazenda Santa Bárbara sob posse indígena e determinar à União que ressarcisse integralmente o seu proprietário.

O que espanta e entristece, no caso, é a indiferença quanto ao destino de um povo e ao seu direito a uma terra.

## REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum. In: *Terras de quilombo, terras indígenas, “Babaçuais Livres”, “Castanhais do Povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. Coleção Tradição e Ordenamento Jurídico, v. 2, 2006.
2. ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
3. ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontífica Universidad Javeriana, 2009.
4. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.) In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

---

<sup>52</sup> A sentença, no ponto, diz o seguinte: “Quando da inspeção constatei que nos domínios da Fazenda Santa Bárbara existem duas nascentes, cujas águas correm em direção da Serra de Amambá indo formar o Córrego José Dias, que por sua vez atravessa toda a Aldeia (fotos de fls. 1994 a 1998 e 2024 a 2029). A importância que a comunidade dá ao referido curso d’água pode ser mensurada pela sua denominação: João Dias, nome de um ancestral da comunidade. Desde o relatório do servidor Werneck, produzido nos idos de 1947, já se ressaltava o valor dessas nascentes para a comunidade”.



5. BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
6. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
7. CUNHA, Manuela Carneiro da. *História dos índios do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
8. \_\_\_\_\_. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma.
9. DUPRAT, Deborah. O papel do Judiciário na demarcação de terras indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (Org.). *Povos indígenas no Brasil: 2001/2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.
10. \_\_\_\_\_. O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. In: *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.
11. \_\_\_\_\_. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: *Convenção n. 169 da OIT e os estados nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.
12. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
13. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
14. HOBSBAWM, Eric J. *Nações e nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
15. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.
16. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 58, abr.-jun. 2010.
17. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
18. SCOTT, James C. *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven, London: Yale University Press, 1985.
19. TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 2. ed. Trad. Beatriz Perrone Moi. São Paulo: Martins Fontes, s.d.

# O MARCO TEMPORAL E UMA PRÁTICA CONSTITUCIONAL ASSIMILACIONISTA

JULIO JOSÉ ARAUJO JUNIOR<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo pretende contextualizar a luta dos povos indígenas por direitos territoriais e avaliar a participação do Judiciário na ordem constitucional brasileira. A relação de direitos prevista na Constituição de 1988 deve ser compreendida à luz da superação do regime da tutela e da concretização de uma prática descolonizadora. A conclusão é a de que o Poder Judiciário vem adotando prática assimilacionista, que não respeita os povos indígenas como sujeitos de direito merecedores de igual respeito e consideração, como demonstra o marco temporal estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal e a prática cotidiana majoritária do Judiciário em primeira instância.

**Palavras-chave:** Indígenas. Supremo Tribunal Federal. Marco temporal.

## ABSTRACT

This article aims to contextualize the struggle of the indigenous peoples for territorial rights and to evaluate the participation of the Judiciary in the Brazilian constitutional order. The list of rights envisaged in the 1988 Constitution must be understood in the light of overcoming the guardianship regime and the realization of a decolonizing practice. The conclusion is that the Judiciary has been adopting an assimilationist practice, which does not respect indigenous people as

---

<sup>1</sup> Procurador da República e ex-juiz federal. Graduado pela Universidade de São Paulo e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador do Grupo de Trabalho Povos Indígenas e Regime Militar. Membro do Grupo de Trabalho Demarcação de Terras Indígenas.

legal subjects that deserve equal respect and consideration, as demonstrated by the temporal framework established by the Supreme Court and the majority practice of the Judiciary at first instance.

**Keywords:** Indigenous people. Supreme court. Temporal framework.

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. Constituição de 1988: tímida, porém transformadora
    - 2.1 Direito à terra
  3. Marco temporal
  4. Considerações finais
- Referências

### 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 foi inovadora no tratamento dos povos indígenas, se comparada com os textos constitucionais anteriores. Ao consagrar o caráter plural da sociedade brasileira e afastar o paradigma assimilacionista antes vigente, a nova ordem constitucional enfatiza a autonomia desses povos, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições e mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam<sup>2</sup>. Nos manuais de direito constitucional, é recorrente a visão de que o Brasil assegura direitos a essas

---

<sup>2</sup> O tratamento dos povos indígenas no Brasil é marcado por um longo período de leis esparsas durante o período colonial e o império, voltadas a uma política de miscigenação com a expressa intenção de criar uma população homogênea livre, o que acabou servindo, cem anos mais tarde, como pretexto à espoliação das terras dos aldeamentos em que os índios haviam sido instalados. Na República, o ideal positivista, agora dominante, preconizará a necessidade de que a incorporação daqueles povos à comunhão nacional se dê de forma gradual, o que repercutirá no pensamento constitucional brasileiro, a partir da Constituição de 1934. A Constituição de 1988, ao deixar de estabelecer qualquer hierarquia entre os grupos que compõem a sociedade brasileira, valoriza a autonomia desses povos. Para maior discussão sobre o tema: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012; CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009; PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UE, 2007. p. 9-21.

populações<sup>3</sup>, inaugurando uma nova forma de conceber a questão que vai além da ideia de tutela estatal e da hierarquização e homogeneização de grupos<sup>4</sup>. Essa bem-vinda mudança é fruto de um histórico de lutas em todo o mundo – inclusive no Brasil – pela defesa das identidades e do reconhecimento como aspectos fundamentais no exercício de direitos.

No caso brasileiro, a realidade dos povos indígenas, assim como a dos negros<sup>5</sup>, é marcada por permanente marginalização, calcada pela sistemática negação de dignidade aos indivíduos que compõem esses grupos e pela ausência de participação nos processos decisórios. Após séculos de opressão colonial, marcados por violências reais e simbólicas, pela exploração do trabalho forçado e pela negação da identidade, culminando nos efeitos deletérios à sua organização social causados pela concentração fundiária, acreditava-se que, pouco a pouco, os indígenas iriam desaparecer – enquanto grupo étnico – e estariam plenamente integrados/assimilados à cultura da sociedade envolvente.

<sup>3</sup> Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, v. 49, p. 187-224, 2013.

<sup>4</sup> A percepção do senso comum acerca dos povos indígenas que habitavam as terras que viriam a ser o Brasil pode ser sintetizada em passagem de Gilberto Freyre, que aponta diferenças no tratamento de espanhóis e portugueses com relação aos povos nativos que encontraram. Os espanhóis teriam encontrado povos em fase de semicivilização, como maias, incas e astecas, por isso se apressaram em dissolver seus valores, ao passo que os portugueses teriam se surpreendido com uma espécie de “bandos de crianças grandes”, “uma cultura verde e incipiente”: “Sob a pressão moral e técnica da cultura adiantada, esparrama-se a do povo atrasado. Perde o indígena a capacidade de desenvolver-se autonomamente tanto quanto a de elevar-se de repente, por imitação natural ou forçada, aos padrões que lhe propõe o imperialismo colonizador. Mesmo que se salvem formas ou acessórios de cultura, perde-se o que Pitt-Rivers considera o *potencial*, isto é, a capacidade construtora da cultura, o seu elã, o seu ritmo”. (FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006. p. 157).

<sup>5</sup> Florestan Fernandes aponta que as transformações por que passou a sociedade brasileira após o fim da escravidão, as quais alteraram a sua estrutura e funcionamento, praticamente não afetaram a ordenação das relações raciais. Essa situação acarretava dois dilemas sociais: um deles, a absorção dessa população às formas de vida social na ordem social competitiva; o outro, o dilema do preconceito de cor, a “velha associação entre cor e posição social infima”, que excluía o negro da condição de “gente”: “Enfim, o dilema que nascia das resistências abertas ou dissimuladas, mas todas muito fortes, em se admitir o negro e o mulato em pé de igualdade com os ‘brancos’. Enquanto tal dilema subsistisse, mesmo o padrão de democracia inerente à sociedade de classe numa economia capitalista seria impraticável”. (FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. v. 2 (No limiar de uma nova era). São Paulo: Globo, 2008. p. 7-8).

A Lei n. 601, de 1850, chamada Lei de Terras, foi decisiva para a apropriação de territórios indígenas, pois considerou terras devolutas aquelas: i) que não se achassem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal; ii) que não se achassem em domínio particular por qualquer título legítimo nem fossem havidas por sesmarias e outras concessões do governo geral ou provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; iii) que não se achassem dadas por sesmarias, ou outras concessões do governo, que, ainda que incursas em comisso, fossem reavaliadas pela lei; iv) que não se achassem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, fossem legitimadas pela lei. No caso de posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, situação em que se enquadravam os indígenas, era necessário praticar atos para o processo de legitimação e registro. Em demandas entre posseiros e indígenas, passou-se a exigir que estes comprovassem suas posses, por meio de registro, o que levou à subtração de vários territórios<sup>6</sup>.

Esse processo de apropriação de territórios não se limitou ao período colonial ou ao século XIX. No século XX, quando a ocupação era majoritariamente fixada em áreas mais próximas ao litoral, o governo brasileiro passou a adotar medidas com o fim de realizar povoamento e organização de infraestrutura, como as linhas telegráficas. O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, criado em 1910 (pelo Decreto n. 8.072), que em 1918 passou a se dedicar apenas aos índios (SPI), é fruto dessa expansão<sup>7</sup>, pois tinha a incumbência de sedentarizar e alocar os indígenas que

---

<sup>6</sup> João Mendes Junior critica tanto a previsão como a interpretação da lei, pois desconsideram a previsão do indigenato, contida no Alvará de 1º de abril de 1680 (MENDES JUNIOR, 1912, p. 58-59): “O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisculto PAULO (Dig., titul., *de acq. Vel. Amitt. Possess.*, L.1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como *direito congenito*. Ao indigenato, é que melhor se applica o texto do jurisculto Paulo: – *quia naturaliter tenetur ab eu qui insistit*”.

<sup>7</sup> Muito se discute ainda sobre o papel do SPI e da linha de atuação então adotada. A despeito da invocação de um caráter humanitário da atuação, o seu papel estava amparado na doutrina positivista de integração à comunhão nacional. Para alguns autores, no entanto, como Darcy Ribeiro, consideradas em seu contexto histó-

representassem entrave à frente de expansão. Na ditadura civil-militar, as violações aos direitos dos povos indígenas não só continuaram como se intensificaram, em razão dos projetos de “Brasil grande” que previam a construção de estradas e de empreendimentos de grande porte. Episódios como o massacre dos Waimiri-Atroaris para a construção da BR-174 (entre Manaus e Boa Vista), o deslocamento forçado do povo Krenak e a construção de um presídio indígena em Minas Gerais, bem como os impactos da construção de Itaipu sobre os Ava-Guaranis no oeste do Paraná, são algumas das violações que geraram graves consequências à sobrevivência física e cultural desses povos e distorções na configuração de seus territórios.

Em que pese à forte resistência às violações que sofriam, os indígenas não logravam se organizar politicamente em âmbito nacional. Um embrião de organização só ocorreu a partir dos anos 1970, puxado pela mobilização por direitos humanos da época e pela organização universitária e de antropólogos, advogados e professores, que resistiam à política do governo ditatorial de “emancipar”<sup>8</sup> os chamados indígenas aculturados, com o fim de negar-lhes o direito ao território<sup>9</sup>. A resistência se fortaleceria ao longo da década de 1980, culminando na participação indígena, com algum destaque, na Assembleia Consti-

---

rico, essas diretrizes positivistas eram o que se oferecia, então, de mais avançado. (RIBEIRO, 1996, p. 161).

- <sup>8</sup> O movimento contra a “falsa emancipação” culminou na criação da Comissão Pró-Índio, em São Paulo, em 1978. Essa mobilização foi o embrião para a organização dos indígenas durante toda a década de 1980, inclusive na constituinte. Sobre o tema, ver: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. A questão da emancipação. *Cadernos da Comissão Pró-Índio*. São Paulo, v. 1, ago. 1979.
- <sup>9</sup> O artigo 9º da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) previa que, se observados determinados requisitos, como o conhecimento da língua portuguesa, poderia ser declarada a emancipação da comunidade e de seus membros, desde que requerida pela maioria e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional. Note-se que a emancipação afastava o regime tutelar e colocava o indígena e a comunidade indígena sob a condição de integrado e, por conseguinte, capaz. Pairava sobre essa diferenciação o afã classificatório de um indígena por parte de um sujeito externo a ele ou ao grupo (heterodefinição da identidade), a despeito do que previa o artigo 3º do próprio Estatuto. Essa ânsia de dizer que um grupo que não se enquadra no estereótipo do silvícola ou do bom selvagem, embora se reconheça como indígena, serve ao discurso de que ele deixou de ser índio e, logo, não precisa de terra ou de um regime especial quanto à terra ocupada. Nesse ponto, o regime tutelar teria cumprido sua missão civilizadora, como diz Manuela Carneiro da Cunha: respeita-se o índio como homem, mas exige-se que se despoje de sua condição étnica específica. (CUNHA, 2012, p. 114).

tuíte de 1987/1988. Como destacou a liderança Ailton Krenak, reconhecer as formas próprias de manifestação da cultura seria condição fundamental para que o povo indígena passasse a estabelecer relações harmoniosas com a sociedade envolvente e houvesse realmente uma perspectiva de futuro de vida, e não uma ameaça permanente e incessante (COHN, 2015, p. 32).

O resultado desse processo é um documento que efetivamente abre um novo capítulo na história das relações do Estado Brasileiro com os povos indígenas, ao reconhecer-lhes o direito de serem como quiserem e de terem sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições respeitados. Após a Constituição de 1988, não se tolera mais falar em “paulatina integração à comunhão nacional” para ditar a capacidade civil dos indígenas. Não cabe falar, *a priori*, em inferioridade, e sim em grupos diferenciados, que têm modos próprios de vida e que devem ser respeitados como tais.

Não se tolera tampouco hierarquizar os povos indígenas em integrados ou não integrados. Há o direito de viverem a prática de seus costumes, mas não se subtrai a possibilidade de o indígena buscar outros modos de vida, e isso não lhe retirará a sua condição. O que se proíbe é a tentativa de impor um modo de vida a esses grupos, vedando-se o não respeito às suas práticas tradicionais. A identidade não pode ser definida por um terceiro, e sim pelo próprio grupo (auto-definição da própria identidade), num contexto em que as ideias de autenticidade ou de classificação de indígenas por um terceiro devem ruir juntamente com o regime tutelar.

Após quase trinta anos da promulgação da lei fundamental, algumas conquistas são visíveis, como a demarcação de vários territórios, especialmente na Amazônia legal, o estabelecimento formal de políticas públicas, o papel de instituições em defesa da causa no sistema de justiça, o crescimento da população indígena – impulsionado pela (re)afirmação étnica<sup>10</sup> – e a adoção de políticas afirmativas. Paradoxalmente, os povos indígenas do país vêm sofrendo ao mesmo tempo

---

<sup>10</sup> Segundo dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, a população indígena abrange 896,9 mil indígenas, pertencentes a 305 povos, com 274 línguas distintas. Destes, cerca de 817,9 mil assim se declaram no quesito cor ou raça e 78,9 mil são pessoas que se declaram de outra cor ou raça (cerca de 67,5% se declaram pardos), porém residem em terras indígenas e se consideram indígenas em razão de tradições, costumes e antepassados. Em 1991, a população

graves ameaças à sua sobrevivência, pois vêm sendo considerados os principais adversários do projeto de desenvolvimento traçado para o país. De um lado, constituem um obstáculo às ações do Estado, que deseja explorar recursos hídricos e minerais em áreas menos visadas e exploradas, como comprova o empreendimento de Belo Monte, no Pará. De outro, o agronegócio vê nas terras indígenas (TIs) um entrave para a exploração econômica e para a expansão da fronteira agrícola.

A insatisfação com os efeitos do comando constitucional, que é claro acerca do dever estatal de demarcar as terras e da ausência de dever de indenizar os proprietários, salvo quanto a benfeitorias de boa-fé, tem levado os opositores da causa indígena a se organizarem na chamada bancada ruralista do Congresso Nacional para minar as conquistas consolidadas na Constituição de 1988. Isso se dá em várias frentes: reforma legislativa<sup>11</sup>, atuação contenciosa no Judiciário, inclusive no Supremo Tribunal Federal (STF), com o fim de conferir a menor densificação possível ao artigo 231 da Constituição, e atuação junto ao Poder Executivo para enfraquecer a atuação administrativa da Fundação Nacional do Índio (Funai)<sup>12</sup>.

---

era de 294.131 indígenas e, em 2000, de 734.127. Informações disponíveis em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>11</sup> A Proposta de Emenda à Constituição n. 215 tem por objetivo transferir a atribuição do processo demarcatório do Poder Executivo para o Legislativo, justamente o *locus* em que as minorias étnico-culturais têm menos voz e estarão sujeitas a maiorias de ocasião para a regularização de seus territórios. Sobre o tema, ver: SARMENTO, Daniel. *Nota técnica: a PEC 215/00 e as cláusulas pétreas*. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

<sup>12</sup> A edição da Portaria n. 303/2012, pela Advocacia-Geral da União, que buscou aplicar as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol a todos os casos de atuação da Funai e da União e atualmente está suspensa, e a elaboração, pelo Ministério da Justiça, de minuta de portaria com o fim de regulamentar o Decreto n. 1.775/1996, que trata dos processos administrativos de demarcação. A proposta estipulava várias etapas de contraditório durante o processo de demarcação, inclusive com a participação de assistentes técnicos de partes interessadas, o que tumultuaria as análises técnicas dos grupos de identificação e delimitação. Após pressão do movimento indígena, a minuta foi arquivada. Sobre o tema, há um parecer elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Disponível em: <<https://mobilizacaonacionalindigena.wordpress.com/2014/04/08/organizacoes-divulgam-parecer-rechacando-proposta-do-mj-de-alterar-demarcacoes-de-terras/>>. Acesso em: 23 set. 2016. Em dezembro de 2016, a imprensa divulgou minuta de decreto do governo Temer com uma proposta no mesmo sentido da Portaria n. 303. Documento altera regra para demarcar terra indígena. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com>>.



Paralelamente a esse processo, a violência contra os povos indígenas vem aumentando, tendo o número de mortes por assassinato saltado de 92, em 2007, para 138, em 2014 (CIMI, 2015, p. 74). Após visita ao país em 2016, a relatora especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre direitos indígenas apontou preocupação com o cenário, sobretudo em Mato Grosso do Sul, tendo em vista que os ataques decorrem de represálias a reocupações de terras ancestrais realizadas pelos indígenas após “longos atrasos nos processos de demarcação” (ONU, 2016, p. 6). O documento destaca que o Brasil tem uma Constituição progressista, com “disposições exemplares para a proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas”, nas quais se reconhece a diversidade cultural do país, e já foi líder mundial em demarcações. Contudo, passados oito anos desde a visita do relator anterior, “tem havido uma inquietante ausência de avanços” na matéria. Como exemplo, cita a estagnação dos processos de demarcação, a realização de empreendimentos sem a observância de consulta prévia, o aumento da discriminação e do racismo institucional. Como conclusão, a relatora acredita que os povos indígenas enfrentam hoje riscos mais graves do que em qualquer outra época desde 1988.

Considerando este cenário em que a efetividade das normas constitucionais é colocada em xeque, onde os indígenas enfrentam constantes dificuldades para expressar as suas cosmovisões, veicular pretensões políticas e acessar a justiça, põem-se em dúvida os limites e as possibilidades do texto de 1988. Em que pese ao seu viés transformador, experiências constitucionais posteriores de outros países vêm demonstrando que o mero reconhecimento da diferença não é suficiente. É necessário criar condições para um diálogo efetivo entre culturas e assegurar formas de participação e arranjos institucionais. Para viabilizar uma relação entre povos indígenas e a sociedade envolvente em pé de igualdade, é necessário que o processo de aplicação da Constituição não seja dominado pelas visões de mundo hegemônicas, tidas como colonizantes, e seja permeado por um diálogo intercultural em que o aprendizado seja recíproco. Por isso, pergunta-se: a Constituição de 1988, a despeito do seu caráter inovador e progressista, conduz a uma efetiva proteção dos grupos culturalmente diferencia-

---

[br/poder/2016/12/1840543-documento-do-governo-altera-regra-para-demarcar-terra-indigena.shtml](http://br/poder/2016/12/1840543-documento-do-governo-altera-regra-para-demarcar-terra-indigena.shtml)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

dos? A essa pergunta agrega-se outra, acerca da prática constitucional: qual paradigma a vem regendo, o assimilacionista ou o da autonomia?

Os desdobramentos do julgamento do caso Raposa Serra do Sol pelo STF, sobretudo em razão da fixação de um marco temporal para o reconhecimento de direitos territoriais aos povos indígenas, demonstram a atualidade da pergunta e a necessidade urgente de alerta para a escalada de esvaziamento, pela interpretação, do artigo 231 da Constituição.

## **2. CONSTITUIÇÃO DE 1988: TÍMIDA, PORÉM TRANSFORMADORA**

A América Latina foi, a partir dos anos 1980, um palco em que o tema da diversidade cultural influenciou as Constituições promulgadas em vários países. As limitações do sistema político liberal clássico, cego às diferenças e pretensamente neutro, e a sua incapacidade em lidar com uma sociedade multicultural passaram a ser objeto de preocupação, principalmente no que se refere ao respeito às identidades. O debate do multiculturalismo e o fortalecimento de novos movimentos sociais, que envolviam grupos étnicos e grupos historicamente discriminados, foi incorporado aos textos constitucionais por meio do reconhecimento da sociedade plural.

Esses textos sofreram mudanças ao longo do tempo. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, em classificação didática, aponta a existência de três ciclos de constitucionalismo multicultural na América Latina (FAJARDO, 2015). O primeiro ciclo foi o do constitucionalismo multicultural (1982-1988), marcado pela emergência do multiculturalismo e por novas demandas indígenas. Nesse ciclo, são introduzidos o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e o direito individual e coletivo à identidade cultural, com alguns direitos indígenas específicos. São dele as Constituições do Canadá, da Guatemala e do Brasil.

O segundo ciclo foi o do constitucionalismo pluricultural (1989-2005), no qual as Constituições afirmam o direito à identidade e à diversidade cultural, além de incluir o conceito de nação multiétnica/multicultural e Estado pluricultural, qualificando a natureza da população e adotando uma redefinição do caráter do Estado. Adota-se um rol de direitos, na esteira da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como a oficialização de idiomas indígenas, a

educação bilíngue intercultural, a consulta prévia etc. A maior inovação, porém, diz respeito ao reconhecimento do pluralismo jurídico, mediante o reconhecimento expresso de autoridades indígenas, suas normas e procedimentos<sup>13</sup>. São desse período as Constituições dos seguintes países: Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999).

O terceiro ciclo foi o do constitucionalismo plurinacional (2006-2009), por meio do qual se propôs uma refundação do Estado, mediante o reconhecimento de que os povos indígenas são nações originárias ou nacionalidades com autodeterminação, ou seja, sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu destino, governar-se com autonomia e participar nos novos pactos do Estado, que se apresenta como “Estado plurinacional”. Além disso, incorpora-se a cosmovisão indígena, o que se traduz no direito à água, ao “buen vivir”/“vivir bien”, à segurança alimentar, entre outros. São desse ciclo as Constituições da Bolívia e do Equador.

As propostas desse último ciclo vêm sendo associadas ao chamado novo constitucionalismo latino-americano. As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) adotam nortes interpretativos voltados para uma construção original que não se limita a importar desenhos institucionais ou assimilar uma cultura liberal de direitos. Ambas se preocupam em mostrar maior atenção a uma prática capaz de desmonumentalizar o conhecimento e descolonizar os sentidos, não se apegando a certos padrões formais ocidentais e se abrindo a outras culturas, com a preocupação de conferir-lhes o mesmo peso e voz nos diálogos interculturais.

Embora se situe no primeiro ciclo, o que poderia indicar uma timidez na garantia de direitos aos povos indígenas, o processo de discussão de uma nova Constituição e o documento que a consolida são um marco na luta dos povos indígenas no Brasil. O texto produzido apresenta diversas conquistas, sendo prova disso a quantidade de dispositivos que tratam da matéria.

A razão dessa euforia com a Constituição reside no paradigma pluralista e multicultural que a rege. Ao contrário das diretrizes homo-

<sup>13</sup> Antônio Carlos Wolkmer (2013, p. 30) observa, no entanto, que o tratamento de “bens comuns” e de meio ambiente feito pela Constituição brasileira – que estaria, em tese, vinculada ao primeiro ciclo – é muito mais avançado que o da Constituição colombiana.

geneizantes dos regimes constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 se abre à diversidade sociocultural dos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira, ressaltando um aspecto do princípio da igualdade que vai além da mera isonomia formal e material.

A igualdade como reconhecimento e o direito à diferença emergem do documento que estabelece como objetivos da sociedade brasileira o fim da discriminação (artigo 3º, IV) e que tem como fundamento da República o pluralismo político (artigo 1º, V). Abandona-se, assim, a ideia de que há estágios superiores de civilização. Ao contrário, valorizam-se todas as formas de manifestações étnicas e culturais, protegendo-as e reconhecendo seu valor para a formação das múltiplas identidades que compõem a sociedade brasileira. Nesse campo se incluirão não apenas os povos indígenas, mas também as minorias estigmatizadas e outros grupos, como os quilombolas e as demais comunidades tradicionais (ribeirinhos, seringueiros, extrativistas, quebradeiras de babaçu etc.).

Ao reconhecer-se aos povos indígenas o direito às suas terras, costumes e modos de vida, a Constituição os protege de qualquer tentativa de anular, em nome de uma suposta unidade nacional, o direito desses povos de viverem como bem entenderem. A autonomia é a pedra de toque do novo regime constitucional, em contraponto à perspectiva assimilacionista antes vigente. A identidade não pode ser definida por um terceiro, e sim pelo próprio grupo (autodefinição da própria identidade), num contexto em que as ideias de autenticidade ou de classificação de indígenas por um terceiro devem ruir juntamente com o regime tutelar. A única tutela a ser admitida será aquela revestida de *direito público* (ANJOS FILHO, 2011, p. 914), que tenha por objetivo garantir a proteção dos povos indígenas, como minorias étnicas, sem perspectiva integracionista.

A Constituição tem onze disposições expressas sobre a situação jurídica das populações indígenas<sup>14</sup>. Há previsões sobre direitos cole-

<sup>14</sup> São os seguintes dispositivos: artigo 20, XI (terras indígenas como bens da União), artigo 22, XIV (competência exclusiva da União para legislar sobre povos indígenas), artigo 49, XVI (competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar em terras indígenas a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, bem como para a pesquisa e lavra das riquezas minerais), artigo 109, XI (competência da Justiça Federal em caso de disputa acerca de direitos indígenas), artigo 129, V (atribuição do Ministério Público de defender judicialmente os direitos e os interesses

tivos referentes à cultura, aos direitos processuais e à repartição de competências entre Legislativo, Executivo e Judiciário. A elas devem ser somados outros dispositivos que fundamentam o reconhecimento de uma sociedade plural multicultural (artigos 1º, V, 215 e 216).

## 2.1 Direito à terra

Antes de 1988, as Constituições – a partir de 1934 – se limitavam a falar em respeito à posse das terras dos “silvícolas” e no tratamento como bem da União (a partir da CF 1967/69). A lei fundamental vigente vai entrelaçar essa proteção ao reconhecimento de direitos fundamentais desses povos, buscando o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Consagrando a autodeterminação (autogoverno), o artigo 231, por exemplo, reconhece sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, que são aquelas habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (artigo 231, § 1º).

Os direitos territoriais foram assegurados, com a estipulação de um prazo de cinco anos para a conclusão dos processos demarcatórios (artigo 67 do ADCT)<sup>15</sup>. O reconhecimento da autodeterminação é

---

das populações indígenas), artigo 210, § 2º (garantia às comunidades indígenas da utilização de suas línguas e de seus processos próprios de aprendizagem), artigo 215, § 1º (proteção pela União das manifestações das culturas indígenas), artigo 231, artigo 232 (capítulo próprio) e artigo 67 do ADCT (prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações).

<sup>15</sup> Para o STF, o prazo previsto no artigo 67 do ADCT não é peremptório, tratando-se de “visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação”, bastando a conclusão em tempo razoável. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS n. 24.566, relator o ministro Marco Aurélio, julgamento em 22-3-2004, Plenário, DJ de 28/5/2004. Segundo a Funai, atualmente existem 462 terras indígenas regularizadas, 54% delas no Norte, 19% no Centro-Oeste, 11% no Nordeste, 10% no Sul e 6% no Sudeste (Informação disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas?start=2#>>. Acesso em: 7 out. 2016). Há, no entanto, boa quantidade de terras que não desfrutam dessa condição, por estarem em estudo ou na fase de delimitação, declaração ou homologação. As terras ainda não regularizadas correspondem a cerca de 250, segundo dados de 2013. Nesse

limitado, uma vez que a propriedade da terra é da União, a ser conferida no processo administrativo de demarcação, a despeito do caráter declaratório da ocupação tradicional indígena. Os índios têm direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes na terra (§ 2º). O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados, porém, com autorização do Congresso Nacional, com prévia oitiva das comunidades afetadas, que teriam direito à participação nos resultados da lavra (§ 3º). Essa última previsão, que representa restrição ao uso do território em favor de uma intrusão do Estado em prol do desenvolvimento, depende de lei, que ainda não foi regulamentada<sup>16</sup>. As terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis (§ 4º). Não há previsão sobre a relação dos territórios com os entes federativos nem menção à representação política dos índios.

Uma previsão que revela preocupação com o reconhecimento está no artigo 215, § 1º, segundo a qual o Estado protegerá as manifestações das culturas indígenas<sup>17</sup>. O artigo 216 também ressalta a proteção a formas de expressão e modos de criar, fazer e viver. Na educação, asseguram-se às comunidades a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Não há previsão específica sobre a saúde, porém o ordenamento constitucional confere abertura para uma atenção diferenciada nesse âmbito.

Nos campos institucional e judicial, embora preveja no artigo 232 que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, a Constituição apostou na atuação incisiva do Ministério Público, que

---

sentido: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/brasil-tem-672-terras-indigenas-entenda-como-funciona-demarcacao.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>16</sup> Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.610/1996, ao qual se juntaram vários outros que tratam da mineração em terras indígenas. O tema gera forte reação dos indígenas, uma vez que, além de representar o interesse na exploração de recursos em seus territórios, o projeto autoriza uma atividade que gera fortes impactos nas terras, não só econômicos e sociais (desagregação, exploração de trabalho), mas também no meio ambiente. A bancada ruralista entende que o projeto é urgente e prioritário, porém nem sequer foi cogitada a realização de consultas para sua elaboração.

<sup>17</sup> Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2014, p. 214), embora a Constituição não tenha aderido ao comunitarismo, esse dispositivo representa uma abertura a essa filosofia política, pois promove e protege a cultura nacional.

detém a atribuição de defender judicialmente os direitos e interesses dessas populações. Além disso, apesar de reconhecer o pluralismo, o texto constitucional não incorporou as cosmovisões indígenas nem previu nenhum tipo de deliberação que contasse com participação específica dos povos tradicionais. Por isso, não se vê na carta previsão diferenciada sobre as relações com a natureza ou a correta valorização dos mecanismos próprios de deliberação dos índios, ou mesmo a valorização de suas manifestações e os impactos<sup>18</sup>.

A despeito de a Constituição não ter sido tão generosa e aprofundada quanto aos direitos dos povos indígenas na sua relação com a sociedade envolvente, boa parte das limitações do texto constitucional podem ser expandidas pela legislação infraconstitucional, tendo em vista o disposto no artigo 231, que demanda o respeito às formas de organização própria e o respeito a usos, costumes e tradições, o que permite, por exemplo, a estruturação de certas formas de representação e de medidas de respeito à jurisdição própria como medidas assecuratórias de reconhecimento aos modos de vida indígenas.

Pode-se dizer, assim, que o texto constitucional atende ao anseio

---

<sup>18</sup> Sobre a cosmovisão dos povos indígenas e sobre a forma como se transmite a memória entre os seus descendentes, Ailton Krenak observa que ler e escrever não são virtudes maiores que andar, nadar, subir em árvores, correr, caçar, fazer um balaio, um arco ou uma flecha: “Acredito que quando uma cultura elege essas atividades como coisas que têm valor em si mesmas está excluindo da cidadania milhares de pessoas para as quais a atividade de escrever e ler não tem nada a ver. (...) Na nossa tradição, um menino bebe o conhecimento do seu povo nas práticas de convivência, nos cantos, nas narrativas. Os cantos narram a criação do mundo, sua fundação e seus eventos. Então, a criança está ali crescendo, aprendendo os cantos e ouvindo as narrativas. Quando ela cresce mais um pouquinho, quando já está aproximadamente com seis ou oito anos, aí então ela é separada para um processo de formação especial, orientado, em que os velhos e os guerreiros vão iniciar essa criança na tradição. Então, acontecem as cerimônias que compõem essa formação e os vários ritos, que incluem gestos e manifestações externas. Por exemplo, você fura a orelha. Fura o lábio para colocar o botoque. Dependendo de qual povo você pertence, você ganha sua pintura corporal, seu paramento, que vai identificar sua faixa etária, seu clã e seu grupo de guerreiros. Esses são os sinais externos da formação. Os sinais internos, os sinais subjetivos, são a essência mesma daquele coletivo. Então você passa a compartilhar o conhecimento, os compromissos e o sonho do seu povo” (COHN, Sergio (Org.). *Encontros*: Ailton Krenak. Rio de Janeiro: Azougue, 2015, p. 86/87). A Constituição reconhece o fato do pluralismo, mas, embora assegure (pelo artigo 231) os modos de vida próprios, não oferece mecanismos para toda essa riqueza cultural e essas manifestações diferenciadas. A legislação infraconstitucional, especialmente a processual, ignora essa diferenciação, o que acaba penalizando esses povos.

liberal multicultural de assegurar proteções externas aos direitos de grupos, o que o faz em relação às suas terras, a seus modos de vida, à educação. Incorporam-se assim certos direitos especiais a esses povos, que são reconhecidos expressamente e servem de diretriz à interpretação da legislação infraconstitucional. Não há, porém, a internalização de cosmovisões indígenas – como constou em Constituições de países vizinhos que desenvolvem um diálogo mais profícuo com esses povos.

O artigo 231 não se limita a decretar uma proteção da posse, mas a relacionar claramente os direitos sobre as terras ocupadas pelos índios aos seus modos próprios de organização social, costumes, línguas e crenças. Embora não tenha usado o termo “territórios”, tendo em vista a preocupação com o emprego dessa terminologia no direito internacional, a Constituição qualifica a compreensão de terras indígenas de maneira distinta da noção de propriedade privada e de forma bem relacionada à manutenção da vida de determinado povo, dos seus costumes e de suas formas próprias de organização social. Quando menciona terras tradicionalmente ocupadas, a Constituição se aproxima da noção de territórios, da mesma forma que faz a Convenção n. 169 da OIT, e supera a visão corrente desde a Constituição de 1934, que falava em terras onde os índios se localizassem de forma permanente.

O artigo 14 da Convenção n. 169 contém uma previsão que sintetiza essa forma diferenciada desses povos de lidar com a terra, ao dizer que *deverão ser adotadas medidas pelo direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.*

A posse dos índios de suas terras não se relaciona a uma questão física de mera apreensão de um bem, pois se trata de espaço de sobrevivência cultural e de reprodução de seus modos de vida. Por isso, é mais adequada a expressão “território”, que vai além da ocupação física contida no termo “terras”. Há lugares sagrados, de manutenção da vida social e de organização econômica a serem considerados. O território é um espaço em torno do qual gravitarão os outros direitos, inclusive à saúde e à educação diferenciadas.

Além do artigo 231, os artigos 215 e 216 buscam garantir o respeito aos modos de vida e às manifestações próprias desses grupos, promovendo uma proteção qualificada dessas ocupações tradicionais, tendo em vista as peculiaridades dos povos indígenas em sua relação com a terra.



Nesse contexto, as formas de organização social não atendem a uma fórmula preestabelecida, porquanto cada grupo étnico vai se organizar de acordo com seus próprios modos de vida, dentro de um momento histórico e conforme a realidade política e social que se apresentar, notadamente em razão dos embates que serão travados e da opressão de que muitas vezes será vítima. Como consequência direta desse dinamismo cultural de um grupo e da autoidentificação, prender-se a uma visão estática, essencialista ou simplificadora da realidade dos povos indígenas conduzirá o ente estatal a equívocos e a postura não cumpridora da Constituição quanto ao respeito à organização desses grupos.

Como afirma Carlos Frederico Marés, a Constituição reconhece como legítima uma ordem que ela mesma desconhece, uma vez que a organização social dos povos indígenas se baseia nos usos, costumes e tradições (SOUZA FILHO, 2013, p. 2150). Diante disso, a lei não é capaz de enquadrar aquela realidade dinâmica ou mesmo dar conta, sob parâmetros já estabelecidos (social e juridicamente), dos novos paradigmas apresentados. Cabe, portanto, ao operador do direito lidar com os conflitos que surgem do embate entre a tradição registral e a tradição oral de povos indígenas nas disputas de terras, conferindo iguais pesos a essas formas de vida e não hierarquizando as provas a serem analisadas.

O traço da originalidade do direito dos índios às terras que ocupam está previsto na Constituição e denota sua precedência sobre qualquer outro direito. Essa perspectiva impede o afã registral de possuidores e supostos proprietários, que pretendem alegar a titularidade de bens imóveis em face dos índios ou uma cadeia dominial que comprovaria sua precedência nessas terras. Impede-se também que estados cogitem encarar as terras indígenas como um fator limitador de sua autonomia, pois, como disse o ministro Carlos Ayres Britto<sup>19</sup>, “as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ‘tradicionalmente ocupadas’”.

Os direitos são originários, portanto, porque foram reconhecidos, e não meramente declarados. São preexistentes a qualquer escritura, não cabendo nem sequer indenização sobre esses títulos. Tampouco

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet n. 3.388, relator o ministro Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009, Plenário, *DJE* de 1º/7/2010.

cabe falar em intervenção federal quando a atuação demarcatória incide sobre terras estaduais ou inseridas num Estado. A garantia de propriedade da União sobre esses territórios é feita de forma a garantir a posse dos índios, grupo vulnerável, a partir de direitos originários declarados pela Constituição, não se confundindo com aquele instituto. A atuação da União no processo demarcatório se dá em favor de um interesse nacional. Ademais, as terras não deixam de estar localizadas no Estado-membro<sup>20</sup>.

Caminha ao lado da originalidade o caráter declaratório desse direito. Significa dizer que o reconhecimento de uma TI prescinde de qualquer ato instaurador de processo administrativo de demarcação. O reconhecimento dos direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam é feito por um comando constitucional que garante, de imediato, a sua proteção.

É evidente que a demarcação, também determinada pela Constituição, é muito importante para a efetivação desse direito, pois delinea o espaço de proteção e garante segurança jurídica às comunidades e a terceiros, além de permitir atuação mais definida dos órgãos que respondem pela defesa da temática indígena, nos vários campos das políticas públicas. Não se pode perder de vista, porém, que a demarcação não é um requisito essencial para a observância dos direitos dos indígenas sobre essas terras, ainda mais diante das dificuldades inerentes ao processo demarcatório, estando a Funai em flagrante mora quanto ao prazo de cinco anos previsto no artigo 67 do ADCT para a regularização das terras.

Assim, não se pode olvidar que, ausente o processo demarcatório ou quando ele ainda está em curso, o Judiciário pode ser provocado a reconhecer ocupações tradicionais e assegurar direitos fundamentais de povos indígenas.

A relevância desse debate está na desmistificação da demarcação como constitutiva de direitos. Os povos indígenas foram e são vítimas de um processo avassalador de contato e de desestruturação justamente em virtude da falta de demarcação, com a ocupação de suas terras por grandes fazendeiros, pela atuação de empreendimentos e por medidas

---

<sup>20</sup> Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *Nota técnica*: a PEC 215/00 e as cláusulas pétreas. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

que os deixam confinados em espaços de onde nem sequer podem retirar o sustento. Foram também removidos injustamente por diversos atos ilegais. Ainda assim, é curioso constatar que os adversários das demarcações se utilizam justamente das consequências destas ilegalidades – desestruturação étnica (perda da identidade, mestiçagem), não ocupação de um território, grilagem de terras – para afastar o direito ao seu território num processo demarcatório. O marco temporal, por exemplo, é uma cria desse processo de dupla penalização dos povos indígenas, no qual a invisibilidade provocada pelo regime precedente da tutela é utilizada como mais um fundamento em desfavor do reconhecimento do território.

A questão da posse em matéria indígena gera muitas dúvidas e questionamentos, com os quais os órgãos julgadores frequentemente deparam. Isso se deve ao fato de que a relação dos povos indígenas com os seus territórios é diferenciada, merecendo proteção especial por parte da Constituição, não se confundindo com a noção meramente civilista/privatista de posse.

As TIs não podem ser estudadas pela lente da propriedade privada. Como se viu, as terras tradicionalmente ocupadas merecem tratamento de igual peso ao conferido à perspectiva registral. Correspondem a propriedades cujos fundamentos são distintos. Não só a Constituição como também a Convenção n. 169/OIT, de 7/6/1989, que ingressou no ordenamento brasileiro em 2002, asseguram o respeito à “importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios” (artigo 13), sobretudo os aspectos coletivos dessa relação.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não faz diferente. Destaca que os povos indígenas têm direito às terras, aos territórios e aos recursos que tradicionalmente possuem e ocupam, sublinhando ainda a possibilidade de proteção em caso de utilização ou aquisição por outra forma (artigo 26).

Na prática, o cenário muitas vezes se repete. Grupos são pressionados a desocupar seus territórios ou acudados em espaços cada vez menores. Há invasões de não indígenas “devidamente amparadas” por registros locais, retiradas dos índios de seus territórios e desintegração do grupo, atingindo fortemente a noção de território como espaço de pertencimento e reduzindo-os a espaços de moradia em condições de extrema vulnerabilidade.

Diante de conflitos como esses, os conceitos de posse velha e posse nova e a própria análise dos documentos comprobatórios da posse devem ceder a uma perspectiva mais ampla da questão, que deve levar em conta aspectos antropológicos e históricos. É comum o ajuizamento de demandas civis e a tentativa de tratar a matéria de maneira alinhada à visão da sociedade envolvente, sem nenhuma abertura à noção de território para aqueles povos. A perspectiva da propriedade privada é transportada para o caso, valorizando-se o registro em detrimento de uma abordagem que respeite a diretriz constitucional na matéria, baseada nos usos, costumes e tradições. Trata-se de flagrante hierarquização de modos de vida, típicos da colonialidade do poder em que a sociedade brasileira está inserida, que coloca os povos tradicionais como representantes do atrasado e pré-moderno que atravança o progresso e a modernidade.

A desestruturação da vida comunitária provocada pela ocupação do território acaba sendo vista como fator legitimador de uma falsa constatação de que já não subsiste a presença indígena. Desconsideram-se o esbulho possessório e as diversas estratégias de sobrevivência desses grupos, de permanência junto ao seu território, como forma de manutenção de vínculos e de sua identidade.

Certas demandas nem sequer são ajuizadas na Justiça Federal<sup>21</sup>, pois os autores intencionalmente não cogitam da existência de povos indígenas naquele local, mas meros “mestiços”, “caboclos”<sup>22</sup>, sem direito algum, dentro daquela lógica, sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Uma leitura apressada do julgador pode levar ao uso dos institutos correntes de forma legalista e desatenta ao que preceitua a Constituição. Os esquemas tradicionais de resolução de conflitos interindividuais não servem à resolução desse problema, impondo aos órgãos do sistema de justiça que reconheçam as limitações do conhecimento jurídico para procurar entender a realidade que os cerca.

Em primeiro lugar, diante de conflitos de terras que envolvem grupos culturalmente diferenciados, é fundamental tomar contato com a realidade exposta, a fim de verificar *in loco* os anseios das comunidades

<sup>21</sup> Segundo o artigo 109, XI, da Constituição, a Justiça Federal é competente para julgar as disputas sobre direitos indígenas.

<sup>22</sup> Note-se que é o terceiro quem tenta apontar a identidade, como se fosse possível ao julgador, à luz da antropologia e da legislação vigente, inserir-se no debate acerca da caracterização de uma comunidade como “indígena” ou “mestiça”.

envolvidas e entender sua história e como vivem. Instrumentos tradicionais do processo civil como as audiências e as inspeções judiciais são medidas imprescindíveis para melhor instrução de um processo que envolve essas demandas, embora possam ser insuficientes.

Da mesma forma, deve ser afastada a utilização de procedimentos como o do mandado de segurança (geralmente impetrado contra decisões administrativas no curso do processo de demarcação), para a análise específica de aspectos relacionados à ocupação territorial, tendo em vista a imprescindibilidade de uma ampla dilação probatória que leve em consideração os anseios dos povos diretamente afetados e de suas formas de representação.

Em segundo lugar, a complexidade da questão leva à necessidade de examiná-la com maior abertura às outras áreas do conhecimento. Mostra-se, ainda, imprescindível, nesse processo, adotar efetivamente o pluralismo, levando-se em consideração as diversas formas de organização social, amparadas pela Constituição, de modo a procurar entendê-las. Os operadores do sistema de justiça têm o dever de buscar a compreensão acerca dos espaços de pertencimento de determinada etnia – cada etnia desenvolve-se e atua de maneira própria – para procurar garantir aquele direito originário reconhecido pela Constituição em face da suposta verdade registral que se coloca nos autos.

A matéria, por pressupor a inexistência de uma visão hegemônica, passa por considerar a relevância de várias áreas do conhecimento, sobretudo da antropologia, a fim de identificar como se organiza o povo que pleiteia um reconhecimento, a sua história e suas dificuldades. Além disso, no caso específico colocado pela ação possessória, a antropologia fornecerá subsídios para entender como aquele grupo se relaciona com aquelas terras e o que é essencial para a sua sobrevivência física e cultural, sobretudo levando em conta o histórico de pressões sobre suas terras e os esbulhos que eventualmente tenham ocorrido ao longo de seu desenvolvimento.

### **3. MARCO TEMPORAL**

Se o texto constitucional marca uma virada na descrição do tratamento dos povos indígenas e da relação desses grupos com o Estado Brasileiro, o mesmo não pode ser dito, pelo menos não com a mesma assertividade, em relação à prática constitucional brasileira. Ao lado da

persistência de um ranço assimilacionista na sociedade, que enxerga nos índios seres incapazes para a vida civil e que devem integrar-se, aos poucos, aos modos de vida de uma cultura hegemônica – período durante o qual devem ser objeto de medidas paternalistas, com ou sem patrocínio estatal<sup>23</sup> –, verifica-se que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário vêm reproduzindo, em diferentes graus, essas percepções. Este trabalho tratará especificamente do Judiciário.

A previsão de direitos indígenas gerou inevitável judicialização dos processos demarcatórios, tendo em vista o papel mais destacado desse Poder na concretização dos valores e direitos constitucionais pós-1988<sup>24</sup>. Ao longo deste período constitucional, além de não se preocupar com a participação desses povos, a atuação judicial tem sido a mais refratária a uma abertura às cosmovisões indígenas, resistindo a uma aplicação do direito que leve em conta uma pluralidade de organizações sociais e fatores étnicos.

O STF já enfrentou uma boa variedade de temas, como o caráter não decadencial do prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>25</sup>, a necessidade de observância do contraditório nos processos demarcatórios<sup>26</sup> e questões como a vedação da convocação de indígena para prestar depoimento a comissão parlamentar de inquérito em local diverso de suas terras<sup>27</sup>.

Um dos entendimentos consolidados pelo STF deu origem à Súmula n. 650, segundo a qual os incisos I e XI do artigo 20<sup>28</sup> da

<sup>23</sup> Nesse sentido, pode ser citada a atuação de missões religiosas com o fim de coibir determinadas “práticas” de povos indígenas. Atuando à margem do Estado, com um fim salvacionista, promovem verdadeiras adoções “à brasileira” sem nenhuma busca dos meios legais cabíveis. No âmbito estatal, um exemplo é a atuação que visa impedir a venda de bebida alcoólica, para atender a vetusto dispositivo do Estatuto do Índio (artigo 58, III, da Lei n. 6.001/1973) não recebido pela Constituição.

<sup>24</sup> Sobre o tema, ver: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 29.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24.566/DF, relator o ministro Marco Aurélio, *DJ* de 28/5/2004.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 21.649, relator o ministro Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 15/12/2000; MS n. 24.045-8, relator o ministro Joaquim Barbosa, *DJU* de 5/8/2005.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 80.240, relator o ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 14/10/2005.

<sup>28</sup> Os incisos têm o seguinte teor: “Art. 20. São bens da União: I – os que atualmente lhe

Constituição não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Os precedentes<sup>29</sup> que embasaram a formulação do enunciado se referiam à viabilidade de demanda de usucapião extraordinária em imóvel urbano nos municípios de Santo André e Guarulhos, no estado de São Paulo. Entendeu-se que não cabia à União alegar que se tratava de aldeamentos, já que são áreas densamente povoadas que não se confundem com a tradicionalidade prevista no artigo 231<sup>30</sup>, de modo que não se poderia reconhecer como TI área em houvesse ocorrido uma ocupação imemorial.

O aldeamento extinto, nos precedentes, correspondia a situações em que a comunidade indígena deixou de existir – por razões como epidemias, extermínio etc. – nem havia reivindicação sobre a terra. A discussão cingia-se ao direito à usucapião da área e ao cabimento da alegação de que a União detinha a propriedade do imóvel (pelo fato de tratar-se de TI). Atualmente, no entanto, a súmula vem sendo evocada por outros tribunais e mesmo pelo STF para afastar o direito aos indígenas que reivindicam territórios em disputa. São situações em que os índios não estão mais na terra, por razões diversas – expulsões, violências, deslocamento forçado –, mas seguem a ela vinculados, habitando áreas contíguas, em alguns casos. A aplicação da súmula deve limitar-se a situações semelhantes às de Santo André e Guarulhos<sup>31</sup>, e não aos casos de reivindicação concreta e atual, em que o processo histórico de apropriação e supressão da terra é posto em discussão.

O caso da TI Raposa Serra do Sol apresenta-se como o mais importante sobre a temática na história constitucional recente. O julgamento

---

pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

<sup>29</sup> São eles: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 219.983-3/SP; RE n. 249.705-3/SP, relator o ministro Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 24/8/1999; RE n. 285.098-5/SP, relator o ministro Moreira Alves, *DJ* de 10/8/2001; RE n. 330.849-1/SP, relator o ministro Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 15/10/2002; RE n. 335.887-1/SP, relator o ministro Moreira Alves, Primeira Turma, *DJ* de 12/3/2002.

<sup>30</sup> Conforme observa Luiz Fernando Villares, a preocupação do STF é correta nesse caso, tendo em vista que a União se vale do argumento da existência de aldeias na área por mero anseio patrimonial, sem relação alguma com a interpretação do artigo 231. VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. 1. ed., 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2013. p. 142/143.

<sup>31</sup> Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 29.087/DF, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 16/9/2014, *DJU* de 14/10/2014.

realça aspectos relevantes para a conformação constitucional do tema, como o reconhecimento da proteção de indígenas independentemente de “processos de aculturação”, os limites políticos da atuação dos estados quanto à definição de direitos territoriais indígenas, o falso antagonismo entre esses direitos e o desenvolvimento, o caráter originário dos direitos sobre a terra<sup>32</sup>, a legitimidade do modelo contínuo de demarcação e a compatibilidade desta com a proteção ambiental. Feitas essas ressalvas, a decisão representa grave retrocesso aos direitos indígenas devido à fixação de um marco temporal para o reconhecimento da ocupação para fins de demarcação e à estipulação de salvaguardas institucionais que contêm condicionantes para os processos demarcatórios<sup>33</sup>.

O STF fixou a data de promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) como referencial para averiguar a ocupação tradicional indígena. A esse marco temporal somou o marco da tradicionalidade, consistente na ocupação da terra de forma perene, salvo em caso de esbulho renitente. Tais teses foram fixadas por meio do acolhimento da teoria do fato indígena, proposta pelo ministro Menezes Direito, que afasta a teoria do indigenato para prestigiar a segurança jurídica e afastar dificuldades práticas decorrentes de uma investigação imemorial da ocupação indígena. O fato indígena partiria de duas premissas básicas: i) a ocupação como um fato a ser verificado em 5 de outubro

<sup>32</sup> Cabe citar um trecho da ementa, que também consta do voto do relator: “DIREITOS ‘ORIGINÁRIOS’. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet n. 3.338, relator o ministro Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009, Plenário, *DJE* de 1º/7/2010.

<sup>33</sup> As chamadas condicionantes foram fixadas sem nenhuma discussão prévia no processo e tratam de objeto totalmente estranho a ele, porém o Supremo as manteve, quando provocado em embargos de declaração. Afastou-se apenas o caráter vinculante da decisão proferida em ação popular, ressaltando-se, porém, que “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet n. 3.388 ED/RR, relator o ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, julgamento em 23/10/2013. *DJU* de 4/2/2014.



de 1988, em caráter permanente<sup>34</sup>; ii) o modo tradicional de ocupação a assegurar determinado modo de vida, quanto a fatores econômicos, ecológicos, culturais e demográficos.

A fixação de um marco temporal não tem respaldo na concepção constitucional sobre os direitos indígenas. O texto da Constituição reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam, algo que é preexistente e avalizado por todas as Constituições anteriores, desde 1934<sup>35</sup>. Além disso, a teoria do fato indígena exige requisitos da posse civil<sup>36</sup> – como o da habitação permanente – e desconsidera as formas peculiares de relação que os povos indígenas têm com a terra e a forma que se mantêm ligados a ela mesmo em condições adversas, o que exigiria compreensão do tema sob um olhar constitucional sistemático, que tenha o artigo 231 como norte interpretativo. A leitura feita pelo STF aponta, em verdade, para uma perspectiva assimilacionista, que desconsidera a penosa trajetória de diversos povos despojados de suas terras – ao longo dos séculos e até pouco antes da Constituição de 1988 (durante a ditadura civil-militar) para exigir, à luz de uma concepção própria da sociedade envolvente, critérios de ocupação que nem sequer se ajustam às cosmovisões e à maneira diferenciada como se relacionam com o território. Como afirma José Afonso da Silva, o objetivo do marco temporal não é proteger os direitos dos índios, mas dar fim às disputas sobre terras não pelo cumprimento da regra constitucional, mediante coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Para sustentar essa premissa, o ministro se valeu da Súmula n. 650, argumentando que “terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas”.

<sup>35</sup> A Constituição de 1934 é a primeira a tratar de direitos indígenas, em seu artigo 129, que prevê o respeito à posse de “silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

<sup>36</sup> Essa visão é perceptível no voto do ministro Cezar Peluso, para quem a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas seria o chamado fato indígena. A posse jurídica na data de início da vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponderia praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.

<sup>37</sup> A manifestação do professor José Afonso da Silva foi feita em parecer que responde a consulta formulada por Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa, Associação Juizes pela Democracia, Centro de Trabalho Indigenista, Instituto Socioambiental, Organização Índio É Nós e Centro de Estudos Ameríndios da USP. Disponível em: <[https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal\\_.pdf](https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf)>. Acesso em: 9 out. 2016.

O marco temporal vai de encontro à trajetória de lutas e conquistas dos povos tradicionais para o respeito a sua cultura e a seus modos de vida, pois impõe aos indígenas um *status* de cidadãos de segunda classe, sem paridade de participação nem proteção externa. Há uma indevida hierarquização da posição estatal sobre a já limitada autonomia desses povos, que não são tidos como partícipes dos processos decisórios, mas como penoso empecilho.

Considerando o histórico de violações dos direitos indígenas, a exigência de que esses povos comprovem sua vinculação ao território ou sua habitação permanente os inferioriza novamente ao exigir que adotassem, às vésperas da promulgação da Constituição, posturas de resistência num momento histórico em que o ordenamento jurídico os tratava como incapazes. Não é difícil depreender que a ocupação do território, na forma apresentada no acórdão, nem sempre poderá ser cristalinamente aferida. Em muitos casos, pode apresentar-se como um dado a ser profundamente analisado, em oposição às certezas supostamente transmitidas por documentos registrares, à luz da trajetória e das formas de organização de um grupo, sobretudo em razão das ameaças e pressões que o seu território pode ter sofrido.

Por isso, não é possível compreender a ideia de renitente esbulho como exceção, mas, sim, como fator constitutivo do histórico de subtração de territórios. Naquela época, a remoção de grupos era legitimada pelo paradigma assimilacionista então vigente, no qual a subtração da identidade e o avanço sobre ocupações tradicionais era associado à invisibilização e ao tratamento dos índios como aculturados e integrados à sociedade nacional. Assim, cada caso deve ser investigado pela ótica do grupo, tendo em vista as suas estratégias de resistência e de vinculação àquela terra, a despeito das limitações que tenha sofrido.

Somando o marco temporal às condicionantes fixadas no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o STF caminha em sentido contrário à compreensão intercultural da relação entre os povos indígenas e a sociedade envolvente. Embora tenha afastado a força vinculante da decisão, esta vem provocando repercussão nos juízos inferiores e no próprio Supremo, quando aprecia mandados de segurança sobre processos administrativos demarcatórios, notadamente na Segunda Turma. A Advocacia-Geral da União chegou a editar portaria com o fim de orientar a atuação nos termos esposados pelo STF no caso, a qual foi suspensa após forte pressão do movimento indígena. Essa

repercussão da decisão é mais uma etapa no processo de esvaziamento e interpretação restritiva do artigo 231.

Os efeitos da decisão do Supremo vêm sendo sentidos pela prática constitucional de outros órgãos do Judiciário e do sistema de justiça como um todo. É marcante a utilização de uma visão essencialista para recusar a aplicação de direitos indígenas, imputando-se-lhes a necessidade de demonstrar um comportamento idealizado para que possam se enquadrar no preceito constitucional. Fora dessa imagem de bom selvagem, há constante desconsideração do componente étnico, com graves consequências na aplicação do direito constitucional.

O acesso à justiça emerge como um dos primeiros problemas. O processo judicial não é aberto à participação dos índios, que só podem se fazer representar por advogado e dificilmente são atendidos por um juiz – às vezes nem é autorizada sua entrada no fórum ou, quando admitida, são feitas exigências, como que retirem as pinturas do corpo e vistam uma camiseta. Da mesma forma, são raras as vezes em que um julgador se dispõe a realizar uma reunião com a comunidade ou uma inspeção judicial na TI nos casos de conflitos de terras. Apesar do artigo 232 da Constituição, predominam as mediações – via Funai, Ministério Público Federal (MPF) ou Defensoria – e a discussão em torno dos papéis, dos registros e das leis dos brancos.

Mesmo os órgãos de mediação estabelecem relação distanciada com as comunidades. No MPF, embora tenha se consolidado uma cultura institucional de respeito a esses povos e de atuação combativa, por conta da existência da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, com a participação destacada de procuradores em plena sintonia com os povos que vivem em sua área de atribuição, em muitas unidades prevalece uma relação meramente burocrática com as lideranças, de apoio em situações emergenciais e de pouca interação com as demandas apresentadas, sem falar nos casos em que a atuação do órgão acaba contribuindo para a desagregação da comunidade<sup>38</sup>. Ao mesmo tempo, os canais institucionais de participação dos índios nas deliberações da Câmara são precários, sem possibilidade de interferência direta dos indígenas nas decisões do órgão.

<sup>38</sup> Sobre o tema, ver: GOMBATA, Marsílea. Indígenas de São Paulo são acossados por todos os lados. *Carta Capital*. 30 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.carta-capital.com.br/revista/916/indigenas-de-sao-paulo-acossados-por-todos-os-lados>>. Acesso em: 10 out. 2016.

O processo judicial que trata de direitos indígenas tem sido um palco no qual geralmente só podem atuar os órgãos que realizam a mediação. O papel da própria Funai é incompreendido por boa parte dos julgadores, que entendem que a presença dela no processo supre a da comunidade, como se a autarquia devesse representar os índios. É comum que demandas de reintegração de posse sejam levadas a cabo sem a presença dos indígenas no polo passivo, mas apenas com a autarquia e – às vezes – a União. A citação não é realizada, não há regularização da relação processual, mas medidas de desocupação são levadas a efeito mesmo assim.

Esse distanciamento ressalta não só a ultrapassada ideia de incapacidade civil que paira sobre as pré-compreensões dos operadores do direito, com a sobreposição do Estatuto do Índio à Constituição, mas também um distanciamento regulamentar quanto a essa pauta por parte do Judiciário, que prefere colocar a responsabilidade pelo encaminhamento de soluções à Funai<sup>39</sup>, enquanto parte, deixando de

---

<sup>39</sup> Há uma tendência do Judiciário em entender que cabe à Funai a representação dos indígenas aculturados, nos termos do artigo 63 do Estatuto do Índio. Quando aculturados, os indígenas exerceriam a representação livremente. Em 2016, 28 anos após a promulgação da Constituição, esse entendimento segue sendo apresentado, sem nenhuma filtragem constitucional: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE DIREITOS INDÍGENAS. COMUNIDADE INDÍGENA DE PILAD REBUÁ ALDEIA MOREIRA. LIMINAR DEFERIDA. PRÉVIA AUDIÊNCIA DA FUNAI E UNIÃO FEDERAL. ART. 63 DA LEI Nº 6.001/73. ART. 928, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. NULIDADE. AUSENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O art. 63 do Estatuto do Índio ordena a prévia ouvida da União e do ‘órgão de proteção ao índio’, ou seja, da FUNAI. Todavia, não está o juiz, evidentemente, vinculado ao conteúdo das manifestações dessas entidades. No presente caso, ambas foram de fato intimadas a se manifestar, assim como o Ministério Público Federal. Percorrendo os autos, seguem-se as manifestações da FUNAI, da União Federal e do Ministério Público Federal. 2. Não há, no conteúdo do art. 63 do Estatuto do Índio, a obrigação de citação da União Federal ou da FUNAI, para ingressarem como partes no feito. O que há é a exigência de sua prévia oitiva, ou seja, que o magistrado dê a elas ciência do feito e delas requiera um posicionamento (ou, ao menos, uma manifestação quanto ao conteúdo dos autos). Foi exatamente o que se deu no presente caso. Precedente do C. STJ. 3. O termo ‘oitiva’, repisado nos precedentes citados, bem mostra em que termos deve ser entendida a expressão ‘prévia audiência’, contida no art. 63 da Lei 6.001/73. ‘Prévia audiência’ deve ser compreendida como ‘prévia oitiva’, ou seja, manifestação prévia, não revestida das formalidades do ato de citação. Diga-se que, se fosse necessária a citação da União para responder à ação, ingressaria ela como litisconsorte passiva em demanda na qual não é ré. Não é a União quem pode estar esbulhando a posse dos agravados, mas sim os indígenas. Pode o ente polí-

fora do processo os principais interessados. Muitas vezes os índios são privados da possibilidade de estar no processo, e, quando isso acontece, lhes é relegado papel menor, obscurecido pela atuação do MPF e da Funai. O mesmo vale para o processo penal<sup>40</sup>.

É necessário compreender melhor o papel da autarquia. O seu papel não é de representação, mas de articulação e condução da política indigenista. Isso significa que os indígenas devem ser representados por eles próprios, com o assessoramento da Defensoria Pública ou de outra entidade, mas quer dizer também que a Funai deve participar do processo, a fim de promover esses direitos. Da mesma forma, deve-se reconhecer que, enquanto essa possibilidade de participação estiver prejudicada – por dificuldades da comunidade ou de estruturação da Defensoria –, a Funai, via Procuradoria-Geral Federal, deve assegurar essa representação, sob pena de a conquista contida no artigo 232 ser usada em desfavor dos índios. Já o MPF deve ser mais um órgão responsável pela defesa dos direitos indígenas, o que não significa pleno alinhamento com os interesses da comunidade,

---

tico federal, sem dúvidas, ser assistente, se entender oportuno para a proteção dos silvícolas. Contudo, a representação indígena não é feita pela União, mas sim pela FUNAI, tutora legal dos índios não aculturados (Lei 6.001/73, art. 7º, § 2º). Preenchida a exigência de prévia manifestação da União e da FUNAI no feito. Precedente desta Corte. 4. Ausente ferimento ao direito de defesa dos índios por não ter havido citação prévia da comunidade. As entidades a serem ouvidas previamente estão previstas, taxativamente, nos regramentos legal e constitucional. A União e a FUNAI se manifestaram, nos termos do art. 63 do Estatuto do Índio. Além disso, interveio no feito o Ministério Público Federal, em atenção ao art. 232 da Constituição da República, bem como devido ao interesse público envolvido (art. 82, III, do Código de Processo Civil). 5. Inaplicabilidade do art. 928, par. único, do CPC, mas apenas a regra específica do art. 63 do Estatuto do Índio – o qual, diga-se, traz exatamente a mesma proteção da regra processual, mas para o caso especial de conflitos com silvícolas. 6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Décima Primeira Turma, relator o desembargador federal José Lunardelli, julgamento em 24/5/2016, *E-DJF3* 7/6/2016).

<sup>40</sup> O STF, ao analisar a legitimidade em ação penal privada de uma entidade indígena, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, consignou que, se houvesse legitimidade extraordinária para o ajuizamento de ação penal em razão de lesão transindividual à honra da comunidade indígena, caberia à Funai fazê-lo, por força do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 5.371/1967. A decisão traz o chamado ranço do regime de tutela à baila, pois confere à Funai papel de representação que não mais tem e afasta, *a priori*, a possibilidade de associações que atuam em defesa dos povos indígenas fazerem essa atuação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq n. 3.862/DF, relator o ministro Luís Roberto Barroso, *DJE* de 15/4/2015).

mas, sim, um lembrete de que o papel dessa instituição é promover a máxima efetividade das normas constitucionais nessa temática.

Outra questão é a carga discriminatória contida nas peças processuais e em decisões judiciais. Alheio à falta de acesso à justiça pelos indígenas e indiferente à necessidade de diálogo com outras áreas do conhecimento, como a antropologia, e ao maior contato com a realidade desses povos, o Judiciário comumente externaliza concepções que já foram superadas pela Constituição de 1988 e resgatam um certo desprezo pelos modos de vida dos indígenas ou o afã classificatório entre integrados e não integrados para garantir ou negar direitos. No processo civil, a máxima da aculturação é muitas vezes usada para negar o direito a terras ou desvincular a proteção do artigo 231 ao grupo que pleiteia a tutela de direitos. O julgado a seguir é elucidativo desse posicionamento:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. USUCAPIÃO. IMÓVEL SITUADO EM ANTIGO ALDEAMENTO INDÍGENA QUE NÃO SE CONSTITUI BEM DA UNIÃO FEDERAL. ARTIGOS 20, XI E 231, § 1º, AMBOS DA CF. SÚMULA 650, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 17, DA MP 2180-35/01. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. BEM LOCALIZADO EM LOTE URBANO E CONFINANTE A ÁREAS OCUPADAS POR PARTICULARES. ART. 942, CPC. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL NA LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. 1. Apenas as terras tradicional e atualmente (ao tempo da CF/1988) ocupadas pelos índios constituem bens da União (artigos 20, XI, e 231, § 1º, CF). Embora localizado nas proximidades da Terra Indígena Piaçaguera, o imóvel não constitui bem da União, vez que situado em aldeamento indígena extinto em 1804. 2. Não há parte alguma do território nacional que não tenha sido em alguma época ocupada por indígenas, nem que não lhe tenham sido tomadas “artificialmente”, visto que a colonização portuguesa não decorreu de forças naturais, mas da ação humana. 3. O que a Constituição da República garantiu aos indígenas foi a continuação das terras que tradicionalmente ocupavam ao tempo de sua promulgação, não as que habitavam antes mesmo de o Brasil proclamar sua independência. 4. Por outro lado, somente se podem considerar TRADICIONALMENTE ocupadas aquelas terras em que os atuais habitantes silvícolas sejam os descendentes consangüíneos dos que ali se achavam desde tempos imemoriais: havendo memória recente de que outra tribo veio instalar-se em área abandonada por seus habitantes tradicionais, esse local não pode ser considerado terra indígena. 5. Da mesma forma, é evidente no texto constitucional que somente se pode considerar haver

ocupação indígena se os habitantes se organizam minimamente em tribos: não haveria como nem porque “preservar” coletivamente cultura, usos e tradições de indivíduos que, a par de aculturados, encontram-se isolados. Com efeito, o que se protege no § 5º do artigo 231 da CF são os GRUPOS e, da mesma forma, todo o restante do dispositivo refere-se sempre ao plural, às comunidades, não a indivíduos isolados. 6. Não foi comprovada pela agravante a existência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 17, da Medida Provisória nº 2.180-35/01. 7. Para demonstrar seu interesse no feito, a União deve apontar ser o imóvel de sua propriedade ou quando menos confinante, sendo insuficiente alegar que talvez reveja seu entendimento administrativo e talvez venha a demarcar área que não indica e não sabe se virá sequer a confinar com o imóvel usucapiendo. Muito menos cabe a órgão do poder executivo julgar a própria ação de usucapião. 8. O imóvel usucapiendo não é confinante à Terra Indígena Piaçaguera, situando-se em lote urbano e confrontando-se com áreas ocupadas por particulares, não sendo aplicável, ao caso, o artigo 942, do Código de Processo Civil. 9. Ausente interesse da União Federal na lide, não se justifica a competência da Justiça Federal para processar e julgar o pedido de usucapião (art. 109, CF), sendo parcialmente nula a sentença. 10. Entrementes, a sentença, embora afastando o interesse da União, apreciou o pedido de usucapião, sendo nula nesta parte. 11. Agravo a que se nega provimento. Sentença parcialmente anulada, *ex officio*, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Estadual<sup>41</sup>.

Os equívocos do julgado são muitos. Afora as discussões sobre os marcos temporais e os requisitos de ocupação da terra para o reconhecimento de direitos, é digno de nota que a decisão parte de premissas estigmatizantes para diminuir o alcance do artigo 231, pois estabelece, sem a explicitação dos fundamentos, que a tradicionalidade pressupõe a descendência consanguínea dos indígenas com aqueles que ocupavam a terra em tempos imemoriais e faz exigências quanto à forma de organização social (“tribos” vs. “aculturados” e “isolados”), sem nenhum fundamento teórico ou empírico para tanto, essencializando as relações entre indígenas e minimizando o histórico de privações e violações a que foram submetidos.

O tratamento da prova também carece de uma abordagem plural. Os indígenas, desde a Lei de Terras, são obrigados a comprovar documentalmente aquilo que para eles se desenvolve de outra forma, por

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AI 00830450420054030000, relator o desembargador federal Henrique Herkenhoff, julgamento em 23/2/2010, E-DJF3 4/3/2010.

meio das memórias, das festas, dos cantos, das tradições. Cobram-se, no entanto, versões dos fatos, papéis. É por conta desse viés que deslocamentos são confundidos com nomadismo, práticas e rituais são tratados com curiosidade zoológica e certas cosmovisões são tidas como descartáveis, mas não se depreende que essas manifestações são a resistência desses povos e a forma que eles adotam para contar e construir sua história<sup>42</sup>.

Em suma, o assimilacionismo segue impregnado na prática constitucional do Poder Judiciário, e o marco temporal legitima um viés que inferioriza os povos indígenas. A sensação é a de que o tratamento da matéria nunca esteve efetivamente alinhado à Constituição e, na maioria dos casos, as decisões contêm forte viés etnocêntrico, ou, na melhor das hipóteses, carregam muita incompreensão sobre a matéria.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil está em mora na concretização dos direitos indígenas. E a culpa não é da Constituição. O seu texto é uma conquista, um desejo de estancar a avassaladora destruição da identidade de diversos grupos e de garantir, ao menos no papel, que os índios sejam cidadãos de igual *status* e merecedores de igual respeito e consideração.

A Constituição absorveu todos os anseios do liberalismo multicultural de reconhecer a importância de certas culturas e oferecer-lhes proteção, e dedicou-se a essa tarefa. É prazeroso falar que a nossa lei fundamental tem um capítulo especial para os direitos indígenas. É certo, porém, que o liberalismo multicultural que ela alberga necessita de um olhar atento à realidade brasileira e aos destinatários dessa proteção, de forma que carregue visão intercultural crítica *desmonumentalizadora e descolonizadora*, visão que compreenda melhor o histórico de violências a que foram submetidos os povos indígenas e a perpetuação de um sistema que nunca lhes reconheceu dignidade e segue reproduzindo essa lógica.

---

<sup>42</sup> Deve-se reconhecer que também podem ser encontradas algumas decisões relevantes e sensíveis à interculturalidade. Como exemplo, pode ser citado o entendimento de que cabe a concessão do benefício de salário-maternidade a mulheres indígenas menores de dezesseis anos em razão das peculiaridades socioculturais do grupo étnico, firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.439.894, relator o ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma, julgamento em 18/12/2014).



O grande problema brasileiro é a prática constitucional assimilacionista, que se manifesta nos três poderes da República. No Judiciário, a pauta indígena ainda não emplacou. Ressalvadas algumas decisões relevantes e mais sensíveis ao comando constitucional, predomina visão depreciativa sobre os índios e relativo desprezo a seus anseios de autonomia. Tal percepção é refletida no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, com a estipulação de condicionantes que privilegiam outros bens jurídicos, e na forma de atuação do sistema de justiça em primeira instância, totalmente cerrado à maior participação e às cosmovisões dos indígenas.

Reconhecer esse cenário pode ser um passo importante para deixar de pressupor uma harmonia entre o texto e a prática constitucionais, decantada nos manuais, e olhar o invisível, escutar o silêncio dos povos indígenas e impulsionar o projeto de 1988.

## REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pastos: terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.
2. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e os direitos dos povos indígenas. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
3. ARAUJO JUNIOR, Julio José. Desafios à proteção da posse constitucional de terras indígenas. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.
4. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, v. 49, p. 187-224, 2013.
5. \_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
6. BARRY, Brian. *Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism*. Cambridge: Polity Press, 2001. Ebook. Kindle Edition.

7. BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
8. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Volume I. Parte IV. Capítulo 14. Item C. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Capitulo%2014.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.
9. COHN, Sergio (Org.). *Encontros: Ailton Krenak*. Rio de Janeiro: Azougue, 2015.
10. COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. A questão da emancipação. *CADERNOS da Comissão Pró-Índio*. São Paulo, v. 1, ago. 1979.
11. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
12. \_\_\_\_\_. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
13. FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Ebook. Kindle Edition.
14. FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. v. 2 (No limiar de uma nova era). São Paulo: Globo, 2008.
15. FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Tradução Joel Golb, James Ingram e Christiane Wilke. New York; London: Verso, 2003.
16. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.
17. GARAVITO, César Rodríguez. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa em los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia, 2012.
18. GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
19. \_\_\_\_\_.; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. In: BALDI, César Augusto (Coord.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
20. GUDYNAS, Eduardo. *La ecología política del giro biocéntrico*

em la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*. Bogotá, n. 32, p. 34-47, abr. 2009.

21. HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução Shierry Weber Nicholzen. Piaget: Lisboa, 1994.

22. HOBBSBAWM, Eric J. *Nações e nacionalismo: desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

23. HONNETH, Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Tradução Joel Golb, James Ingram e Chrstiane Wilke. New York; London: Verso, 2003.

24. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

25. KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. Ebook.

26. \_\_\_\_\_. The good, the bad and the intolerable: minority group rights. In: GOODALE, Mark (Ed.). *Human rights: an anthropological reader*. Malden: Wiley-Blackwell, 2009.

27. LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

28. LOPES, Danielle Bastos. *O movimento indígena na Assembleia Nacional Constituinte (1984-1988)*. Dissertação (Mestrado em História Social). 2011. 184 f. – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Formação de Professores, 2011.

29. LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira. *A reconstrução da subjetividade coletiva dos povos indígenas no direito internacional dos direitos humanos: o resgate do pensamento da Escola Ibérica da Paz (séculos XVI e XVII) em prol de um novo jus gentium para o século XXI*. Tese (Doutorado). 2015. 325 f. – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2015.

30. MALDONADO, Daniel Bonilla. Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal. *Revista Direito GV*, v. 7, n. 2, p. 569-604, 2011.

31. \_\_\_\_\_. *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2006.
32. MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Tradução Nélio Schneider e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.
33. MIGNOLO, Walter D. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Ed.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.
34. OLIVEIRA, João Pacheco de. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de (Coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012.
35. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Relatório da missão ao Brasil da relatora especial sobre os direitos dos povos indígenas*: 08 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.
36. PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UE, 2007.
37. QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000.
38. RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução Sergio René Madero Báez. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.
39. RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
40. ROCKEFELLER, Steven C. Comentário. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução Marta Machado. Lisboa: Piaget, 1994.
41. SANDEL, Michael J. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. In: GOODIN, E.; PETTIT, Philip (Ed.). *Contemporary political philosophy: an anthology*. Massachusetts: Blackwell Publishers, 1997.
42. SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, año 16, n. 54, p. 17/39, jul./set. 2011.

43. SARMENTO, Daniel. *Nota técnica: a PEC 215/00 e as cláusulas pétreas*. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.
44. \_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
45. SEPÚLVEDA, Magdalena; GARAVITO, César Rodríguez. *Colômbia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social*. In: LANGFORD, Malcolm (Ed.). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2013.
46. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015.
47. SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena*. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al. (Org.). *Direitos em conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. v. 1. Curitiba: Kairós Edições, 2015.
48. SOUZA, Jessé. *Uma teoria crítica do reconhecimento*. *Lua Nova*, n. 50, p. 133-158, 2000.
49. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed., 8. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
50. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
51. TAYLOR, Charles. *The politics of recognition*. In: TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy (Ed.). *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton, N.J., Princeton: University Press, 1994.
52. VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. 1. ed., 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2013.
53. VILLAS BOAS, Orlando; VILLAS BOAS, Cláudio. *A marcha para o oeste: a epopeia da expedição Roncador-Xingu*. 1ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
54. WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. In: VIAÑA, Jorge; TAPIA, Luis; \_\_\_\_\_. *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. La Paz: Conveio Andres Bello, 2010.

55. WALZER, Michael. Comentário. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução Marta Machado. Piaget: Lisboa, 1994.
56. YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Tradução Pedro Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, 2007.

# O MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O PARADIGMA JURÍDICO DA QUESTÃO INDÍGENA: RECONHECIMENTO OU AINDA INTEGRACIONISMO?

DAILOR SARTORI JUNIOR<sup>1</sup>  
PAULO GILBERTO COGO LEIVAS<sup>2</sup>

## RESUMO

Em 2009, no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal (STF) criou a tese do marco temporal, segundo o qual a demarcação de uma terra indígena só poderia ocorrer se os índios estivessem ocupando-a na data da promulgação da Constituição Federal, ou, se expulsos, estivessem reivindicando seu retorno. Verificando os recentes julgados em que o STF aplica tal conceito, percebe-se que são ignoradas as formas tradicionais de posse e de resistência, bem como a capacidade processual plena para defenderem seus direitos e interesses. Considerando o paradigma do reconhecimento e das diretrizes analíticas do multiculturalismo contra-hegemônico, tais decisões parecem incorporar elementos de paradigmas já superados, como o integracionismo. Portanto, este artigo pretende discutir tais elementos a partir dos casos julgados em 2015 pelo STF.

**Palavras-chave:** Marco temporal da ocupação. Integracionismo. Reconhecimento. Supremo Tribunal Federal. Terras indígenas.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Especialista em Ética, Educação e Direitos Humanos pela UFRGS. Professor substituto de direito no Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS), campus Porto Alegre.

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Procurador Regional da República lotado na 4ª Região. Professor de Direito e Ética na Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSA).

## ABSTRACT

In 2009, in the judgment of the indigenous land Raposa Serra do Sol, the Brazilian Supreme Court created the temporal framework thesis, according to which the demarcation of indigenous land would only occur if the indigenous were occupying it on the date of promulgation of the Constitution, or, if evicted, they should be demanding their return. Analyzing the recent cases in which the STF applies this concept, it is clear that traditional forms of ownership and resistance, and full procedural capacity to defend their rights and interests are being ignored. Considering the paradigm of recognition and the analytical guidelines of the counter-hegemonic multiculturalism, such decisions seem to incorporate some elements of an overcome paradigm, as the integrationism. Therefore, this article intends to discuss such elements from two case trials of 2015 in the STF.

**Keywords:** Temporal framework of occupation. Integrationism. Recognition. Brazilian Supreme Court. Indigenous lands.

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. Do integracionismo ao reconhecimento das diferenças na relação entre Estado, sociedade e povos indígenas
  3. Compatibilizando realidades diversas: territorialidades e terras indígenas no paradigma pluricultural
  4. O caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o marco temporal da ocupação
  5. Fundamentação e aplicação atual do marco temporal da ocupação: qual paradigma?
  6. Conclusões
- Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O julgamento da Petição n. 3.388 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2009, em que se questionava a demarcação da Terra Indígena (TI) Raposa Serra do Sol, em Roraima, pode ser considerado o mais recente marco de reavaliação dos direitos indígenas desde a Constituição Federal (CF) de 1988, pois, ao confirmar a demarcação



de uma grande área e afastar argumentos contrários, o STF reconheceu a pluralidade cultural e a superação das políticas integracionistas que marcaram o indigenismo recente.

Entretanto, sem discussão com a sociedade, com as partes ou com os povos indígenas, os ministros consolidaram a ideia do “marco temporal da ocupação”. A tese afirma que o direito a uma terra indígena só deve ser reconhecido nos casos em que a área se encontrasse tradicionalmente ocupada na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, a menos que se comprove que a comunidade indígena tenha sido expulsa da área e nesta data estivesse reivindicando o seu retorno.

Depois do último recurso, julgado em 2013, o marco temporal passou a ser aplicado pelo Judiciário em outras ações movidas por proprietários de terras que questionam processos de demarcação.

Se considerarmos o atual paradigma da política indigenista brasileira, que privilegia o reconhecimento das diferenças e a titularidade de direitos culturalmente específicos, sendo um giro de superação das políticas integracionistas e de tutela que permaneceram até a promulgação da CF de 1988, qual o lugar que ocupa essa tese jurisprudencial?

Diante desse contexto, o presente artigo busca trazer elementos sobre a seguinte questão: a tese do marco temporal da demarcação de terras indígenas, criada pelo STF, tem lugar no atual paradigma do reconhecimento das diferenças ou denota um retorno às práticas estatais integracionistas?

Para tanto, propõem-se dois objetivos: a) analisar os elementos que caracterizam os paradigmas da questão indígena do passado e do presente, partindo-se das políticas integracionistas até a afirmação da pluriétnicidade e de suas consequências para a questão territorial, como a adoção da ideia de territorialidade e dos parâmetros interpretativos da Corte Interamericana de Direitos Humanos; b) discutir a fundamentação da tese a partir dos casos já julgados pelo STF.

## **2. DO INTEGRACIONISMO AO RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO, SOCIEDADE E POVOS INDÍGENAS**

O caminho percorrido até o atual paradigma do reconhecimento, que irradia deveres de respeito e promoção das diferenças, foi tortuoso na história jurídico-política brasileira: desde a colonização

até a promulgação da CF de 1988, é possível afirmar que a política oficial destinada aos povos indígenas foi a da *aculturação*, tanto na dimensão da *assimilação* cultural, quanto na subsequente ideia de *integração* à sociedade nacional não indígena (SILVA, 2015, p. 34).

A assimilação, enquanto processo mais violento e explícito, perdurou como paradigma durante todo o período colonial. Essa postura estatal visava a uma verdadeira aniquilação da alteridade, física e simbólica, cuja relação era pautada pela exploração da mão de obra através da escravidão, pela catequese agressiva como política oficial e pelas “guerras justas” contra os povos hostis que não aderissem à fé cristã ou à entrega de seus territórios (KAYSER, 2009, p. 144).

A transição para a segunda dimensão do paradigma da aculturação, o integracionismo, ocorreu no contexto da afirmação da modernidade eurocêntrica em nível mundial, com o cientificismo, o Estado-Nação, o individualismo e o capitalismo, refletindo na formação oligárquica do Estado brasileiro e na posição subalterna que as coletividades nativas teriam mesmo após a independência.

Nesse sentido, tal paradigma caracterizou as relações com os povos indígenas sobretudo a partir do final do século XIX, quando as ideias positivistas e evolucionistas de desenvolvimento linear da humanidade colocavam esses grupos como representantes de um estágio primitivo, sem direito à própria história. Os índios estariam “(...) *em um estágio de transição que desapareceria na medida em que as comunidades indígenas fossem incorporadas de maneira gradual e harmônica à sociedade nacional*” (KAYSER, 2009, p. 161).

A partir da década de 1970, o assimilacionismo começou a se modificar através de uma tendência constitucional em reconhecer as comunidades indígenas como portadoras de identidades étnicas próprias. Apesar disso, tal constitucionalismo estava moldado no paradigma do bem-estar social, cujo objetivo era integrar os povos indígenas ao Estado e ao mercado, Por isso, pode ser denominado “constitucionalismo social integracionista” (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 139).

No período de transição dos regimes autoritários latino-americanos, de 1982 a 1988, identificam-se reformas constitucionais que introduzem o conceito de diversidade cultural e, conseqüentemente, direitos indígenas específicos ao território, à língua e às tradições, motivo pelo qual Yrigoyen Fajardo (2011) denomina de ciclo do “constitucionalismo multicultural” (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 141).

O processo não foi diferente no Brasil: a partir de movimentos de retomada de territórios, os povos indígenas passaram a demandar uma relação mais direta e autônoma com o Estado, sem esperar passivamente pela ação do órgão tutelar. Nesse sentido, a União das Nações Indígenas (UNI) promoveu certa unidade política com a mobilização “Povos Indígenas na Constituinte”, que buscava garantir uma política indigenista não mais de cima para baixo (KAYSER, 2009, p. 189).

Assim, a política integracionista somente foi superada no Brasil pela promulgação da CF de 1988, que “(...) não repetiu o dispositivo que constou em todas as constituições republicanas (com exceção da Constituição de 1937), que dispunha a incorporação dos indígenas à comunhão nacional.” (LEIVAS; RIOS; SCHÄFER, 2014, p. 377). Mais do que isso: passou a reconhecer no art. 231 o direito à diferença e à titularidade permanente de direitos coletivos e, no art. 232, a superação da tutela, ao reconhecer-lhes a legitimidade processual para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses.

O destaque maior dado pelo constituinte aos povos indígenas certamente foi o reconhecimento de sua territorialidade própria, através da garantia do direito originário e imprescritível sobre as terras tradicionalmente ocupadas, a posse permanente e o usufruto exclusivo dos recursos nelas existentes e o dever da União em demarcá-las, direitos e características que se encontram principalmente nos parágrafos do artigo 231.

A transição de paradigma também é observada no sistema universal dos direitos humanos, sobretudo pela substituição da Convenção n. 107 da OIT, de 1957, que, apesar de importante, estava marcada por um duplo enfoque: *culturalista*, ao hierarquizar culturas visando à integração, e *estruturalista*, considerando o “problema indígena” como solucionável pela via econômica, através de obras de desenvolvimento para a integração à sociedade não indígena (IKAWA, 2008, p. 497).

A Convenção n. 107 localizava-se, desse modo, exatamente no paradigma integracionista, ou no constitucionalismo social integracionista a que Yrigoyen Fajardo (2011) alude. Em contrapartida, o novo instrumento adotado, a Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 1989<sup>3</sup>, avança significativamente

---

<sup>3</sup> A Convenção n. 169, originalmente de 1989, foi publicada no *Diário do Congresso Nacional* em 1993, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 143 em 2002 e, no mesmo

no reconhecimento cultural, no direito à autodeterminação, à consulta prévia, à territorialidade, a novas formas de participação e, inclusive, à autodeclaração como critério fundamental de pertencimento aos grupos por ela protegidos.

Por conta dessa influência na incorporação de novos direitos por países latino-americanos, a Convenção n. 169 inclui-se em outro ciclo de reformas constitucionais, o “constitucionalismo pluricultural”, presente de 1989 a 2005. Segundo Yrigoyen Fajardo (2011), nesse ciclo as Constituições “(...) *introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es ‘derecho’ el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado*” (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 142).

O ciclo seguinte de reformas constitucionais no continente pode ser denominado “constitucionalismo plurinacional”, cujos marcos são os processos constituintes da Bolívia (2006-2009) e do Equador (2008), bem como a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007. Nesse ciclo, os povos indígenas não são mais vistos timidamente como “culturas diversas” para quem o Estado “reconhece” direitos, mas como nações originárias com autodeterminação que definem o novo modelo de Estado. Nestas Constituições, busca-se superar a ausência de poder constituinte indígena na fundação republicana (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 149).

Entre as temáticas do ciclo, encontram-se novos direitos sociais baseados nas cosmovisões dos povos indígenas, como o direito à água, ao “bem viver” (Sumak Kawsay) e à segurança alimentar, além de novos sujeitos de direito, como a natureza – Pachamama – na Constituição do Equador. O então chamado “novo constitucionalismo latino-americano” é “(...) *um constitucionalismo que vem das bases e é por esta influenciado, um ‘constitucionalismo desde abajo’; no qual o poder constituinte popular se sobrepõe ao poder constituído.*” (WOLKMER; FAGUNDES, 2013, p. 339).

Nessa transição de constitucionalismos ou de paradigmas, é possível identificar elementos jurídicos que possibilitam uma análise de políticas, normas e leis por comparação e contraste. Rodríguez Garavito e

---

ano, ratificada. Somente em 19 de abril de 2004 foi promulgada, através do Decreto de Execução n. 5.051.

Baquero Díaz (2015), por exemplo, propõem uma tipologia que dialoga com os ciclos constitucionais de Yrigoyen Fajardo (2011). Em relação ao paradigma do “liberalismo integracionista”, definem sendo aquele em que a demanda central é a liberdade e a igualdade formal, cujo princípio norteador é a assimilação sem discriminação e o paradigma jurídico seria a regulação. Os povos indígenas teriam o *status* de “objetos de políticas”, as fontes seriam as Constituições nacionais e a Convenção n. 107 da OIT, e atores centrais das políticas seriam somente os governos (RODRÍGUEZ GARAVITO; BAQUERO DÍAZ, 2015, p. 41).

O paradigma do “multiculturalismo hegemônico” avançaria para uma demanda central de diversidade, mas ainda sob a perspectiva da igualdade formal. Isso porque o princípio norteador seria da diversidade com participação, o paradigma seria a governança entre interesses contrários na sociedade e os indígenas permaneceriam limitados a objetos de políticas ou sujeitos de direitos meramente individuais, mediados por um órgão protetor. As fontes principais avançariam para as Constituições multiculturais e para a Convenção n. 169 da OIT, cuja eficácia resta limitada pela teoria do duplo estatuto adotada pelo STF<sup>4</sup>. Os atores centrais incluiriam, além dos governos, a OIT, organizações não governamentais e Cortes de Direitos Humanos (RODRÍGUEZ GARAVITO; BAQUERO DÍAZ, 2015, p. 41).

Por fim, avançando em relação às demandas centrais dos povos originários, haveria o “multiculturalismo contra-hegemônico”, embora o termo mais adequado às lutas dos sujeitos excluídos que não buscam

---

<sup>4</sup> Com relação à incorporação de tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais, é amplamente conhecida a disputa hermenêutica acerca do § 2º do art. 5º da Constituição, quando diz que “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (BRASIL, 1988), bem como das teorias construídas a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º e o respectivo rito especial de incorporação de tratados de direitos humanos com *status* material e formalmente constitucionais. Sobre os tratados aprovados anteriormente à emenda e os posteriores, mas que não seguiram o seu rito especial, o STF firmou a chamada “teoria do duplo estatuto”, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel. A decisão foi no sentido de reconhecer que os tratados de direitos humanos aprovados sem o quórum qualificado do art. 5º, § 3º, têm valor *supralegal*, ou seja, com hierarquia superior às leis infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição. Esta é a situação, portanto, da Convenção n. 169 da OIT no direito brasileiro.

hegemonia, pois se reconhecem enquanto uma comunidade de vítimas alheias ao sistema, seria a “anti-hegemonia” de Enrique Dussel (1998) e de sua filosofia da libertação. De qualquer forma, a demanda central permaneceria a diversidade, mas sob perspectiva da igualdade material ou substancial, não apenas a formal. O princípio norteador seria a autodeterminação desses povos com um senso de reparação histórica pelos prejuízos sofridos desde a colonização. O paradigma, portanto, seria o da reparação. Além disso, os povos indígenas deixariam de ser meros objetos de políticas para se transformarem em sujeitos de direitos coletivos: direito à cultura diferenciada, direito ao território tradicionalmente ocupado, direitos sociais (educação e saúde, por exemplo) culturalmente adequados às suas culturas. Entre as fontes, acrescentam-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos Indígenas da ONU de 2007 e as constituições pluriculturais que já incorporaram avanços vindos desse paradigma, como as Constituições da Bolívia e do Equador. Finalizando, somam-se aos atores centrais as próprias organizações indígenas, mas também organismos de relatorias especiais da ONU, por exemplo (RODRÍGUEZ GARAVITO; BAQUERO DÍAZ, 2015, p. 41).

Os elementos, normas e paradigmas até aqui narrados caracterizam o quadro atual de afirmação dos direitos indígenas no Brasil e na América Latina, embora existam diferenças significativas entre países no que concerne a experiências políticas e estágios normativos. Como exemplo, pode-se afirmar que no Brasil, apesar do quadro normativo avançado, não há afirmação de plurinacionalidade como ocorre no constitucionalismo boliviano e equatoriano, pois talvez sequer seja uma demanda dos povos locais. De qualquer forma, tais elementos podem funcionar como marcadores de análise das políticas, projetos de lei e jurisprudência atuais, pois materializam de forma clara a passagem do integracionismo ao reconhecimento.

Todavia, as garantias normativas não são observadas na sua plenitude na prática dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: o primeiro, na execução das políticas públicas, interpreta-as como se ainda houvesse política de integração; o segundo falha ao não promover a revisão do Estatuto do Índio antigo e ao propor retrocessos, como a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 215 de 2000; e o Judiciário ainda atua sob uma lógica individualista que privilegia a propriedade privada em detrimento do uso coletivo das terras indígenas.

### 3. COMPATIBILIZANDO REALIDADES DIVERSAS: TERRITORIALIDADES E TERRAS INDÍGENAS NO PARADIGMA PLURICULTURAL

Neste paradigma atual, a forma tradicional de ocupação espacial dos povos indígenas não pode ser analisada através da noção moderna e capitalista de apropriação do espaço como propriedade privada. Para compreender como os povos indígenas se apropriam do território e nele se organizam, é preciso se desprender de categorias de representação territorial eurocêntricas.

Em termos gerais, o território é considerado condição para a reprodução da vida, mas não no sentido de um bem material ou fator de produção. Território “(...) é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva.” (LUCIANO, 2006, p. 101). Por esse motivo, alerta Gersem Luciano (2006) que “*A territorialidade indígena não tem nada a ver com soberania política, jurídica e militar sobre um espaço territorial, como existe em um Estado soberano. Tem a ver com um espaço socionatural necessário para se viver individual e coletivamente*” (LUCIANO, 2006, p.103).

A territorialidade indígena difere da forma de pensar da sociedade não indígena sobre o espaço geográfico, pois caracteriza-se pela gestão comunitária da terra e por uma relação específica com os elementos da natureza envolvente e com os recursos naturais. A identidade dos índios vincula-se não apenas à questão da anterioridade da ocupação territorial, mas também ao modo culturalmente diverso de aproveitamento da terra e dos recursos. Assim, possuir, ocupar e usar a terra não é um dado aleatório da vida de um índio, mas um dado inerente à cosmologia de uma determinada etnia. A terra, portanto, é o meio básico de produção e o sustentáculo da identidade étnica (PACHECO DE OLIVEIRA, 1998, p. 17).

Neste contexto de multiterritorialidade, como responde o direito às demandas dos povos indígenas? A superação das políticas integracionistas e a afirmação do paradigma do reconhecimento e da plurietnicidade impõem um desafio ao direito e ao novo constitucionalismo: o de reconhecer a validade de outros saberes e territorialidades, bem como de garantir meios eficazes para a posse nos modos socioculturais específicos das etnias indígenas.

É importante distinguir os conceitos advindos das perspectivas plurais do espaço ocupado, como terra, território e territorialidade. Gallois (2004) identifica que, relativamente aos povos indígenas, há tensões entre o conceito jurídico de “terra indígena” e a compreensão antropológica da territorialidade. Essa é uma abordagem que “(...) *permite recuperar e valorizar a história da ocupação de uma terra por um grupo indígena, como também propicia uma melhor compreensão dos elementos culturais em jogo nas experiências de ocupação e gestão territorial indígenas*” (GALLOIS, 2004, p. 37).

Se “terra indígena” diz respeito ao processo político-jurídico de delimitação espacial conduzido pelo Estado, ou seja, se é uma unidade territorial definida juridicamente por um procedimento administrativo, e se o “território” remete à construção e à vivência, variável culturalmente, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial, conclui-se que são noções muito distintas. Por mais que a noção territorial do Estado-Nação tenha se sobreposto, desde a colonização, às outras formas, a delimitação de espaços físicos não é uma demanda necessária de toda etnia indígena. Para Gallois (2004),

estudos também mostram que a ideia de um território fechado só surge com as restrições impostas pelo contato, pelos processos de regularização fundiária, contexto que inclusive favorece o surgimento de uma identidade étnica. Teríamos então de analisar, caso a caso, as respostas dos grupos indígenas à conversão de seus territórios em terras, uma vez que, como sugere João Pacheco de Oliveira: “Não é da natureza das sociedades indígenas estabelecerem limites territoriais precisos para o exercício de sua sociabilidade. Tal necessidade advém exclusivamente da situação colonial a que essas sociedades são submetidas” (1996: 9). Na transformação de um território em terra, passa-se das relações de apropriação (que prescindem de dimensão material) à nova concepção, de posse ou propriedade. (GALLOIS, 2004, p. 39).

Tais políticas territoriais conduzidas pelo Estado desde o período colonial são cruciais para a definição das demandas atuais dos povos e movimentos indígenas por território. Séculos de políticas de escravidão, catequização e aculturação significaram na dimensão territorial a expulsão dos índios de seus territórios. Como consequência, diversos grupos étnicos foram forçados a migrar e se dispersar para sobreviver, modificando muitos aspectos de sua vida social. Essa reorganização forçada é definida por Pacheco de Oliveira (1998) como “processos de territorialização” e ocorre nos seguintes termos:



1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado. (PACHECO DE OLIVEIRA, 1999, p. 54-55).

Um relato etnográfico que evidencia as diferentes dinâmicas conceituais e as dificuldades de garantia de direitos territoriais é o caso dos Zo'és. Para eles, o conceito que abrange território, *-koha*, tem uma noção ampla, no sentido de “modo de vida”, “bem viver” ou “qualidade de vida”. Para Gallois (2014),

mostra-se claramente inadequado, para o caso dos Zo'é, a noção de “habitação permanente”, no sentido de uma vida sedentária ou centrada em aldeias. O grupo entremeia o período de cuidar das roças com deslocamentos para outras aldeias onde mantêm roças, e com expedições para fins de caça, pesca e coleta. Inversamente, nos períodos que passam afastadas de suas roças, as famílias fixam-se em acampamentos a partir dos quais fazem suas expedições de caça. A agricultura e a roça demarcam o lugar dos Zo'é no mundo, mas este é um elemento que satisfaz apenas parcialmente suas necessidades. As atividades de caça, pesca e coleta exigem áreas de ocupação mais amplas que o perímetro da roça, e os Zo'é esquadrinham completa e permanentemente seu território, explorando todos os recursos simultaneamente. Por outro lado, a delimitação de áreas físicas fixas, permanentes e descontínuas para cada grupo local, com base em sua região de influência atual, também não seria apropriado, pois a relação dos grupos com as regiões de ocupação do território mudam no tempo em função das alianças engendradas entre eles. (...) Um processo que só pode ser compreendido e descrito a partir das lógicas de organização territorial, ou seja, a partir da abordagem da territorialidade. (GALLOIS, 2004, p. 38).

Outra etnia que apresenta uma definição ampla de território, imbricada de sentidos e sem correspondência direta com o conceito de terra indígena, são os Guarani-Kaiowás, cujo termo *tekoha* é recorrente nas etnografias e manifestos indígenas de retomadas:

Antes de tudo, é fundamental compreender a definição de *tekoha guas*. *Tekoha*, na visão indígena, significa um espaço territorial de domínio específico, muitas vezes, de uma liderança de uma família extensa (*tey'i*). O termo *teko* significa o modo de ser e viver guarani e kaiowá; *ha* é definido como o lugar exclusivo onde a família grande pode realizar seu modo de ser – *teko*. A expressão *guasu* significa grande e amplo. Assim, *tekoha guasu* é um espaço territorial muito mais amplo e de uso de várias famílias extensas e de várias lideranças religiosas e políticas. *Tekoha guasu* poderia ser entendido então como uma rede de *tekoha* que

inclui diversos espaços compartilhados de caça, de pesca, de coleta, de habitação, de ritual religioso e festivo, constituindo-se como o palco das relações intercomunitárias. (BENITES, 2012, p. 166).

Embora existam diferenças cruciais entre o conceito jurídico de terra indígena e a territorialidade indígena, nas diversas dinâmicas em que cada etnia a expressa, há evidentes intersecções e possibilidades de articulação para garantia de direitos no atual paradigma. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de propriedade comunal dos povos indígenas oferece parâmetros de articulação entre os elementos do paradigma contra-hegemônico de Rodríguez Garavito (2015) e as territorialidades e cosmologias ameríndias.

O caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua foi um marco na justiça internacional sobre o tratamento daqueles direitos cuja titularidade corresponde coletivamente às comunidades indígenas, em virtude de suas particularidades étnico-culturais. Em junho de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte denúncia contra o Estado da Nicarágua, que se absteve de demarcar as terras comunais da comunidade Awas Tingni, não tomou medidas efetivas para assegurar os direitos de propriedade de suas terras ancestrais e recursos naturais, bem como por ter outorgado uma concessão nas terras da comunidade sem o seu prévio consentimento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 7). Em sentença de 2001, a Corte considerou que o Artigo 21 da Convenção Americana protege também a propriedade comunal, de acordo com a cosmovisão daquele povo indígena afetado:

149. Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 59).

A violação ao direito à propriedade tradicional em decorrência da

não demarcação das terras pelo Estado – ou da demora em fazê-lo – pode trazer consequências sérias que comprometem outros direitos básicos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) submeteu à Corte Interamericana, em 17 de março de 2003, uma demanda contra o Estado do Paraguai, acusando-o de ter violado diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, em prejuízo da comunidade indígena Yakye Axa do povo Enxet-Lengua. Alegou-se que o Estado não havia garantido o direito de propriedade ancestral da comunidade, cujo pedido de demarcação de terras tramitava desde 1993 sem resultados satisfatórios. Segundo a CIDH, a demora implicava manter a comunidade em estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 75). Na sentença de 2005, a Corte reconheceu que a demora na demarcação das terras da comunidade levou a sua situação de vulnerabilidade. Além disso, a ruptura da relação simbólica com o território exerceu um efeito prejudicial sobre a saúde e a vida digna dessas populações (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 133-134).

No caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, com sentença de março de 2006, a Corte inclusive abordou a questão temporal da recuperação de territórios tradicionais e a forma culturalmente diferenciada de exercer a posse. Enquanto mantida a base espiritual e material de identidade com o território tradicional, perdura o direito à sua posse e demarcação:

ii) limitación temporal del derecho de recuperación. 131. El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura. 132. Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas

actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan. (CORTE, 2006).

Posteriormente, outro caso julgado pela Corte trouxe importantes contribuições, sobretudo em relação ao pluralismo jurídico e à colonialidade do saber, através de concepções político-ideológicas relativas ao tratamento da diversidade cultural. Em junho de 2006, a CIDH submeteu à Corte violações cometidas pelo Estado do Suriname contra membros do povo Saramaka, em virtude de não garantir meios à proteção do seu território contra empreendimentos madeireiros e de mineração e por não lhes reconhecer estatuto jurídico coletivo de povo tribal, o que impossibilitou que fossem contemplados com títulos comunais de propriedade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 257).

O Estado do Suriname alegava a “perda de identidade” enquanto grupo, porque não mais estavam no seu território ancestral e porque muitos indivíduos haviam se incluído voluntariamente na “sociedade moderna”, restando apenas alguns membros saramakas que poderiam se inscrever nos programas de concessão de moradia individualmente (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 292).

Em sentença de 2007, os Saramakas foram reconhecidos como povo tribal descendente de povos africanos levados ao Suriname durante a escravidão da colonização europeia (os *marrons*), cabendo somente a eles decidir sobre as regras de pertencimento do grupo. Em decorrência, a Corte consagrou a autonomia político-territorial, a participação social e a cidadania diferenciada como conceitos resultantes do tratamento da diversidade.

Para além da questão territorial, sua importância para a subsistência e para a reprodução cultural dos povos tradicionais e indígenas, bem como a proteção contra empreendimentos desenvolvimentistas, esse caso evidenciou uma questão prévia: a necessidade de o Estado reconhecer e validar juridicamente outras formas de organização política e social que não aquelas impostas pelo direito moderno e pelo Estado eurocêntrico, como a tutela, a integração e a igualdade formal.

Esses são os elementos a serem considerados na interpretação dos direitos territoriais indígenas, o que parece conflitar de maneira bastante concreta com a ideia de “marco temporal da ocupação” e da sua fundamentação pelo STF.

#### 4. O CASO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E O MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO

Após décadas de impasse sobre a demarcação da TI Raposa Serra do Sol, em 2008 o STF iniciou a apreciação do mérito da questão no julgamento histórico, a partir de ação popular na Petição n. 3.388, proposta por senadores de Roraima em 20 de abril de 2005, suscitando a nulidade da Portaria n. 534/2005 do Ministério da Justiça e do decreto presidencial de homologação que demarcou a TI Raposa Serra do Sol. A área de 1,747 milhão de hectares possui atualmente população de 23.119 pessoas, entre as etnias Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana.

Além das questões jurídicas, o caso demonstrou a complexidade das disputas de terras entre índios e não índios, que ocorrem desde o período colonial. Ao chegar ao STF e provocar a interpretação das normas constitucionais indígenas com profundidade inédita, o julgamento pode ser considerado um verdadeiro *leading case* sobre direitos territoriais dos povos indígenas (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 76).

Diante dos muitos temas abordados na decisão, certamente os mais polêmicos dizem respeito às salvaguardas institucionais e ao denominado “conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas”, presente no corpo do texto, no qual se inclui a afirmação de que a data da promulgação da CF, 5 de outubro de 1988, seria o marco temporal insubstituível para a verificação da ocupação tradicional indígena.

O ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a data representaria uma espécie de “fotografia” do momento, ao passo que o relator, ministro Carlos Ayres Britto, chamou-a de “chapa radiográfica” da situação de ocupação. Assim, a teoria do indigenato, há décadas seguida pelo STF como paradigma do reconhecimento dos direitos originários indígenas, parecia estar sendo relativizada para a adoção de uma “teoria do fato indígena”. Desta forma sustentou o relator:

I – o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito

constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às “riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que “os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, já fazem parte de uma outra categoria de “bens da União” (inciso IX do art. 20 da CF); (BRASIL, 2010, p. 137-138).

Apesar de tal entendimento, a tradicionalidade não poderia ser afastada pela verificação “cartesiana” da presença indígena. O próprio STF afirmou que injustiças históricas não seriam avalizadas, porque a ausência física em 5 de outubro de 1988 poderia ser suprida pela comprovação de expulsão das terras:

A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol” (...) o que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. (BRASIL, 2010, p. 77).

Porém, quais ações podem ser consideradas “renitentes” para descaracterizar o marco temporal em um contexto de tutela, como era antes de 1988? A não presença física em 5 de outubro significa ausência de aldeias – uma visão estereotipada da territorialidade – ou abrange a relação tradicional esporádica e rarefeita com o território, como visitas a locais sagrados e caça e pesca de subsistência?

Assim, por mais que exista a exceção do renitente esbulho, dependendo de como é fundamentada a tese do marco temporal – de forma

hegemônica ou pluralista – os resultados concretos para as comunidades indígenas mudam da posse permanente ao despejo.

Nesse sentido, tanto a constitucionalidade do marco temporal quanto a interpretação de seus pressupostos é questionada, sobretudo porque a Segunda Turma do STF vem aplicando-a para fundamentar anulações de terras indígenas, embora não houvesse força vinculante no caso Raposa.

O primeiro caso de aplicação pelo STF da tese do marco temporal é da TI Guyraroká, no município de Caarapó, Mato Grosso do Sul, território de 11 mil hectares declarado em 2009 para posse de 525 Guaranis Kaiowás, cuja anulação ocorreu em 2014. Após, em 2015, veio a anulação da TI Limão Verde, de 1.335 Terenas, localizada no município de Aquidauana, também em Mato Grosso do Sul. Para além da (in)constitucionalidade, as particularidades dos casos ensejam a análise da colonialidade presente na tese e na sua fundamentação.

Em 2016 confirmou-se em Plenário o julgamento monocrático de 2010 que rejeitou anulação da área indígena Yvy Katu, dos Guaranis Kaiowás de Japorã/MS, demarcada em 1928 e ampliada em 1991. Sobre a alegação de que os índios não estavam em 5 de outubro de 1988 na área ampliada, o STF entendeu que seria necessária prova complexa, apta a contestar o laudo antropológico que fundamentou o estudo. Consequentemente, não houve anulação.

A ideia de que o renitente esbulho impediria injustiças não se concretizou, tendo em vista as posteriores interpretações sobre o que é posse tradicional e o que é resistência aceitável no contexto pré-1988, marcado pela tutela e pela assimilação.

## **5. FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO ATUAL DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO: QUAL PARADIGMA?**

Muitos elementos dos paradigmas jurídicos da questão indígena estão presentes na fundamentação da tese do marco temporal e na aplicação, pelo STF, nos casos concretos das TIs Guyraroká e Limão Verde, antes mencionadas, o que permite analisar supostos retrocessos na tese afirmada.

Em relação ao retorno de elementos de tutela, o caso da TI Limão Verde é emblemático nesse sentido. Após manifestação do STF pela aplicação do marco temporal, a comunidade indígena dos Terenas

solicitou seu ingresso de forma incidental no processo, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, a fim de contestar a versão dos ministros de que não houvera ocupação e resistência ao esbulho e, assim, requerer a nulidade do julgamento. Em 27 de abril de 2015, o pedido foi indeferido pelo ministro Teori Zavascki, nestes termos:

(...) a Comunidade Terena não logrou êxito em demonstrar qualquer prejuízo decorrente de sua não participação no processo, sendo certo que (a) integrou o polo passivo da demanda a FUNAI – órgão a quem cabe “a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas” (art. 35 da Lei 6.001/73) – e (b) a causa foi acompanhada em todas as instâncias pelo Ministério Público Federal”. É de salientar que ambos os órgãos interpuseram recursos em favor da Comunidade Terena. (BRASIL, 2015c, p. 2).

No caso da anulação da TI Guyraroká, também ocorreu por meio de revisão de conjunto probatório por via inadequada e pela negativa de participação no processo da comunidade indígena diretamente afetada, apesar do pedido formal da própria comunidade, que constituiu advogado e identificou suas lideranças. Em sede de embargos declaratórios, o ministro Gilmar Mendes também rejeitou a participação da comunidade indígena no processo:

Em relação à representação da Comunidade indígena Guyraroká, resalto que a FUNAI é órgão federal do Estado brasileiro responsável pela proteção dos índios e de seus bens, ao qual cabem todos os estudos e levantamentos que precedem a demarcação, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, bem como da Lei 5371, de 5.12.1967. Em petição, essa própria Fundação reafirma que “o resgate dos direitos legítimos e tradicionais dos Kaiowá de Guyraroka” é sua obrigação jurídica e administrativa, por ser o órgão do governo federal instituído para executar sua política indigenista (fl. 262). Inclusive, porque, “entre suas atribuições, está o ‘exercício dos poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio’, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei 5371/67”. Afasto, portanto, o argumento da Comunidade indígena Guyraroká a indicar que sua não participação teria impedido sua defesa, especialmente em relação à demonstração do período de ocupação das terras em questão. (BRASIL, 2015c, p. 11).

O advento do art. 232 da Constituição de 1988, que assegura a participação em nome próprio dos indivíduos e comunidades indígenas nos processos judiciais que lhes dizem respeito, significou a superação do regime tutelar e da incapacidade relativa que perdurou durante o paradigma integracionista. Ainda que o MPF e a Funai tenham entre suas atribuições o acompanhamento dos processos judiciais das



comunidades indígenas, por conta da qualidade da parte, não podem falar em substituição aos índios, sobretudo quando estes manifestam formalmente o desejo de participar das ações.

Antes de 1988, justamente pela política tutelar, as comunidades indígenas não tinham acesso por si próprias ao sistema de justiça nem dispunham de mecanismos efetivos de comunicação com o poder público para reivindicar os territórios tomados pelo avanço do agronegócio e pelos processos de colonização. Além disso, são inúmeros os relatos de violência e expulsões cometidas pelos próprios órgãos indigenistas, SPI e posteriormente a Funai, intensificados no século XX com a ditadura militar de 1964.

Nesse sentido, o Relatório da Comissão Nacional da Verdade, publicado em 2015, traz fartos relatos que comprovam a relação entre as violações de direitos humanos e os interesses econômicos de não índios e do próprio Estado Brasileiro sobre os territórios indígenas. A espoliação das terras indígenas pelo Estado e a consequente invasão de não índios foi uma prática recorrente a partir dos anos 1930, sobretudo no estado de Mato Grosso do Sul<sup>5</sup>.

Mais atual, o Relatório da Violência Contra os Povos Indígenas, divulgado pelo Conselho Indigenista Missionário no ano de 2016, também apresenta relatos e dados de formas de violência direta e indireta contra indígenas, como assassinatos de lideranças, mortalidade na infância, omissão e morosidade na regularização das terras, desatenção à saúde, racismo e abuso de poder (CIMI, 2016).

Essas questões encontradas na aplicação da tese demonstram como as comunidades indígenas ainda são tratadas como objetos de políticas, e não como sujeitos de direitos coletivos com autodeterminação sobre sua vida e territórios. Além disso, denota-se que não se avançou para um paradigma de reparação pelos fatos ocorridos no passado recente de tomada de territórios por meio de violência.

---

<sup>5</sup> A Comissão Nacional da Verdade (CNV), criada pela Lei n. 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, entregou em dezembro de 2014 seu relatório final à sociedade, identificando as violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado no período de 1946 a 1988. No volume II do relatório, foram incluídos os povos indígenas nas discussões oficiais da justiça de transição, ao se constatarem as diversas violações sofridas por muitas etnias nesse período: esbulhos, extermínio, mortes causadas por grandes obras, contágio por doenças infectocontagiosas, prisões, torturas e maus-tratos. Pelo menos 8.350 indígenas foram mortos no período. (BRASIL, 2014c, p. 204-205).

Outra questão que contraria avanços do atual paradigma diz respeito à persistência de um integracionismo. Considerando a relação peculiar que os indígenas desenvolvem com o território, a avaliação da ocupação tradicional e de eventual resistência à expulsão não pode ser feita pelos mesmos conceitos do paradigma cultural dominante, mas a partir da sua organização social, costumes e tradições, como determina o artigo 231 da CF.

Logo depois do julgamento da Petição n. 3.388, em 2009, e após o trânsito em julgado com os embargos declaratórios de 2012, no qual o relator reiterou a ausência de força vinculante, muitas análises preliminares destacaram a ressalva de que a ideia de renitente esbulho impedia a perda da tradicionalidade da ocupação pela aplicação do marco temporal. Entretanto, na anulação da TI Limão Verde, o STF entendeu por restringir a compreensão sobre o que poderia ser considerado resistência. Nas palavras do relator, ministro Teori Zavascki:

Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual. (BRASIL, 2015, p. 15).

Desse modo, consolidou-se a ideia de que a resistência dos indígenas à expulsão comprovada de suas terras somente é válida se representar, de preferência, uma *demanda possessória judicializada*, nos moldes do conhecimento hegemônico civilista. De nada vale a ação silenciosa de permanência, o apelo aos órgãos indigenistas tutelares e a resistência física de enfrentamento.

Essa interpretação do STF sobre o esbulho denuncia a problemática de confundir institutos totalmente diferentes: a ocupação tradicional, baseada na territorialidade indígena e reconhecida como direito originário pela Constituição, e a posse do direito civil, questão de fato recuperada por controvérsia possessória judicializada. Duprat (2006)

demonstra que essa impropriedade conceitual vem prejudicando conflitos fundiários entre índios e não índios desde muito antes da tese do renitente esbulho:

Uma ação vocacionada à tutela de direito de cunho nitidamente civilista neutraliza a disciplina constitucional dos territórios indígenas, porque a luta processual se desenvolve sob controle das normas constitutivas daquele campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas. Assim, elementos tais como posse velha, ocupação física, passam a ser acriticamente definitórios de direitos possessórios. (DUPRAT, 2006, p. 172).

Igualando-se as temáticas, as concepções cosmológicas de território das etnias indígenas não são consideradas, somente a definição oficial de posse. Ignora-se que a permanência dos índios nas terras das quais foram desalojados, mesmo como trabalhadores rurais, pode ser uma manifestação possível de ocupação tradicional.

Por fim, a desigual correlação de forças entre comunidades indígenas e setores políticos e econômicos do país é acentuada com a tese do marco temporal, remetendo-se a processos de esbulho e avanços de fronteiras agrícolas do século passado. Um exemplo é a PEC n. 215/2000, de iniciativa do deputado federal Almir Sá (PPB/RR), que objetiva transferir a competência da demarcação de terras indígenas do Poder Executivo federal para o Congresso Nacional.

Em parecer do relator da Comissão Especial instaurada, o deputado federal Osmar Serraglio (PMDB/PR) votou pela aprovação da PEC e de outras apensadas, na forma de um substitutivo proposto no ano de 2015. Nele, o deputado propôs a inclusão do marco temporal no artigo 231, como característica definidora das terras indígenas e requisito obrigatório de verificação pelo laudo antropológico.

Diante disso, torna-se necessário *historicizar* os conceitos e ideias jurídicas que buscam respostas simples para questões complexas. Muitos territórios indígenas foram considerados terras devolutas e outorgadas pelos estados a particulares por conta do artigo 64 da Constituição de 1891. O próprio órgão indigenista criado em 1910, o SPI, certificou a inexistência de índios em algumas localidades, para que então os estados incorporassem ao seu patrimônio e emitissem títulos de propriedade a particulares (SOUZA FILHO, 2012, p. 133).

Essa foi uma estratégia comum dos processos de colonização do interior do país, com vistas a expandir as fronteiras agrícolas e promover o desenvolvimento, já que, no imaginário positivista, os índios deveriam ser assimilados como trabalhadores. Observa Souza Filho

(2012) que as terras “deixadas” pelos índios foram juridicamente nomeadas como “aldeamentos extintos” e transferidas ao estado ou à União (SOUZA FILHO, 2012, p. 135).

Portanto, as terras indígenas demarcadas ou retomadas dos anos 1990 em diante possuem esse passado em comum, assim como a cadeia dominial das propriedades rurais particulares em disputa. Ainda que o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tenha assegurado que a União concluiria a demarcação das terras indígenas até 1993, a realidade é que os conflitos somente se agravaram.

Mesmo nesse contexto, iniciativas como o marco temporal contemplam atores do sistema político brasileiro. O Congresso Nacional tem atuado no que se convencionou chamar de “bancada ruralista”: deputados federais, senadores e outros políticos, de diferentes partidos e regiões do país, ligados ao agronegócio e a grandes latifúndios, que atuam em benefícios particulares de sua classe e contra os interesses das populações tradicionais e do meio ambiente.

O espaço oficial da bancada é representado pela legítima Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA), entidade associativa de deputados e senadores registrada no Congresso a cada legislatura. A FPA conta com estatuto próprio e, atualmente, tem 198 deputados federais e 21 senadores como membros.

De fato, integram a FPA políticos de diversos partidos e não necessariamente proprietários de terras ou com discursos públicos contrários aos direitos das comunidades tradicionais e ao meio ambiente, porquanto as frentes parlamentares são espaços legítimos da política nacional, e o desenvolvimento da agricultura e da pecuária são temas de interesse público incontestes. Entretanto, os posicionamentos públicos da FPA são de apoio explícito à PEC n. 215 e a outras medidas que significam retrocessos aos direitos indígenas.

Portanto, é significativa a vinculação entre a classe política e o latifúndio brasileiro. Essa correlação de forças desigual faz com que as comunidades indígenas fiquem suscetíveis à perda de território, mas também às violências do campo, à mortalidade infantil e às altas taxas de suicídio. Além disso, o debate sobre o avanço de medidas juridicamente complexas como a PEC n. 215 resta bloqueado pelo *lobby* político.

A tese do marco temporal, da forma como é construída e fundamentada, parece contribuir para a manutenção de tal realidade de

concentração fundiária por elites agrárias, com origens que remontam ao período colonial, e com relações de poder que se estendem ao Congresso Nacional.

## 6. CONCLUSÕES

A posição que vem sendo firmada pelo STF em sua jurisprudência, para além de significar uma possível inconstitucionalidade, também vai na contramão do direito internacional dos direitos humanos e das mais recentes interpretações sobre a territorialidade dos povos indígenas, que buscam afirmar o direito com base no reconhecimento da pluriétnicidade, da autodeterminação e da consciência dos processos históricos que marcaram a relação entre Estado e povos indígenas.

Conclui-se que o estabelecimento de um limitador temporal aos direitos originários dos povos indígenas denota o bloqueio e a invisibilização das cosmologias indígenas e do passado de tutela, esbulho e violência estatal, contribuindo para a perpetuação de conflitos fundiários violentos e da situação de vida precária das populações indígenas.

Retomando os elementos antes descritos que caracterizam os paradigmas do liberalismo integracionista, do multiculturalismo hegemônico e do multiculturalismo contra-hegemônico, percebemos como a aplicação do marco temporal se aproxima de elementos de paradigmas superados inclusive pela CF de 1988, que nem sequer representa as normas e entendimentos mais progressistas disponíveis em relação à propriedade comunal e aos direitos indígenas.

Primeiramente, pela própria ausência das normas internacionais enquanto fontes primárias de juridicidade nos casos concretos que envolvem direitos dos povos indígenas. Da mesma forma, ao não participarem dos processos judiciais que os afetam diretamente, as comunidades indígenas são tratadas como objetos de políticas, e não como sujeitos de direitos coletivos. Ao se suplantarem sua participação no processo pela presença da Funai, ou do MPF, há nítido retorno à incapacidade e à tutela, superadas no atual paradigma. Da mesma forma, o que prepondera é a relação jurídica da “regulação” dos direitos, das liberdades e dos corpos, e não a “reparação” pelas atrocidades cometidas contra essas comunidades em passado recente (CNV e Relatório Figueiredo), nem mesmo a adoção do paradigma da “governança” do paradigma intermediário, que acomoda mínimo reconhecimento.

Mas, como demonstrado pela normatividade atual, seria possível seguir outro caminho. Alguns elementos já existem: as normas internacionais destacadas como fontes importantes já se encontram internalizadas no direito brasileiro, pois o país ratificou a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas de 2007, e em breve a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da OEA. A aplicação mais eficaz dessas normas pressupõe uma outra interpretação dos parágrafos do artigo 5º da Constituição, em relação ao *status* normativo que os tratados de direitos humanos assumem, o que já é feito pela doutrina, mas sem adesão majoritária no STF. Já as sentenças da Corte IDH carecem de regramentos internos mais específicos para o seu cumprimento, mas o fato é que o Brasil aceitou a jurisdição do órgão contencioso interamericano.

Nesse sentido, o protagonismo dos povos indígenas, que se expressa na resistência, nos processos de retomada de territórios e na autodemarcação, poderá ganhar um impulso em nível internacional, pois já existe ao menos um caso levado à jurisdição da Corte IDH de uma comunidade indígena contra o Estado Brasileiro<sup>6</sup>, o povo Xucuru, da cidade de Pesqueira, Pernambuco. A atuação da Corte poderá trazer novas interpretações dos direitos territoriais indígenas específicas do contexto nacional.

Outro elemento já existente é o conceito de TIs da Constituição: por conta de suas características, há elementos jurídicos apontando para a territorialidade como paradigma, resultando na demarcação de áreas contínuas, com extensão que contemple as formas de organização de cada etnia, e sobre áreas tradicionais que permitam sua reprodução econômica, social e cultural.

Também é possível pensar em uma mudança de paradigma jurídico do direito à terra, partindo-se da mera *governança* – que acomoda teses jurídicas que visam “apagar de vez conflitos históricos”, igualando-se injustamente as responsabilidades dos atores, como indígenas e Estado –,

---

<sup>6</sup> A CIDH apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 16 de março de 2016, o caso n. 12.728, povo indígena Xucuru e seus membros, a respeito do Brasil, porque o Estado Brasileiro não cumpriu com as recomendações contidas no Relatório de Mérito de 28 de julho de 2015. Nele, há a denúncia de violação do direito à propriedade coletiva em consequência da demora de mais de 16 anos (1989 a 2005) no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de seus territórios ancestrais.

para outro de *reparação*, que considera os erros históricos cometidos pelo Estado em relação a determinada população interna<sup>7</sup>. É dessa forma que argumentam Rodríguez Garavito e Baquero Díaz (2015) na sua tipologia de paradigmas jurídicos da relação intercultural na América Latina (RODRÍGUEZ GARAVITO; BAQUERO DÍAZ, 2015).

Toda esta discussão é suficiente para descartar a tese do marco temporal da ocupação como um caminho a ser seguido pelo STF e pelo Estado Brasileiro em relação aos direitos territoriais indígenas. Da mesma forma, tais elementos parecem proporcionar respostas mais adequadas aos conflitos territoriais históricos dos povos indígenas do que o bloqueio de direitos fundamentais por conta de criações e interpretações jurisprudenciais marcadas pelo retorno a paradigmas e concepções integracionistas já superadas, como o marco temporal.

## REFERÊNCIAS

1. BENITES, Tônico. Trajetória de luta árdua da articulação das lideranças Guarani e Kaiowá para recuperar os seus territórios tradicionais *tekoha guasu*. *Revista de Antropologia da UFSCar*, São Carlos, v. 4, n. 2, p. 165-174, 2012.
2. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.
3. \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 215-A, de 2000. Modifica os arts. 61 e 231 da Constituição Federal e os arts. 67 e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de dispor sobre o procedimento de demarcação de terras ocupadas pelos índios e quilombos. *Proposta de Emenda à Constituição*. 2015. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1379649&file name=Tramitacao-PEC+215/2000](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1379649&file name=Tramitacao-PEC+215/2000)>. Acesso em: 2 fev. 2017.
4. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 9 de dezembro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 fev. 2015.

<sup>7</sup> Nesse sentido, uma das conclusões da CNV, em seu relatório final, é de que a questão indígena carece da aplicação dos mecanismos de justiça de transição e de maiores apurações sobre os fatos (BRASIL, 2014c, p. 253).

5. \_\_\_\_\_. Embargos de Declaração na Petição n. 3.388/RR. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 23 de outubro de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 fev. 2014.
6. \_\_\_\_\_. Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de outubro de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 nov. 2015.
7. \_\_\_\_\_. Petição n. 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1º jul. 2010.
8. CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2015*. Brasília: CIMI, 2016. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>>. Acesso em 30 jan. 2017.
9. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)>. Acesso em: 9 jan. 2017.
10. DUPRAT, Deborah. Demarcação de terras indígenas: o papel do Judiciário. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (Ed.). *Povos indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.
11. DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
12. GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, Fany (Org.). *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
13. IKAWA, Daniela. Direito dos povos indígenas. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
14. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
15. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp; SCHÄFER, Gilberto. Educação escolar indígena no direito brasileiro: do paradigma integracionista ao paradigma do direito a uma educação diferenciada. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, p. 371-383, 2014.



16. LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje*. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.
17. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.
18. MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo [et al.]. *Makunaima grita: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.
19. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 107, de 1957. *Convenção*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
20. \_\_\_\_\_. Convenção n. 169, de 1989. *Convenção*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
21. PACHECO DE OLIVEIRA, João. *Ensaio em antropologia histórica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
22. \_\_\_\_\_. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 47-77, 1998.
23. RODRÍGUEZ GARAVITO, César; BAQUERO DÍAZ, Carlos Andrés. *Reconocimiento con redistribución: el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2015.
24. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxo e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015.
25. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 8. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
26. WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, Itajaí, v. 18, n. 2, p. 329-342, 2013.
27. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

# A DEMARCAÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA E O PROBLEMA DO “MARCO TEMPORAL”: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INDIGENATO DO MINISTRO JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR (1856-1923)

BRUNO DA SILVA ANTUNES DE CERQUEIRA<sup>1</sup>

## RESUMO

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição da República, tanto como é a instância recursal máxima do sistema judiciário brasileiro. As terras indígenas existentes no Brasil correspondem a quase 13% do território nacional. A ignorância dos brasileiros sobre essa realidade fática e jurídica é considerável. O presente artigo visa esboçar em que medida a constitucionalização do *indigenato* – teoria do jurisconsulto João Mendes de Almeida Junior – em 1934 e sua elevação a um espaço simbolicamente quase “sagrado”, de um capítulo inteiro da Constituição de 1988 reservado aos “Índios”, parece ter sido desprezada por uma parte da jurisprudência da Corte Constitucional, quando decidiu criar um “marco temporal” para a aferição da presença

---

<sup>1</sup> Historiador formado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, pós-graduado em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes (IUPERJ). Iniciou o bacharelado em Direito na PUC-Rio, finalizando-o no Centro Universitário de Brasília (UNI-CEUB). Foi assessor especial da Chefia para Assuntos de Cerimonial da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (2004-2008) e assessor da vereadora Sonia Rabello de Castro na Câmara Municipal do Rio de Janeiro (2011-2012). Atua, desde 2012, como indigenista especializado da Fundação Nacional do Índio (analista de Política Indigenista), tendo sido chefe do Serviço de Análise de Contestações ao Procedimento de Identificação e Delimitação de Terras Indígenas, função comissionada extinta em 2017. É membro do Quadro Permanente de Instrutores da Funai e atualmente auxilia na formação dos novos servidores do órgão. Advogado regularmente inscrito na OAB/DF, é membro da Comissão da Memória e da Verdade da seccional.

e da ocupação das comunidades indígenas nas suas terras ancestrais, ficando-se a data de 5 de outubro de 1988 (dia da promulgação da Carta Cidadã), no âmbito do julgamento da chamada Petição n. 3.388, do Estado de Roraima, sobre a demarcação territorial da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

**Palavras-chave:** Indigenato. Demarcação territorial indígena. Povos indígenas. Constituição de 1988. João Mendes de Almeida Junior. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*) is the guardian of the Constitution as far as the maximum appellate instance of the Brazilian judicial system. Currently, nearly 13% of Brazil's territory is recognised as indigenous lands. Brazilians are, generally, very ignorant about this legal and factual reality. This text aims to outline the extent to the constitutionalization of the *indigenatus* – the theory of one of Brazil's greatest jurists of all times, João Mendes de Almeida Junior – in 1934 and its elevation to a place symbolically almost “sacred”, an entire chapter of the 1988 Constitution reserved to the “Indians”. Maybe this “elevation” is being neglected by a part of the jurisprudence of the Constitutional Court when it decided to create a “timeframe” for measuring the presence and occupation of indigenous communities on their ancestral lands, fixing the date of October 5, 1988 (day of the enactment of the *Carta Cidadã*), in the judgment called Petition 3.388, of the State of Roraima, on the territorial demarcation of the *Raposa Serra do Sol* Indian Land.

**Keywords:** *Indigenatus*. Indigenous lands. Indigenous peoples. Constitution of Brazil. João Mendes de Almeida Junior. Brazilian Supreme Court of Justice (*Supremo Tribunal Federal*).

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANC – Assembleia Nacional Constituinte

CD – Câmara dos Deputados

CGID – Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação da Funai

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DAF – Diretoria de Assuntos Fundiários da Funai

DPT – Diretoria de Proteção Territorial da Funai  
Funai – Fundação Nacional do Índio  
IHGB – Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro  
MINTER – Ministério do Interior  
MPF – Ministério Público Federal  
MI-Funai – Museu do Índio-Funai (Rio de Janeiro)  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
ONU – Organização das Nações Unidas  
PEC – Proposta de Emenda à Constituição  
SPI – Serviço de Proteção aos Índios  
SPILTN – Serviço de Proteção aos Índios e de Localização de Trabalhadores Nacionais  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
STJI – Supremo Tribunal de Justiça do Império do Brasil  
TFR – Tribunal Federal de Recursos  
TI – Terra Indígena  
TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. As terras indígenas e o ordenamento jurídico brasileiro
  3. Terras indígenas e STF: uma velha amizade?
  4. João Mendes de Almeida Junior (1856-1923)
    - 4.1 O indigenato mendesiano
    - 4.2 O regime jurídico das terras indígenas na teoria mendesiana
    - 4.3 Conclusão
  5. A constitucionalização do indigenato (1934)
  6. Os ministros e os índios
  7. Conclusão
- Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil – considerada a “Carta Cidadã”, pela sua magnitude democrática – foi promulgada. Pela primeira vez na história do Brasil, reservou-se ao assunto “índios” um título específico na Lei Maior.

Com efeito, os índios,<sup>2</sup> isto é, os membros dos milhares de povos autóctones do continente americano que conheceram a colonização de diversos povos europeus a partir do século XV, nunca haviam ganhado tamanha importância – por mais que se lhe deva relativizar, como se verá a seguir – no ordenamento constitucional dos brasileiros, desde a Independência, em 1820.

Em 24 de março de 1824, o país ganhou seu primeiro Texto Supremo: a *Constituição Política do Império do Brasil*, elaborada por uma comissão de juristas e outorgada pelo imperador D. Pedro I (1798-1834), o qual havia dissolvido, no ano anterior, a Assembleia Constituinte convocada para esse fim<sup>3</sup>. Em todo o texto constitucional de 1824, nenhuma palavra toca aos nativos do território luso-americano, agora tornado Império do Brasil. Em nossa primeira quadra constitucional, o assunto “índios”, sempre sinuoso na história do Direito brasileiro, vem à tona por ocasião da Lei de 27 de outubro de 1831, quando a Regência Trina Permanente suspende as “guerras” aos *bugres* de São Paulo e de Minas Gerais, que havia sido decretada na administração joanina (1808-1821). Na prática, deslegitimava-se a escravização de índios pegos em “rebeliões” contra o Estado Imperial Brasileiro. Ei-la:

Lei de 27 de Outubro de 1831<sup>4</sup>

Revoga as Cartas Regias que mandaram fazer guerra, e pôr em servidão os índios.

<sup>2</sup> Termo polissêmico para designar os habitantes nativos das Américas, o “índio” é o indivíduo que nasce e cresce em uma comunidade indígena, ou a ela se filia pela origem étnica. Na formulação de Manuela Carneiro da Cunha, uma das maiores especialistas em etnologia ameríndia do Brasil, as definições que o chamado Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) fornece para o termo “pecam lógica e antropológicamente; misturam critérios heterogêneos e se prestam a ser mal interpretadas”. A ONU conceituou, em 1986, que “As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos”. Cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 23.

<sup>3</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 74-75.

<sup>4</sup> Cf. BRASIL. *Lei de 27 de outubro de 1831*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37625-27-outubro-1831-564675-publicacaooriginal-88614-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37625-27-outubro-1831-564675-publicacaooriginal-88614-pl.html)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

A Regencia, em Nome do Imperador o Senhor D. Pedro II, Faz saber a todos os Subditos do Imperio, que a Assembléa Geral Legislativa Decretou, e Ella Sancionou a Lei seguinte:

Art. 1º Fica revogada a Carta Régia de 5 de Novembro de 1808, na parte em que mandou declarar a guerra aos Indios Bugres da Provincia de S. Paulo, e determinou que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 annos aos milicianos ou moradores, que os apprehendessem.

Art. 2º Ficam tambem revogadas as Cartas Régias de 13 de Maio, e de 2 de Dezembro de 1808, na parte, em que autorizam na Provincia de Minas Geraes a mesma guerra, e servidão dos índios prisioneiros.

Art. 3º Os índios todos até aqui em servidão serão della desonerados.

Art. 4º Serão considerados como orphãos, e entregues aos respectivos Juizes, para lhes applicarem as providencias da Ordenação Livro primeiro, Titulo oitenta e oito.

Art. 5º Serão soccorridos pelo Thesouro do preciso, até que os Juizes de Orphãos os depositem, onde tenham salarios, ou aprendam officios fabris.

Art. 6º Os Juizes de Paz nos seus districtos vigiarão, e occorrerão aos abusos contra a liberdade dos Indios.

(...)

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos vinte e sete dias do mez de Outubro de mil oitocentos trinta e um, decimo da Independencia e do Imperio.

FRANCISCO DE LIMA E SILVA

JOSÉ DA COSTA CARVALHO

JOÃO BRAULIO MONIZ<sup>5</sup>

O ato normativo que declarava ilegal a escravização dos índios brasileiros os tornava “órfãos”, isto é, legalmente incapazes, e os punha sob a jurisdição de juízes de Órfãos, encarregando-os de velarem pelos *silvícolas* e por sua instrução e aprendizado nos “officios fabris”. A mesma lei mandava os juízes de Paz vigiarem para que os *gentios* não fossem aprisionados. Forçoso reconhecer algum esforço humanista da medida, mas é inconcebível imaginar que ela não tenha se tornado, em um Estado oficialmente escravista, uma *letra morta*, em alguns sentidos.

Um exemplo vívido é o da indígena Maria Benedita da Rocha (c. 1870-1981), ou *Dona Maria Chatinha*, que em 1981 faleceu no Rio de Janeiro. Ela foi entrevistada, meses antes de falecer, pelo padre José Luciano Jacques Penido C.Ss.R. (\*1922), da Paróquia de Santo Afonso Maria de Ligório, na Tijuca, Rio de Janeiro. A entrevista foi publicada com a rubrica “Depoimento” e o título “Entrevista Histó-

<sup>5</sup> Optou-se por não atualizar a ortografia dos documentos históricos.

rica”, na revista *Ciência e Cultura*, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), em maio de 1985.<sup>6</sup>

Relato candente da escravização de índios e negros no Brasil oitocentista, a fala de *Maria Chatinha* revela a perfídia de um sistema enraizadíssimo de nossa sociedade e cujas marcas, evidentemente, sentem-se até hoje. Segundo o depoimento, *Maria Chatinha* era filha de pais indígenas, de nomes (de batismo) José e Maria José; esta última teria sido “apanhada a laço” para ser escravizada nas terras de um “barão” Salgado da Rocha,<sup>7</sup> na região de Tremembé, interior do Estado de São Paulo. Maria José, a mãe de *Maria Chatinha*, teria sido indígena do “Sertão da Mantiqueira” – sem imagens e sem maiores dados, não há como saber se a origem macroétnica era jê ou tupi. Em virtude dos castigos corporais os piores possíveis recebidos na fazenda paulista, *Maria Chatinha* emigrou, logo após a Lei Áurea (1888), para o Rio de Janeiro. Na capital, empregou-se como funcionária na casa de um general da importante família gaúcha Menna Barreto e viveu no Morro do Salgueiro grande parte da velhice.

Do marco legal de 1831 ao marco constitucional de 1988 – passando pelo chamado *Estatuto do Índio* na década de 1970 –, temos que os povos indígenas do Brasil já foram objeto de um sem-número

<sup>6</sup> Cf. MAESTRI FILHO, Mário José. Entrevista histórica. *Revista Ciência e Cultura*, v. 37, n. 5, maio 1985, p. 828-834. São Paulo: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 1985.

<sup>7</sup> Inexistiu barão desse título no Império. Ela evidentemente não dominava titulações e “grandezas” nobiliárquicas. Na região tremembeense e taubateana, aparecem os Oliveiras Costa, com o Barão de Pouso Frio (†1890); os Silvas Ramos, com o Barão de Jambeiro (†1896); os Vieiras, com o Barão de Pedra Negra (†1902); os Monteiros, com o Visconde de Tremembé (†1911) – este último, avô de Monteiro Lobato (1882-1948) – e seu irmão, Barão de Mossoró (1838-1892); e os Pereiras de Barros, com o Barão de Pereira de Barros, titulado em 1889 e de quem há poucos dados disponíveis. Não há uma família Rocha com título na região. A interpretação da narrativa leva a concluir que a família em questão pudesse almejar a nobilitação, mas não teria logrado alcançá-la, pois de fato D. Pedro II instruiu os ministros no sentido de que escravocratas intransigentes e violentos não fossem agraciados. Há um “Salgado da Silva” que foi titulado na região: Antonio Salgado da Silva (1805-1888), o Visconde da Palmeira, proprietário em Pindamonhangaba e adjacências. Este, contudo, por ser chefe do Partido Liberal local e, em teoria, mostrar-se “apoiador” do movimento abolicionista, foi elevado ao viscondado por D. Isabel, em agosto de 1887 (Terceira Regência – 1887-1888); o nobre paulista faleceu em 26-2-1888, antes da Lei Áurea, mas já sendo os antigos escravizados empregados nas fazendas, ao que consta. Cf. MOURA, Carlos Eugênio Marcondes de. *O visconde de Guaratinguetá: um fazendeiro de café no vale do Paraíba*. São Paulo: Studio Nobel, 2002. p. 105.

de leis, decretos, ordens e resoluções. Absolutamente quase nunca foram consultados sobre esses “regulamentos” de sua “pertença” ao Brasil. A sociedade brasileira do Oitocentos, no empenho de tornar o Estado Imperial que se formava no I Reinado (1821-1831) e nas Regências (1831-1841), mas, sobretudo, no II Reinado (1841-1889), como algo verdadeiramente “nacional”, incluía os índios, mitificando e idealizando o passado ameríndio do Brasil, mas excluindo, na prática, as centenas de etnias ainda existentes, da “brasilidade”. O processo é ambíguo ao extremo. Nossos *founding fathers* não refletiam com profundidade sobre o assunto. Quando o faziam, divergiam. Exceção célebre é a de Jozé Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838).

O “Patriarca da Independência” formulou que os brasileiros já eram mestiços de índios com lusos e que essa mestiçagem deveria aumentar muito, para o bem do Brasil. Seu documento *Apontamentos para a civilização dos Índios do Brasil* é relativamente bem conhecido dos historiadores que se debruçam sobre o período emancipacionista e o I Reinado. Trata-se de um projeto à Assembleia Nacional Constituinte, em moldes similares a sua *Representação à Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brazil sobre a Escravatura*, na qual pugnava a abolição gradual do “elemento servil” e a organização do trabalho livre no Império. Ambos os ricos documentos para a pesquisa historiográfica no Brasil foram apresentados em edição recente (1998) organizada pela historiadora paulista Mirian Dohnnikoff – *Projetos para o Brasil/José Bonifácio de Andrada e Silva*. Sabe-se que esses dois projetos do grande mentor do Império brasileiro foram, como muitos outros seus, baldados. O assunto *elemento servil* – eufemismo clássico de nosso *establishment* para o comércio transatlântico de escravizados e seu emprego nas lavouras do Brasil –, bem assim o assunto *Índios*, sempre se tendeu a procrastiná-los para encaminhamentos adequados.

Findo o Primeiro Reinado, com a abdicação de D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, Jozé Bonifácio foi nomeado tutor do imperador-menino (D. Pedro II), mas sua pessoa – e suas ideias – estavam longe do unísono nos meios parlamentares e na classe dirigente brasileira. Sendo deposto do cargo de tutor imperial pela Regência, em dezembro de 1833, exilou-se na ilha de Paquetá, falecendo em Niterói, em abril de 1838.

Nos *Apontamentos para a civilização dos Índios do Brasil*, o pensador santista observa que, ao contrário do que se fez na maior parte do tempo do Brasil-Colônia, não se devia mais admitir o esbulho das



terras indígenas, mesmo que aos “índios bravos” fosse necessaríssima a catequese e civilização:

Os meios porém de que se deve lançar logo mão para a pronta e sucessiva civilização dos Índios, e que a experiência e a razão me tem ensinado, eu os vou propor aos representantes da nação; e são os seguintes:

1º) Justiça, não esbulhando mais os Índios, pela força, das terras que ainda lhes restam, e de que são legítimos senhores, pois Deus lhas deu; mas antes comprando-lhas, como praticaram, e ainda praticam, os Estados Unidos da América;

2º) Brandura, constância e sofrimento de nossa parte, que nos cumpre como a usurpadores, e cristãos (...)<sup>8</sup>

Na obra *Os índios e a ordem imperial* (2005), o indigenista Carlos de Araújo Moreira Neto (1928-2007) critica fortemente os projetos civilizatórios do Império para com os povos indígenas. Sua avaliação geral é a de que

(...) indiferente a todas as críticas e aos repetidos fracassos, surdo ao clamor da experiência própria ou alheia, o indigenismo oficial do Império, entre outros males, deixou um legado de inércia burocrática face aos problemas vitais das comunidades indígenas, e uma tradição de incapacidade permanente em defender o índio e em promover a punição de seus perseguidores. Aí, mais que em qualquer outra época, teve origem a vetusta e ainda não desmentida tradição de impunidade para toda sorte de extorsões, crimes e agravos que se cometem contra índios.

Os fundamentos ideológicos do indigenismo brasileiro do Império só seriam contestados ao fim da primeira década do século atual [XX], sob a influência do positivismo e de outras correntes do pensamento humanista e liberal que se haviam proposto a tarefa de reformar e modernizar o país, segundo o “pensamento surgido com a corrente liberal e orgânica da revolução moderna”, estabelecendo as bases de uma nação livre, “sem Deus nem Rei”, de que seja banido o “regalismo” e outras tradições da “Monarquia Portuguesa” (Mendes, 1913).<sup>9</sup>

As tintas foram bastante carregadas. O antropólogo aceitou, sem a menor crítica histórica, os argumentos retirados de Raymundo Teixeira Mendes (1855-1927), em seu panfleto *A protecção republicana aos indígenas brasileiros e a catechese catolica dos mesmos indigenas*, do Apostolado da Igreja Positivista do Brasil. O filósofo e matemático maranhense Teixeira Mendes, “autor” do atual desenho do pavilhão

<sup>8</sup> Cf. ANDRADA E SILVA, Jozé Bonifacio de. *Projetos para o Brasil: textos reunidos e comentados por Miriam Dolhnikoff*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 53.

<sup>9</sup> Cf. MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. *Os índios e a ordem imperial*. Brasília: CGDOC/Funai, 2005. p. 285.

nacional brasileiro, que retirou o brasão imperial e inseriu a esfera com dístico “Ordem e Progresso”, estava longíssimo de algum tipo de isenção ou, menos ainda, de equidistância, nas possibilidades historicizantes sobre o legado imperial brasileiro, em qualquer área e sob qualquer viés. Foi um dos grandes propagandistas do republicanismo positivista brasileiro e, com a quartelada de novembro de 1889, foi alçado ao poder apenas parcialmente, em meio às miríades de grupos que surgiram com a República e que, segundo José Murilo de Carvalho<sup>10</sup>, nunca conseguiram seriamente construir um projeto nacional minimamente coeso, a incluir o povo e as demandas por democratização e republicanização da própria República brasileira.

Parágrafos antes, Carlos de Araújo Moreira Neto havia falado em um órgão indigenista oficial do Império, que jamais existiu, haja vista que as Diretorias-Gerais dos Índios eram provinciais. Além disso, é improcedente que houvesse uma ideologia oficial sobre os índios em todo o Segundo Reinado. Tal como se dava com o malfadado *elemento servil*, havia debates, divergências, somas consideráveis de personagens envolvidos no indigenismo e que estavam longe de demonizar os índios, seus costumes, práticas e tradições.

O general José Vieira Couto de Magalhães (1837-1898), por exemplo, que presidiu as províncias de São Paulo, Pará, Mato Grosso e Goiás, é hoje um reconhecido indigenista, que tentou em sua vida não poucos projetos para a “proteção” dos indígenas, o que evidentemente significava assimilação e aculturação, se quisermos pôr nesses termos, mas que eram ações práticas e não teóricas e/ou retóricas, de salvar índios, mormente crianças, da sanha ruralista brasileira que nos acompanha desde a colonização. Couto de Magalhães<sup>11</sup> fundou, na década de 1880, uma escola apenas para *indiozinhos* em Cuiabá, denominada *Colegio Princesa Imperial D. Isabel*, que deveria servir de modelo ao país, no que tange ao modo pelo qual o próprio Estado, e não somente a Igreja, poderiam educar os índios, respeitando suas tradições, mas inserindo-os na nacionalidade brasileira. Projetos como

<sup>10</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 164.

<sup>11</sup> Cf. COUTO DE MAGALHÃES, José Vieira. *Diário íntimo*. Organização de Maria Helena Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. O general Couto de Magalhães falava francês, inglês, alemão, italiano, tupi e algumas línguas indígenas. Foi quem iniciou os estudos folclóricos no Brasil, publicando *Viagem ao Araguaya* (1863), *O selvagem* (1876) e *Ensaios de anthropologia* (1894), entre outros.

o dele foram evidentemente rechaçados na República Velha (1889-1930), uma vez que tinham cunho monarquista, e o SPI passou quase toda a sua existência louvando o positivismo do marechal Cândido Rondon (1865-1958) e seus principais assessores.

As críticas ao indigenismo imperial brasileiro, feitas por diversos autores, podem fazer tábula rasa de muitas iniciativas individuais de *figurões* do Oitocentos brasileiro, mas não deixam de apresentar sólidos argumentos sobre a contradição evidente de um Estado que idealizava o “heroísmo indígena” ancestral dos brasileiros, mormente pela literatura de José de Alencar (1829-1877) ou dos dois Gonçalves – Dias (1823-1864) e de Magalhães (1811-1882) –, e fazia vista grossa com os esbulhos territoriais, as escravizações e os maus-tratos aos povos indígenas.

No que concerne especificamente às TIs, Manuela Carneiro da Cunha considera retrógrada e anti-indígena a legislação produzida no tempo do Império:

O Brasil independente marca um retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas: no mesmo período em que o índio se torna o símbolo da nova nação nega-se-lhe tanto a soberania quanto a cidadania. “Os índios”, declara o Deputado Montezuma ecoando a opinião geral dos Constituintes de 1823, “não são brasileiros no sentido político (...)” (Sessão de 25.08.1823).

(...) A soberania das nações indígenas, que não constituía problema em períodos anteriores, passa a ser escamoteada. Não se admite, desde o início do século XIX, que os índios possam constituir sequer sociedades dignas desse nome.

Perduravam, no entanto, os direitos dos índios sobre suas terras. (...) <sup>12</sup>

Carneiro da Cunha narra que, apesar de a Constituição de 1824 nada ter dispensado aos índios, o projeto bonifaciano acabou por servir, em 1826, para basear uma ampla consulta às províncias do Império do Brasil, que deveriam indicar os melhores meios a empregar no *Plano Geral de Civilização dos Índios*. Como se sabe, durante boa parte do período monárquico brasileiro, vigoraram as disposições do Decreto Imperial n. 426/1845<sup>13</sup>, que determinavam aos presidentes de Província apontar um *Director Geral dos Índios* para nomeação do soberano, além dos *Directores das Aldeias*, ou *Directores Parciais*, para conjunto de aldeias.

<sup>12</sup> CARNEIRO DA CUNHA, op. cit., p. 63-64.

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto n. 426, de 24 de julho de 1854. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-426-24-julho-1845-560529-publicacaooriginal-83578-pe.html>>. Acesso em: 25 maio 2016.

As célebres “falas” dos chefes do Poder Executivo regional apontam para o grande problema da catequização dos índios e da salvaguarda de suas terras por parte desses “servidores públicos” encarregados de cuidar dos índios e das TIs.

Até a década de 1870, quando autoritariamente o Ministério do Império – depois, Ministério do Interior e, hoje, algo próximo ao Ministério da Integração Nacional – mandou extinguir os *aldeamentos*, na interpretação a pior possível das disposições da Lei de Terras de 1850, as terras dos índios gozavam de relativa estabilidade jurídica, haja vista que onde houvesse *hordas selvagens* não se poderia mexer, oficialmente, e onde houvesse aldeamentos eles existiam para a *catechese e civilização dos Índios* e, portanto, eram igualmente territórios protegidos, como se verá ao longo deste trabalho.

Importa aqui perscrutar de que modo a mais alta corte judiciária do país teve de ir apreciando, ao longo do século XX, o problema territorial indígena no Brasil, herdado do XIX, debatendo-se justamente com a teorização do primeiro ministro do tribunal que estudaremos: **João Mendes de Almeida Junior**, figura da elite imperial brasileira, filho do deputado João Mendes de Almeida (1831-1898), jurista pró-abolição, e sobrinho do senador e conselheiro Cândido Mendes de Almeida (1818-1881), que foi um importante advogado, cartógrafo, jornalista e escritor brasileiro.<sup>14</sup>

Os limites deste esboço monográfico não podem ir além de apontamentos, haja vista que não se trata de dissertação ou tese. Quer-se tão somente problematizar como o conceito de **marco temporal** para aferição da chamada tradicionalidade da ocupação indígena foi um invento tortuoso do ministro Menezes Direito, ainda que na esteira de antecessores seus. A intuição inicial deste trabalho é a de que um marco temporal cravado em 5 de outubro de 1988 parece indicar uma situação no mínimo ambígua, que negaria parcialmente o indigenato solidificado na jurisprudência do próprio STF.

<sup>14</sup> A família Mendes de Almeida foi nobilitada pela Santa Sé Apostólica (Vaticano), em homenagem à defesa judicial dos bispos no âmbito da célebre Questão Religiosa, que se arrastou nos anos 1870. O papa Leão XIII (1810-1913) tituló como conde o filho primogênito e homônimo de Cândido Mendes, igualmente professor de Direito e fundador, na década de 1900, da faculdade que hoje leva o nome de “Universidade Cândido Mendes” e que foi, no nascedouro, uma escola de formação de quadros do restauracionismo monarquista na República Velha, comandada pelos Ouro Preto/Affonso Celso e os Mendes de Almeida/Cândido Mendes.

## 2. AS TERRAS INDÍGENAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em dissertação de mestrado em Direito Econômico sobre o atual regime jurídico das TIs, Claudio Alberto Gusmão Cunha<sup>15</sup> esmiúça a história dos conceitos relacionados às TIs no Direito Constitucional brasileiro e seus reflexos nas discussões civilistas pátrias.

Segundo Gusmão Cunha, nossa legislação sobre matéria territorial indígena é avançada, ainda que a prática efetiva do empoderamento para o gozo e a administração dessas terras pelos índios seja quimérica. O hiato entre as realidades jurídico-legal e a social não foi e não é uma novidade para os brasileiros.

Gusmão Cunha tem uma visão otimista dos caminhos jurídicos para a defesa dos direitos territoriais indígenas, mormente após o advento da quadra constitucional de 1988:

Emerge claramente do seu enunciado [do Capítulo Dos Índios, da CR], além do reconhecimento da importância do índio na formação da nossa nacionalidade, que as sociedades autóctones brasileiras detêm a posse originária de um patrimônio territorial, fundada em direito congênito, anterior ao próprio Estado. A terra passa a representar o aspecto fundamental dos direitos assegurados aos índios, sem a qual expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo etnicamente distinto.

Contrariamente do que ocorre na sociedade envolvente, para os índios, a terra não constitui um bem econômico, a rigor, e sim um *habitat* que se presta à conservação de uma cultura própria. As suas perspectivas de futuro, como integrantes de coletividades diferenciadas, exigem, assim, necessariamente, a garantia de seus direitos territoriais, que se consolida mediante a demarcação das áreas por eles ocupadas.

As terras indígenas passaram, em face das atuais disposições constitucionais, definitivamente, a submeter-se a um regime jurídico especial, de caráter público (salvo quanto à forma de uso e divisão interna da terra, e de suas riquezas, feita de acordo com as próprias regras da comunidade, seu direito consuetudinário, hoje também respeitado pela Constituição). Assumiram a posição de uma categoria *sui generis* no Direito brasileiro, onde

<sup>15</sup> Cf. GUSMÃO CUNHA, Cláudio Alberto. *O atual regime jurídico das terras indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2000. 211 p.

figura o índio como ocupante legítimo, exclusivo, permanente e perpétuo; enquanto a União exerce sua titularidade apenas como sua proprietária.

Refletindo sobre o problema, sempre presente, da tentativa de compreender o regime jurídico das TIs na relação com o arsenal paradigmático que o Direito Civil aporta, Gusmão Cunha conclui seu trabalho, lembrando que essas aproximações não podem confundir o **estatuto das TIs, que não é civil, mas constitucional:**

Utilizando elementos de institutos jurídicos já consagrados do Direito Civil – posse e propriedade –, mas sem com estes confundir-se, a lei brasileira logrou criar uma situação peculiar para os povos indígenas e seus territórios: propriedade pública, da União, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente – regida, como destacamos, pelo direito interno de cada comunidade.

A sua especificidade reside, justamente, no fato de que a garantia da posse indígena, e não a sua propriedade, é que determina o conteúdo da terra, sendo oponível a qualquer ato ou negócio jurídico sobre ela incidente, inclusive eventual direito de propriedade.

A terra destinada à posse indígena não admite confronto jurídico – é, sempre, reconhecida melhor, cuja proteção prefere às demais.

A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte, além [de] impor à União o dever de demarcá-la – o que é feito através de ato administrativo complexo de natureza declaratória –, pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas, proclamando a nulidade absoluta e extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem à exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem a possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive indenizatórias, salvo, unicamente, quanto às benfeitorias necessárias e úteis derivadas da ocupação de boa-fé.

Indubitavelmente, a legislação indigenista brasileira é uma das mais avançadas em todo o mundo. De nada, porém, adiantam os avanços se a lei não é eficaz, em razão da omissão estatal, e se o próprio Poder Judiciário, quando provocado, demonstrando-se não sintonizado com os novos elementos conceituais introduzidos por nossa ordem jurídica, nega aos índios a possibilidade de torná-la efetiva. Com efeito, das 561 terras indígenas já reconhecidas pela Funai, em que pese de há muito expirados os prazos para a implementação das medidas administrativas para tanto necessárias, pouco mais da metade, o equivalente a 315 áreas, encontra-se definitivamente regularizada (demarcada, homologada e registrada). Outrossim, cerca de 85% delas são afetadas de alguma forma pela presença de invasores ou sofrem interferências externas.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Cf. GUSMÃO CUNHA, op. cit., p. 201.

O civilista José Theodoro Mascarenhas Menck<sup>17</sup> preleciona em sua pequena história da evolução dos direitos indígenas na América colonial lusitana e na hispânica, no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, no Império do Brasil e na República dos Estados Unidos do Brasil, que os sucessivos períodos históricos por que passaram os povos nativos da América, após a chegada dos europeus no Quatrocentos, são de muita complexidade jurídica.

No cômputo geral, pode-se afirmar livremente que as diversas legislações coloniais reconheciam aos indígenas uma “nacionalidade” totalmente diversa da de qualquer europeia e que isso levava os portugueses, no nosso caso, a dialogar, comerciar – e casar – com os índios amigos – e, obviamente, a guerrear com os índios inimigos. Iguamente ao que se dava com os demais europeus. Assim é que os monarcas filipinos (1580-1640), tanto quanto os bragantinos (1640-1808), permitiram aos indígenas do “Estado do Brasil” e do “Estado do Grão-Pará e Maranhão” uma ampla vivência de seus usos, costumes e tradições, somente consentindo na escravização de índios capturados em “guerras justas”<sup>18</sup>. De maneira que até o século XIX, e seu liberalismo e nacionalismo galopantes, o “índio”, no que hoje constitui o Brasil, não era visto como “cidadão” – ou seja, súdito do soberano português. Isso gerava forte autonomia para as diversas etnias da América portuguesa, ainda que a catequização cristã (aculturação luso-católica) se fizesse sentir e fosse responsável pela interação gigantesca de algumas culturas autóctones com as europeias.

Foi em decorrência da construção da nacionalidade brasileira pelos estadistas do Império – expressão nabuquiana clássica<sup>19</sup> – que os indígenas passaram a ser vistos como cidadãos nacionais, a quem se deveriam garantir direitos, mas a quem também se deveria “enqua-

<sup>17</sup> Cf. MENCK, José Theodoro Mascarenhas. O problema indígena perante o ordenamento jurídico das Américas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, ano XXII, n. 55, p. 93-139, set./dez. 1991.

<sup>18</sup> Conceito jurídico das Ordenações Afonsinas que proclamava a liceidade da guerra contra infiéis. O infiel não é o pagão (gentio), mas aquele que se contrapõe à fé cristã – credo em Deus Uno-Trino (Jesus Cristo como único Deus e único Salvador). Ou seja, os nativos das Américas e da Oceania eram pagãos; já os árabes (de maioria muçulmana) e os judeus eram infiéis.

<sup>19</sup> NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. Rio de Janeiro: Garnier, 1899. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/179441>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

drar” na brasilidade. O processo é extremamente sinuoso, com muitas situações pró e anti-índigenas, mas é fato que grande parte dos juristas interpretou a Lei de Terras de 1850 e seus diplomas consecutivos como supressores da antiga legislação colonial e, portanto, assimiladores forçados dos indígenas ao Estado nacional:

Importante passo no sentido de forçar a diluição e a incorporação do índio na sociedade brasileira foi feito com a promulgação da legislação agrária de 1850. Note-se que o escopo que se tinha em vista, quando da promulgação dessa legislação, era outro: regulamentar, de forma definitiva, o então já confuso problema dominial das terras brasileiras. O problema indígena foi abordado de forma secundária, e as consequências que dessa legislação advieram à situação jurídica do índio não eram almeçadas e nem mesmo, me atrevo a dizer, previstas pelo legislador.<sup>20</sup>

Após elucidar a evolução histórico-semântica do conceito de “terras devolutas” no Direito brasileiro do Oitocentos e demonstrar como as TIs passaram a ser encaradas como bens do Estado e não mais dos índios, o autor conclui que:

Tornou-se tradição (...) que as colonizações seriam realizadas nos territórios originários dos grupos indígenas, evitando-se, sempre que possível, o seu deslocamento. Já que, de acordo com a literalidade da norma legal acima recordada, das terras devolutas seriam reservadas porções para a colonização de índios, estaríamos diante de outro forte indício da natureza pública que as terras indígenas passaram a ter, na legislação brasileira, após a entrada em vigência da Lei das Terras de 1850.<sup>21</sup>

A seguir, Theodoro Menck relata a nocividade da legislação da Primeira República (1889-1930) para com os direitos indígenas, salientando a transferência, para os estados federados, da responsabilidade pela política indigenista de “catequese e civilização” (Decreto Presidencial n. 7, § 12, de 20 de novembro de 1889), e do domínio das terras devolutas existentes em seu respectivo território (*Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*, art. 64). Foi o coronelismo oligárquico da República Velha quem engendrou verdadeiro “apartheid” social no Brasil do século XX, fazendo com que índios, negros, mestiços e pobres de uma maneira geral fossem rechaçados e suas particularidades culturais, consideravelmente renegadas.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Cf. MENCK, op. cit.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Para a história da gênese da República e de toda a sua primeira fase, chamada de “Velha” ou de “Primeira”, veja-se, entre inúmeros outros: *A Republica na America do Sul* (Einsideln, Suíça: Benzinger, 1906), de Antonio Coêlho Rodrigues;



### 3. TERRAS INDÍGENAS E STF: UMA VELHA AMIZADE?

O escopo desta breve monografia, como já se aludiu, é perscrutar que muitas das batalhas referentes aos direitos dos índios sobre suas terras, com resultados pró e anti-índigenas, tiveram lugar, precisamente, no Supremo Tribunal Federal (STF), corte suprema da Justiça brasileira que ganhou seu nome atual com o advento da República, uma vez que antes disso havia o “Supremo Tribunal de Justiça do Império” (1828-1889)<sup>23</sup>.

Uma pesquisa mínima na seção de jurisprudência *on-line* do STF rapidamente mostrará que o resultado para “terras indígenas” é de algu-

---

*A consolidação da República* (Rio de Janeiro: Gráfica Laemmert, 1946), do Cel. J. B. Magalhães; *Da Monarquia à República* (São Paulo: Grijalbo, 1977), de Emilia Viotti de Costa; *Literatura como missão* (São Paulo: Brasiliense, 1983), de Nicolau Sevensencko; *Os radicais da República* (São Paulo: Brasiliense, 1986), de Suely Robles Reis de Queiroz; *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi* (São Paulo: Companhia das Letras, 1988), de José Murilo de Carvalho; *A República na Velha Província* (Rio de Janeiro: FGV, 1989), de Marieta de Moraes Ferreira; *A formação das almas* (São Paulo: Companhia das Letras, 1990), de José Murilo de Carvalho; *A invenção republicana* (Rio de Janeiro: Topbooks, 1990), de Renato Lessa; *Monarquia e monarquistas* (Recife: FJN, 1990), de Tito Franco de Almeida (texto de 1895); *Os militares e a República* (Rio de Janeiro: Zahar, 1995), de Celso Castro; *República brasileira* (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999), de Lincoln de Abreu Penna; *Sua Majestade o Presidente do Brasil* (Brasília: Senado Federal, 2000), de Ernest Hambloch; *A intervenção estrangeira durante a Revolta da Armada* (Brasília: Senado Federal, 2003), de Joaquim Nabuco (texto de 1895); *A ilusão americana* (Brasília: Senado Federal, 2003), de Eduardo Prado (texto de 1893); *Fastos da Ditadura Militar no Brasil* (São Paulo: Martins Fontes, 2003), de Frederico de S. (obra de Eduardo Prado, de 1890); *A República consentida* (Rio de Janeiro: FGV, 2007), de Maria Thereza Chaves de Mello; *Os porões da República* (Rio de Janeiro: Garamond, 2009), de Myrian Sepúlveda dos Santos; *Da monarquia à oligarquia* (São Paulo: Alameda, 2014), de Christian Edward Cyril Lynch; e *Alegrias e tristezas: estudos sobre a autobiografia de D. Isabel do Brasil*, de Fátima Argon e Bruno A. de Cerqueira, no prelo.

<sup>23</sup> O Supremo Tribunal de Justiça do Império, integrado por 17 juízes, foi instalado em 9 de janeiro de 1829, na Casa do Senado da Câmara, tendo subsistido até 27 de fevereiro de 1891. A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto Presidencial n. 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no decreto de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que instituiu o controle da constitucionalidade das leis, dedicou ao STF os artigos 55 a 59. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Histórico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 16 maio 2016.

mas centenas de ações. Isso porque o tema é *constitucionalizado* desde 1934, mas antes disso poderia ser considerado constitucional enquanto “constitutivo”, uma vez que dizia respeito, de modo muito evidente, à História do Direito territorial, agrário, fundiário e interno do Brasil.

No quadro abaixo, vê-se como aparecem as ações judiciais em que haja ocorrência do tema “terras indígenas”, ressaltando que o próprio Portal do STF indica que se trata de “decisões selecionadas”, o que aponta para a possibilidade de existência de mais processos:

### Quadro 1: Busca pelo assunto “terras indígenas” no Portal do STF

ACÓRDÃOS	135 documento(s) encontrado(s)
SÚMULAS	1 documento(s) encontrado(s)
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS *	468 documento(s) encontrado(s)
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA *	52 documento(s) encontrado(s)
QUESTÕES DE ORDEM	7 documento(s) encontrado(s)
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	111 documento(s) encontrado(s)

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

Nosso objetivo aqui é pincelar como pensaram os eminentes juristas brasileiros que pertenceram, ou ainda pertencem, ao “Pretório Excelso”, acerca do direito dito *originário* dos índios às terras que ocupam, naquilo que constitui hoje o território nacional brasileiro.

Nesse sentido, são feitas brevíssimas considerações sobre o método de investigação do problema colocado. O autor do trabalho é historiador de formação e, agora, finaliza o bacharelado de Direito. De modo que o texto será visivelmente historiográfico, ainda que se queira permeado de alguns aportes jurídico-legais e teórico-jurídicos. O trabalho se utiliza tanto da História do Direito Constitucional, do Direito Indígena e do Direito Agrário, quanto de trabalhos mais fortemente historiográficos que discutem a transição do Brasil oitocentista para o novecentista.

Não foi possível entrevistar-se pessoalmente com os ministros Gilmar Mendes e Carlos Ayres Britto, conforme se planejava no início do projeto, para perquirir maiores dados sobre o processo de julgamento da TI Raposa Serra do Sol. Serão necessárias outras oportunidades.

#### 4. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR (1856-1923)

Nascido em São Paulo quando seu pai servia como juiz de direito, João Mendes Junior toma o rumo familiar do Largo de São Francisco e se bacharela em 1877, tornando-se lente (doutor) em 1880. Ativo líder abolicionista na região de Mogi-Mirim/SP, aí participa da campanha redentora, dirigindo a gazeta local. É ameaçado de morte e a vê de perto, na tragédia que ceifa a vida do amigo, o delegado de polícia Joaquim Firmino de Araújo Cunha (†11/2/1888), símbolo da resistência ao escravismo radical de parte dos fazendeiros paulistas, trucidado em Penha do Rio do Peixe (Itapira)<sup>24</sup>.

Em agosto de 1889, é aprovado em concurso público para o cargo de lente catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo; seu pai escreve a D. Pedro II (1825-1891) e ao conselheiro marquês de Paranaguá (1821-1912) solicitando a nomeação do filho, em maio e junho de 1889.<sup>25</sup> A quartelada de novembro de 1889 o impede de ascender ao magistério, visto que sua família era monarquista e fiel à dinastia deposta. Entre 1889 e 1891 retira-se da vida pública; em março de 1891 é finalmente nomeado para o cargo e passa a lecionar Direito Canônico, Criminal e Civil. Tem-se que foi professor amado dos jovens estudantes que, na época, sofriam com a rígida disciplina do curso de Ciências Sociais e Jurídicas.<sup>26</sup>

Por fim, em 11/12/1916, o presidente Wenceslau Braz Pereira Gomes (1868-1966) o nomeia para o STF, algo que foi louvado pela imprensa da época, uma vez que não se tratava de nomeação mais política do que técnica. Couto de Magalhães Sobrinho, na crônica semanal que escrevia, assim se refere à nomeação do ministro:

Quasi não se acredita. O governo federal nomeou o dr. João Mendes Junior ministro do Supremo? Realmente é para a gente boquiabrir-se de pasmo e desmandibular-se de surpresa! Estavamos habituados a ver a União alçar ao Olympo da Justiça os *gros bonnets* da política militante, deixando de parte os verdadeiros juristas, aqueles que por seus méritos,

<sup>24</sup> Cf. ALONSO, Angela. *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1868-88)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 328.

<sup>25</sup> Cf. Arquivo Histórico do Museu Imperial/Ibram/MinC. Maço 200 – Doc. 9062.

<sup>26</sup> Cf. BUZAID, Alfredo. *João Mendes de Almeida Junior, aspectos de uma grande vida*. Conferência proferida na Faculdade de Direito de S. Paulo, no dia 29 de outubro de 1956, por ocasião das comemorações do primeiro centenário de João Mendes de Almeida Junior, p. 81.

eram os únicos dignos da alta investidura. E eis que, de repente, bem inspirada, a União muda de rumo (...) num gesto que desperta aplausos em toda parte, estende a mão ao nosso primeiro mestre de Direito e convida-o a tomar assento no Supremo Tribunal. Ah! Si o governo procedesse sempre assim! Não é o dr. João Mendes Junior quem merece parabéns, mas o dr. Wenceslau Braz, pelo acerto da escolha. (...) O novo e venerando ministro está identificado de tal forma com a Lei, as Ordenações, as Institutas e os praxistas, que só respira Vallasco e Pegas e só se acha bem quando comenta Cujjaccio, interpreta o *Digesto* e sonha com Pothier. Almoça Direito Romano, janta praxe forense e ceia o Código Civil. Não alterará de *menu*, entrando para o Supremo, pois ali continuará a ser o mestre e o jurisconsulto; em vez de ensinar aos jovens estudantes, ensinará aos velhos, que com elle terão sempre o que aprender. Sacerdote da lei, não se intrometterá em politica, que, na corrupta acepção em que é tida hoje em dia, não se compadece com aquella (...).<sup>27</sup>

João Mendes de Almeida Junior faleceu no Rio de Janeiro, em 25/2/1923, tendo sido sepultado no Cemitério da Consolação em São Paulo.

Bem resume o ministro Alfredo Buzaid (1914-1991) a inserção histórica de Mendes Junior no STF:

Quando em princípio de 1917 João Mendes Junior assume o lugar de Ministro do Supremo Tribunal Federal, já não eram satisfatórias as suas condições de saúde. Lá permaneceu por mais de um lustro. Os acórdãos ou votos, que redigia, eram geralmente curtos; continham o essencial. Sua preocupação era exprimir com clareza o julgamento do Tribunal, só mui raramente é que illustrava o acórdão com a lição dos doutores, selecionados com rigor e transcrita com toda oportunidade. Era, porém, nas discussões em plenário que revelava o esplendor de sua vasta cultura e invejável erudição. (...) JOÃO MENDES JUNIOR era o argumentador, lógico e frio; conhecendo profundamente a história, o direito e a filosofia, invocava a cada passo os textos romanos, aplicáveis aos casos concretos; a doutrina dos antigos juristas portugueses lhe era tão familiar como o último estado da ciência jurídica dos povos civilizados; não procurava impor sua opinião; mas porfiava na defesa da boa doutrina. Seus votos tinham a serenidade de um raio de sol. Quando discrepava do sentir da maioria, limitava-se a assinar vencido.<sup>28</sup>

Ou, nas palavras do portal oficial do STF, “sua passagem pelo tribunal ficou assinalada por uma série de magistrats arestos que abrihantaram a coletânea da jurisprudência nacional”.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Cf. COUTO DE MAGALHÃES SOBRINHO, José Vieira. *Nomes do dia*. (Coletânea de crônicas). Secção de obras de *O Estado de São Paulo*, 1917, p. 27.

<sup>28</sup> Cf. BUZAID, op. cit., p. 94 e 95.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *João Mendes Junior*. Secção *Ministros*. Dis-

## 4.1 O indigenato mendesiano

O jurista, um dos maiores de nossa história pátria, é o “pai” da **teoria do indigenato brasileiro**. Em três conferências proferidas na *Sociedade de Etnographia e Civilização dos Índios de São Paulo*, em 1902, Mendes Junior teorizou o que seria esse indigenato.<sup>30</sup>

Afinal, o que constitui esse instituto jurídico, altamente citado mas pouco conhecido e que perfaz o edifício dos direitos dos índios às terras em que habitam? As respostas, as temos na leitura do trabalho publicado em 1912: *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*.

As três preleções na tal sociedade etnográfica compõem uma defesa acérrima dos direitos políticos dos índios no Brasil, esclarecendo os inumeráveis padecimentos que a “raça índia”, como então se dizia, sofreu, desde que os avoengos lusos aportaram na Terra de Santa Cruz.

O texto é prenhe de dados históricos sobre as idas e vindas, as contradições profundas que a legislação régia portuguesa reservou ao assunto “índios” nos três séculos colonizatórios.

Na primeira conferência (*Os indígenas no regimen da Federação*), Mendes Junior explica o processo colonizatório norte-americano e aponta como o reino inglês e, depois, os Estados Federados da América do Norte passaram a lidar com os índios e suas terras. Evidentemente tanto lá quanto aqui a barbárie sempre ocorreu, mas as generalizações servem pouco ao trabalho historiográfico. De modo que Mendes Junior elucida que, após a fase emancipacionista, guardou-se o espírito da administração colonial, no sentido de encarar as comunidades indígenas como “potências”, isto é, entes autônomos

---

ponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=144>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

<sup>30</sup> Importante salientar que a Mendes Junior não escapava a noção de que o “indigenato” brasileiro que estava formulando guardava alguma relação com o chamado *Jus Indigenatus*, que existia no antigo Sacro Império Romano-Germânico, especialmente em terras austríacas e boêmias, mas, depois do XV, também na Prússia. Muito resumidamente, o *indigenatus* era o direito de um nobre de uma dada localidade exercer algumas funções públicas. O nobre forasteiro que chegasse a uma terra deveria praticar uma “indigenização”, isto é, tornar-se um local, para que sua família pudesse exercer determinados ofícios. O *jus indigenatus* (*Indigenat*, em alemão) é também conhecido como “*Inkolat*” em alguns textos sobre Direito Nobiliárquico germânico. Cf. verbete “Indigenat” no portal *Deutschen Adelsrechtsausschusses*. Disponível em: <<http://www.adelsrecht.de/Lexikon/IJ/Inkolat/inkolat.html>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

dentro dos Estados. Os assuntos indígenas sempre foram tutelados pelo governo federal, diz ele, nunca pelos estaduais. Desde o primeiro presidente, general George Washington (1732-1839), foram sucessivas as denúncias do jugo de indígenas no território das antigas Treze Colônias, agora em expansão para a formação dos EUA. Em 1795, Washington denunciou as crueldades no Congresso, nos mesmíssimos termos que, aqui, Bonifácio fazia: só se pode esperar justiça dos índios se formos justos com eles.

No ano seguinte, o Congresso votou um *Act* que tentava proteger as terras indígenas da sanha dos colonos. O estatuto jurídico dessas terras, segundo Mendes Junior, foi analisado por juristas europeus em diferentes obras: para uns elas constituíam “Estados” dentro de Estados Federados; para outros eram entes autônomos, mas não Estados, visto que a União é soberana nos EUA, seja perante os estados-membros, seja perante as comunidades indígenas. Mas diga-se que até hoje as TIs são, nos EUA, entes autonomizados, ainda que não sejam Estados da Federação.

Foi longo e complexo o processo de adaptação do regime jurídico das TIs norte-americanas até a época em que escrevia nosso autor. Dentro da Suprema Corte, ora se consideravam as TIs como *nações dependentes*, com usufruto pleno de suas terras ancestrais, ora se consideravam como “Estados”, que podiam ingressar em juízo contra a unidade federada em que se encontrassem. Em 1869, um ato da República declarou que os índios eram “pupilos” do governo (órfãos). Em 1871, um novo ato do Congresso declarou que nenhuma nação ou tribo “indiana” seria reconhecida como poder independente.<sup>31</sup>

Ao analisar a administração inglesa anterior à norte-americana, nosso autor vê vantagens. Os anglos teriam sido, desde o início, mais respeitosos com as autoridades indígenas da América. Jamais teriam permitido a escravização oficial de indígenas e teriam consentido em doações territoriais apenas em nome do rei inglês, que mandava dispor de terras em que não houvesse aldeias indígenas. Segundo Mendes Junior,

(...) cada colonia ficava em pé de igualdade em face das tribus vizinhas, quer quanto ao commercio quer quanto à compra de terras (...) até que a

<sup>31</sup> Cf. MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e politicos*. São Paulo: Typographia Irmãos Hennies, 1912. p. 10.

sorte da guerra (...) trazia como resultado da derrota dos índios a escravidão dos vencidos.<sup>32</sup>

A nós, hodiernamente, parece difícil ver em que eram tão superiores os ingleses nesse processo, haja vista que agiam similarmente aos portugueses...

A Guerra de Secessão (1861-1865), diz nosso autor, mudou as coisas para os índios – estranho seria se tivesse sido diferente. Continuou-se a política de tratados entre governo central e *tribus* indígenas, mas os abusos e os morticínios não se podiam conter, muitas vezes.

Em 1869, informa Mendes Junior, votou-se uma verba de 2 milhões de dólares para o “serviço dos índios” e uma comissão de “filantropos” foi encarregada de fiscalizar e gerir essa verba: “*A comissão denunciou muitas malversações e peculatos na Repartição dos Índios e prestou outros reaes serviços.*”<sup>33</sup>

O entendimento de que o regime jurídico das TIs tinha de mudar começou a se esboçar nessa mesma época no Brasil. Não se podiam aceitar *nações indígenas*, fosse nos Estados Unidos, fosse no Império do Brasil. Só havia um Estado-Nação; os índios deveriam rumar para a “nacionalização”; deveriam se tornar cidadãos exemplares, com a cultura/civilização que esses novos estados nacionais lhes apresentavam como correta, progressista, supressora de sua “degradação, indolência, barbárie”. Desnecessário apontar as incongruências e incoerências de discursos que pregavam a inexorabilidade do processo civilizatório de matriz europeia e que conviviam com as práticas recorrentes de “caçadas” a índios, estupros e apossamento de índias e etnocídios seguidos.

Em 1871, novo *Act* tornou os índios norte-americanos órfãos – tal como se dera com os “nossos”, pela Lei de 1831. E daí em diante uma sucessão de leis e atos foram sendo votados e encaminhados pelo governo federal sobre os índios e suas terras. Em 1887, um novo diploma delimitava que haveria diferença entre *Indian Country* e *Indian Reservation*. Mendes Junior informa – é bom lembrar que ele fala em 1902, mas publica seu trabalho em 1912, um ano e pouco depois da criação do SPILTN – como funcionava o órgão de proteção aos índios estadunidense. Havia uma estrutura comissarial nacional, dentro da Secretaria (Ministério) do Interior, dividida em

<sup>32</sup> MENDES JUNIOR, op. cit., p. 11.

<sup>33</sup> Ibid., p. 15.

comissariados locais. O interessante é que os próprios índios parece que dirigiam as *Courts of Indian Offences*, com competência para julgar crimes internos, além de instâncias de coibição do tráfico de bebidas alcoólicas. Havia escolas especiais para os índios estabelecidas pelo governo etc. – ele cita especialmente a *Carlisle Indian Training School*, onde os índios se “graduavam” em quatro anos, aprendendo língua inglesa, história dos EUA, geografia, aritmética e música. A seguir, ele informa que dessa importante escola saíam meninas índias que, com todo escrúpulo, eram encaminhadas para famílias importantes para trabalharem em suas casas.<sup>34</sup>

Com efeito, Mendes Junior finaliza sua preleção sobre o indigenismo estatal norte-americano enaltecendo os esforços civilizatórios daquele povo e exortando o Brasil a fazer o mesmo, sobretudo a antiga província paulista:

O Estado de S. Paulo tem imitado o Estado da Virginia em muita cousa; deve imital-o tambem no fornecimento de meios de desenvolver e aperfeiçoar a raça nacional, cujo sangue é o sangue da terra; sangue que é formado na nossa bella natureza, nessa mesma natureza que reconstituiu o sangue de nossos paes europeus e que ainda reconstitue o da nossa brilhante corrente immigratoria, na constante renovação do plasma. Somente assim, senhores consócios, constituiremos não uma manta de retalhos, mas um povo ligado pela solidaderiedade do sangue indigena; somente assim seremos a Nação Brasileira.<sup>35</sup>

A segunda conferência na Sociedade Etnográfica nos interessa de perto, pois nela Mendes Junior elucida bem os meios pelos quais a legislação régia portuguesa, mormente a partir da ascensão da Casa Ducal de Bragança ao trono português (1640), tentou, ainda que muitas vezes contraditoriamente, açambarcar a proteção aos índios e seus direitos territoriais. Após lembrar que a colonização no interior do território luso-americano se deu com muitos “plebeus”, Mendes Junior ressalva que muitos fidalgos aportaram na terra brasílica até que as bases colonizatórias fossem se ficando, para administrar em nome do monarca português os vastos domínios. Não é sem razão que nosso autor aponta serem os membros das famílias aristocráticas brasileiras eivados de ancestralidade indígena. Sendo filho de um importante genealogista e jurista, Mendes Junior sabe como ninguém demonstrar

<sup>34</sup> MENDES JUNIOR, op. cit., p. 18.

<sup>35</sup> Ibid., p. 19.



que o “sangue índio” estava completamente entroncado nas linhagens tradicionais que se consideravam fundadoras da “nacionalidade”.

Reputando os indígenas de São Paulo como organizados política, jurídica e hierarquicamente, nosso autor diz que:

O direito civil dos indígenas, nas relações de família, está bem descripto pelo Padre Ivo d'Evieux e pelo Dr. João Mendes (Notas Genealógicas, pag. 312 e seguintes); e quanto à propriedade e obrigações, as cartas dos Padres Nobrega e Anchieta revelam o respeito que eles tinham á fé dos contratos e ás solemnidades de que os revestiam, e os padres Montova e Figueira as denominações que eles davam a títulos de direito, correspondentes á compra e venda, á doação e a outros.<sup>36</sup>

É fundamental identificar que essa assimilação/versão/leitura dos índios no que tange aos institutos jurídicos reinóis não é algo puramente cerebrino de nosso autor, como se verá a seguir. Diante do *império das circunstâncias*, de que as terras em que antes viviam e das quais se ausentavam por guerras ou decisões políticas grupais, agora seriam disputadas belicamente por outros que não somente os ameríndios, nossos povos indígenas teciam suas novas alianças e construía novas estratégias de sobrevivência.

O pensamento mendesiano é, ainda, fortemente assimilacionista e integracionista para os povos indígenas. Filho de seu tempo, é difícil pensar que ele imaginasse os índios do Brasil, no início do século XXI, podendo se manter em grupos isolados e desprotegidos, à mercê de toda espécie de intempéries e barbarismos dos não índios.

Ele destrincha com maestria a legislação lusitana – do Quinhentos ao Oitocentos – sobre os direitos dos índios às suas terras e ao livre gozo de suas liberdades, explicando que as leis, os alvarás e as cartas régias foram contraditórias umas com as outras e que aquelas que defendiam os índios e até nobilitavam a descendência de casais luso-ameríndios acabavam por ser distorcidas nas empresas práticas da colonização. O bom *insight* de nosso autor é indicar que essas legislações, se por um lado desguarneciam os índios, quando permitiam sua escravização em “guerras justas”, por outro lado ressaltavam sempre que as *tribus* tinham seus principais e maiores e que era a estes e não às autoridades coloniais que deviam obediência. Todavia, o rei português aparece nos discursos quinhentistas, seiscentistas ou setecentistas como a suprema autoridade, o “pai dos pais”, a quem

<sup>36</sup> MENDES JUNIOR, op. cit., p. 28.

qualquer indivíduo ou grupo existente em seus domínios americanos poderia recorrer. De modo que os “príncipes” ameríndios do território luso-americano que quisessem aceitar a “vassalagem” ao monarca lusitano certamente ganhavam benesses, honrarias, mercês, títulos nobiliárquicos e doações territoriais. Sobre o assunto assim me referi no Anexo II do *Manual de redação oficial da Funai* (nota 35):

Na colônia luso-americana (1500-1808), autoridades indígenas assimiladas pela cultura portuguesa foram nobilitadas e reconhecidas como legítimas, a partir do momento em que aderiam ao *statu quo* e juravam obediência ao monarca português. O exemplo histórico mais cabal desse processo talvez seja o de D. Antonio Felipe Camarão (1591?-1648). O cacique potiguar foi um dos mais combativos militares na Guerra dos Guararapes, o grande conflito que opunha os neerlandeses e germânicos que ocupavam pequena parte do atual território nordestino brasileiro, e as autoridades lusas. Potiguaçu, batizado “Felipe” por causa de D. Filipe II de Portugal (1578-1621) – D. Felipe III de Espanha –, em 1614, lutou sempre ao lado dos castelhanos e portugueses – era a época da União das Coroas Ibéricas. Em 1635, ele foi titulado por D. Filipe III de Portugal (1605-1665) “Capitão-Mor dos Índios do Brasil” e, dois anos depois, recebeu o hábito da Ordem de Cristo, o foro de Fidalgo Cavaleiro da Casa Real e o título nominal de *Dom* – mercê que é hereditária quando constituída como tal. D. Filipe Camarão chegou a participar da primeira das batalhas de Guararapes, falecendo em 24 de agosto de 1649 e sendo sucedido pelo sobrinho, D. Diogo Camarão.<sup>37</sup>

Dito de outro modo, a autonomia indígena era garantida por diplomas legais vários, em que somente passavam a ser “portugueses” os índios que assim o quisessem.

Tentando fazer um histórico mais apurado da diferenciação que passou a haver entre os índios *aldeados* (em processo de aculturação), os *administrados* (já bastante aculturados) e os *não aldeados* (guerreiros que se embrenhavam nas matas e guardavam ódio dos conquistadores), Mendes Junior defende que dos primeiros grupos foram surgindo os municípios brasileiros, conforme as memórias dos padres catequistas e os importantes documentos que passaram a ser escritos após a edição

<sup>37</sup> Cf. ANTUNES DE CERQUEIRA, Bruno da Silva. Dos títulos e tratamentos protocolares no âmbito da Redação Oficial. In: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Manual de redação oficial da Funai*. Brasília: Cogedi-CGGE-Dages-Funai, 2015. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Outras\\_Publicacoes/Manual\\_de\\_Redacao\\_Oficial\\_da\\_Funai/Anexo%20MRO-Funai.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Outras_Publicacoes/Manual_de_Redacao_Oficial_da_Funai/Anexo%20MRO-Funai.pdf)>. Acesso em: 1º set. 2016.

do Decreto Imperial n. 426/1845 – ele aponta as *Memorias* do Brigadeiro José Joaquim Machado de Oliveira (1790-1867), nas quais se esmiúçam os detalhes dos processos de *aldeamento* dos índios em São Paulo e a forte miscigenação daí decorrente entre “índios” e “brancos”.

Em 1755, diz Mendes Junior, “*El-Rei D. José I, ouvido voto unanime de seu Conselho e outros ministros*”, afirma que a causa da dispersão dos índios – leia-se a falta de tato e de destreza na assimilação compassiva dos indígenas – “*consistiu e consiste ainda em se não haverem sustentado efficasmente os ditos Indios na liberdade, que a seu favor foi declarada pelos Summos Pontifices e Senhores Reis meus Predecessores*”.<sup>38</sup> A esta lei soberana foram anexados os diplomas anteriores, que reiteravam o direito à posse indígena como sendo algo inoponível e inexpugnável:

Art. terceiro – Que esses indios nem serão obrigados a pagar fôro ou tributo das ditas terras, ainda que sejam de sesmarias, a pessoas particulares, porque na concessão de sesmarias se reserva sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda, ser reservado o prejuizo e direito dos indios, primarios e naturaes senhores dellas.

Após breves considerações racialistas meio destoantes aos olhos das Ciências Sociais hodiernas, e após ir nomeando os personagens célebres da colonização que eram uns mais brandos, outros mais cruéis, nosso autor relembra que a vinda da Corte, em 1808, não trouxe alegrias aos índios de Minas Gerais e São Paulo, uma vez que os governadores locais convenceram o príncipe regente D. João da necessidade de exterminar os *bugres* que faziam guerra aos colonos e que seriam, todos, antropófagos. Essas cartas régias, de maio, novembro e dezembro de 1808, ensejam o desapareço e a repulsa que se tem pela gestão dos problemas indígenas no período joanino. Mendes Junior deixa claro que as justificativas para a mortandade dos índios eram falsas e que somente se visava ao apossamento das TIs e à escravização dos índios.

Na terceira e última conferência, Mendes Junior quer explicar como ficaram os índios após a Independência e como ainda se encontravam em 1912. É nesse texto que ele se põe mais detidamente a ir teorizando o que seria o *indigenato*.

Nosso tratado de reconhecimento da Independência (1825) teria mantido a ordem jurídica anterior, no que tange aos índios – autonomia tribal. Mas, tendo se conformado como império unitário e não

<sup>38</sup> Cf. MENDES JUNIOR, op. cit., p. 33.

federativo, as províncias não teriam supremacia em assunto algum do Estado, de modo que o Decreto Imperial n. 426/1845 reforça, em seu artigo 2º, parágrafo 5º, que, “*mesmo nas aldeias, isto é, mesmo nas aldeias de índios civilizados, o director ‘irá de acordo, quanto se possa, com o maioral dos mesmos índios’*”<sup>39</sup>.

Mendes Junior passa a descrever a narrativa do general José Arouche de Toledo Rendon (1756-1834), um dos grandes juristas paulistas de princípios do XIX – organizador do ensino jurídico em São Paulo. O general Arouche escreveu a *Memoria sobre as aldeias de índios da provincia de São Paulo*, publicada no quarto volume da *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB)* (1842). A história do processo colonizatório territorial é uma história de violência e de barbárie, segundo os escritos do militar-jurista, reproduzidos por nosso autor. As conclusões de Arouche acusavam a catequese jesuítica e franciscana de “atrasarem” a civilização dos índios e acabarem por permitir os aprisionamentos e escravizações pelos colonos, uma vez que estes eram mais fortes que os padres; além do fato de que muitos religiosos obviamente faziam de “servos” aos “pobres índios”, como o texto narra.

O general Arouche, contudo, lembre-se, era um *coimbrão* de formação – muito provavelmente maçom –, como tantos de seus coetâneos, e é certo que devesse ter fortes críticas ao jesuitismo e ao franciscanismo no labor indigenista do XVI ao XVIII. Não se quer com isso pôr em redoma de vidro os principais religiosos que catequizaram os índios no território luso-americano. Quer-se apenas salientar os locais de fala dos autores. É certo que o general Arouche, com sua *Memoria*, auxilia grandemente o historiador e o jurista atuais na pesquisa sobre o desenvolvimento do indigenismo estatal brasileiro em meados do XIX, quando resgata a história do Seiscentos e do Setecentos. Mas é necessário ter acurácia na análise.

Arouche lembra que a deserção dos índios de São Paulo, no início do XVII, fez com que levas e levas fossem para Goiás, Cuiabá, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Ele está a falar dos Guaranis, mormente. Com isso, em outubro de 1623, uma carta régia mandava que, ao irem ao sertão apanhar índios, os colonos fossem obrigados a separar um quinto deles para as aldeias de Sua Majestade. Pouco crível que obedecessem. Por fim, o general Arouche relata os cál-

<sup>39</sup> Cf. MENDES JUNIOR, op. cit., p. 43.

culos de divisão dos proventos que ganhassem os índios com seu trabalho: um terço seria seu, outro da Igreja (pároco) e outro para o diretor. Arouche denuncia quão desumano era o sistema e informa, ainda, que a Câmara Municipal permitia o esbulho das terras, com a complacência e a autorização dos juízos locais.

A par de tantas crueldades, Arouche assinala que D. João V, por meio da Carta Régia de 3 de março de 1713, mandava restituir aos índios as terras que lhes tinham sido usurpadas. Cioso da pauliceia, Mendes Junior lembra:

Note-se que entre ministros de D. João V, havia um paulista, Alexandre de Gusmão, que, para honra e gloria nossa, concorreu para esses e outros actos daquele reinado. Infelizmente, esse acto foi sempre sophismado em sua execução.<sup>40</sup>

O interessante é o general Arouche narrar que mandou batizar um seu empregado, indígena, que é “*homem robusto de muitas forças, e bom trabalhador na agricultura: eu o fiz baptisar na freguezia de Santa Ephigenia como homem livre de nascimento*”; finaliza com a admoestação de que “*convem extinguir para sempre o barbaro sistema de atacar os indios como inimigos*”...

A seguir Mendes Junior enaltece duas outras *Memorias*: a do brigadeiro Machado de Oliveira (1845-46), já citada, e a do Dr. Joaquim Antonio Pinto Junior (1862), todas dando conta do processo tortuoso de “*adaptação*” à força dos índios à condição brasílica e, depois, brasileira.

Mendes Junior acresce que, diferentemente do processo norte-americano, no qual a miscigenação étnica foi infinitamente menor, entre nós ocorreu que aldeias indígenas tornaram-se vilas e/ou municípios. Àqueles que não quiseram se *lusificar* – para usar termo caríssimo a Gilberto Freyre (1900-1987) – restou, segundo nosso autor, “*constituir hordas errantes ou a habitar aquillo que chamamos terreno desconhecido*”. A teor do artigo 6º da Constituição Política do Império do Brasil, eram todos, já que nascidos em território nacional, **brasileiros**. Depois ele passa às discussões ainda muito candentes em seu tempo: quem seriam os descendentes dos índios naquela década de 1910 que não mais seriam índios, visto que não habitantes de aldeias. Ele rechaça, parcialmente, a argumentação de Mello Moraes Filho (1844-1919), de que nem mais *caribocas* se via no interior, pois

<sup>40</sup> MENDES JUNIOR, op. cit., p. 45.

na hibridação teriam desaparecido, sendo as “raças” europeias mais predominantes. Mendes Junior refuta que os paulistas em geral são descendentes em “linha reta” dos índios e por isso “*os signaes ethnographicos indicam um typo mais proximo do europeu, porem diferente quer de europeu, quer de mulato. Só depois de 1570 é que principiam a entrar africanos e a grande massa entrou depois de 1755*”.

Adentrando aquelas que ainda constituíam discussões etnográficas de seu tempo, Mendes Junior quer tentar entender a mestiçagem ameríndio-brasileira e, ao mesmo tempo, o fenômeno de ainda haver índios em “hordas”. Nas imbricadas teorias racialistas de seu tempo, mistura-se com facilidade Aristóteles (384-322 a.C.), Crisipo de Solis (280-208 a.C.), Galeno de Pérgamo (129-217 d.C.), Santo Tomás de Aquino (1225-1274) e diversos outros filósofos. As discussões nos parecem, como já se disse anteriormente, meio surrealistas. Mas a verdade é que elas acabavam por gerar, em Mendes Junior, a defesa incondicional dos índios e de seus direitos. Ele arguia que os índios tinham os mesmos sentimentos que os europeus, então considerados superiores, *per se*, a qualquer outro povo da Terra:

A realidade é que a alma indígena americana pensa, julga, raciocina, coordena raciocínios, com o mesmo vigor de atenção, reflexão, analyse, synthese, comparação e apprehensão comparativa; a alma indígena está sujeita as mesmas paixões a que está sujeita a alma européa, mostrando, porem, superioridade na temperança, na energia e na paciencia e até, digamos a verdade, até na justiça e na caridade.

A alma do descendente de indígena cruzado com europeu, é tão vigorosa, e às vezes mais vigorosa do que a do puro europeu ou do puro indígena; e tem a vantagem de unir a ambição do europeu à longanimidade do indígena, temperando uma pela outra.<sup>41</sup>

Após essas belas palavras, nosso autor resvala para a ambiguidade da época: os índios e os seus descendentes estariam se degenerando pela endogamia e pelo alcoolismo. Os imigrantes europeus que são, segundo ele, mais feios do que os brasileiros de então, se contaminavam pela brasilidade indígena e misturada e acabavam por se tornar um “*outro homem, isto é, torna-se uma alma generosa, digno e modesto de atitude, compassivo de coração; emfim, identifica-se com a indole brasileira, como se aqui tivesse nascido*”<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Cf. MENDES JUNIOR, op. cit., p. 51.

<sup>42</sup> Ibid., p. 52.

A seguir ele explica os efeitos sociais do marco legal orfanológico para os índios (1831). Os administradores encarregados pelas Câmaras do cuidado com os índios e suas terras eram aproveitadores, na maioria das vezes. A fiscalização era, portanto, improficua e pífia.

#### 4.2 O regime jurídico das terras indígenas na teoria mendesiana

Nosso autor, grande conhecedor das leis avoengas pelo culto das letras jurídicas em sua família, arrola toda a legislação referente ao instituto das *sesmarias*, lembrando que a doação régia vinculava os donatários a trabalharem a terra e que as terras dos índios não poderiam ser inseridas nas sesmarias, visto que incidia o chamado “prejuízo”, isto é, a reserva ao indigenato; os diplomas repetiam a fórmula de que se ressalvasse o “*direito dos Índios, primarios e naturaes senhores dellas*” – das terras por eles ocupadas.

A Lei de Terras de 1850<sup>43</sup> reforça a vedação à concessão de sesmarias que uma antiga resolução do príncipe regente D. Pedro havia firmado em 1822. O ordenamento constitucional de 1824 cala sobre os modos de ocupação fundiária, azando o aumento da ocupação posseira. Tentava-se, com isso, aumentar o povoamento dos sertões, e o problema estrutural-organizativo, na boa tradição lusa, era procrastinado.

Da Lei de Terras nasceram os efeitos práticos do que se considerariam *terras devolutas* do Brasil. Seriam elas:

- 1) As terras que não se achassem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;
- 2) As que não se achassem em domínio particular por qualquer título legítimo nem fossem havidas por sesmarias e outras concessões do governo geral ou provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;
- 3) As que não se achassem dadas por sesmarias e outras concessões do governo que, apesar de incursas em comisso, foram revalidadas pela Lei;
- 4) As que não se achassem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem por título legal, fossem legitimadas pela Lei.

<sup>43</sup> Cf. BRASIL. *Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2016.

As posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, e que se achassem cultivadas – princípio da finalidade social do uso da terra, que muitos pensam ser novidade novíssima do século XX – ganhavam novas regras para legitimação e registro.

Ora, diz Mendes Junior, os índios estavam alheios a todas essas determinações, de modo que, no contato entre os *sertanejos* e os índios, os últimos eram respeitados por alguns, mas barbaramente assediados e roubados por outros. Daí as carnificinas, segundo o próprio autor<sup>44</sup>.

A Lei de Terras, em seu artigo 12, parágrafo 1º, reserva parte das terras devolutas para a “*colonização dos indígenas*”. O Regulamento n. 1.318/1854 estatui que a reserva para a “*colonização e aldeamento dos indígenas nos distritos em que existirem hordas selvagens*” não se confunde com o reconhecimento de que as TIs já existentes nos antigos aldeamentos (coloniais) eram de ocupação e posse permanente dos índios. Mendes Junior chega a esmiuçar a argumentação que se faz tão premente e atual para as TIs, que a Funai e as comunidades indígenas são chamadas a gerir em conjunto:

(...) Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exhibam os registros de suas posses. Parece-nos, entretanto, que outra é a solução jurídica: desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles ocupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hypothese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito á reserva, fundado no Alvará de 1 de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita á legitimação e registro.<sup>45</sup>

A seguir, nosso juriconsulto lembra que o *colonato* e o *indigenato* podem, ambos, dar origem à municipalização. Contudo, o colonato de índios só ocorria quando eles eram aldeados fora de seu lugar de origem. Sabe-se que houve centenas de aldeamentos que misturavam as mais diversas etnias, às vezes ferrenhas inimigas históricas. Trata-se da evolução do Direito português, tendo por base o Direito Romano. O indigenato, diz Mendes Junior, não é a **única verdadeira fonte** da posse territorial, pois isso seria, em sua vidão, aderir ao pensamento de Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) – um dos formuladores do

<sup>44</sup> Cf. MENDES JUNIOR, op. cit., p. 57.

<sup>45</sup> Ibid.



anarquismo contemporâneo. Mas desde os antigos filósofos gregos se reconhece que o indigenato é um *título congênito*, ao passo que a ocupação posseira é um título adquirido.

Lembrando os ditames do alvará bragantino de 1680 e a filosofia aristotélica – que agrega ao nascimento humano valores jurídicos e sociais inerentes a sua condição (*estado*, nos termos de época) ou, em outras palavras, que considera os seres humanos diversos pelo seu nascimento –, Mendes Junior teoriza que o indigenato independe de registros, legitimações, requerimentos e rogos:

O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (...), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato é que melhor se applica o texto do jurisconsulto Paulo: – *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*.

Para confirmar sua tese, ele cita que o artigo 24 do Regulamento n. 1.318/1854 reconhece, portanto, a existência do primeiro ocupante que tem título distinto de sua primeira ocupação. Qual seria esse título distinto, senão o indigenato, a posse aborígene (?), pergunta nosso autor. Seguindo seu raciocínio sobre a *posse originária* dos indígenas brasileiros, ele lembra que, estando submetidos ao estatuto orfanológico, não podem, sem assistência judicial, alienar suas terras, mas lembra que essa cautela se relaciona integralmente à perspectiva de evitar-lhes investidas dolosas de não índios. Trata-se da visão protetivo-tutelar de que se falará abaixo, na referência ao ministro Themistocles Brandão Cavalcanti.

Lembrando o exemplo histórico estadunidense, em que os índios foram gradativamente vendendo suas terras ao governo federal – isto é, foram sendo compensados pelos esbulhos praticados, por meio de indenizações –, mas somente quando se tratava de membros de *Indian Countries*, nunca de membros de *Indian Reservations*, Mendes Junior explana que a jurisprudência norte-americana, nesse quesito, talvez seja um dos poucos pontos em que se possa aprender algo.

Findada a Monarquia, a nova ordem constitucional garantiu, por meio do artigo 64 da *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*, que pertenciam aos estados federados as terras devolutas situadas em seus territórios, cabendo à União somente a porção

indispensável para a defesa das fronteiras, construções militares etc. A decisão do poder constituinte originário teve inúmeros resultados práticos na organização fundiária brasileira, como se sabe. Mendes Junior não se coloca contrário à resolução, antes enumera muitas dessas consequências.

No que tange às TIs, ele reitera, contudo, que nunca podem ser consideradas terras devolutas, haja vista que são congenitamente possuídas e reservadas em conformidade com o Alvará de 1680, a Lei de 1850 e o Regulamento de 1854. Uma consequência imediata do comando do artigo constitucional é que o colonato dos indígenas ficava sob a mesma figura conceitual que a do colonato dos imigrantes, mas estes, por não serem “órfãos”, ganhavam as chamadas “cauteladas de patronato”, muito mais vantajosas do que as estabelecidas para os índios.

A seguir ele explicita como a legislação do estado de São Paulo estava aplicando as disposições constitucionais; segundo seu veredito, os trabalhos legislativos foram coerentes e bem confeccionados, no que concerne às revalidações de concessões, legitimação de posses, discriminação e medição de terras devolutas, reservadas, possuídas etc. (p. 63).

Depois traça um interessante panorama fundiário sobre a quais modos de ocupação fundiária os *sertanejos* de então estariam submetidos. Ele tipifica nove modos de ocupação e conclui que o expediente do *grillo* – leia-se a grilagem – nasce da ignorância, tanto como da má-fé dos ocupantes, que registravam posses de pessoas falecidas, por meio de instrumentos de particulares, assinados a rogo ou falsamente – isto ele não diz, mas depreende-se.

Se Mendes Junior e sua teorização receberam elogios<sup>46</sup> durante e após seu curso de vida, não lhe faltam críticas. A professora dra. Sandra Nascimento, em trabalho recente sobre os direitos territoriais indígenas no Brasil e no Chile, assim analisa:

Em síntese, a tese do indigenato continha a interpretação dogmática de que os índios não podem ter adquirido algo que lhes é congênito e primário e nesse caso não há simples posse aos que estão estabelecidos em

<sup>46</sup> Veja-se, a respeito, o posicionamento francamente favorável à memória de João Mendes de Almeida Junior em: KAYSER, Hartmut-Emmanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil. (Die Rechte der indigenen Völker Brasiliens-historische Entwicklung und gegenwärtiger Stand)*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Petar Rurack. Porto Alegre: Safe, 2010. p. 236.

determinado lugar, e sim também o domínio, ou seja, a propriedade da terra. Por esta razão lógica deveria, então, ser reconhecido como título primário de propriedade.

(...)

Observa-se a ingenuidade do sistema oficial sobre a posse indígena nesse período, que é marcado pelo falso dilema de acolher as novas concepções do progresso sem abandonar a herança legislativa do período anterior.

(...)

Por esse aspecto, o indigenato não teve vida longa, não conseguindo suplantar a lógica civilista clássica de influência romano-germânica. O mérito argumentativo, entretanto, está em reordenar, a partir da experiência norte-americana, a noção de direito originário dos índios sobre as terras, ao tempo em que tenta avançar no caminho do reconhecimento do direito de propriedade aos índios.

Por razões óbvias, não se reverberou na práxis estatal desse período, nem se incorporou na base legislativa de períodos posteriores, uma vez que não foram criadas as condições argumentativas para prevalecer como diretriz doutrinária norteadora da política indigenista.<sup>47</sup>

A crítica é parcialmente aceitável, haja vista que o indigenato não “caminhou” para o reconhecimento da propriedade indígena das terras. A multifatorialidade e a multifocalidade da história do direito não nos permitem enxergar da mesma forma. O indigenato mendesiano foi constitucionalizado em 1934 – ainda que de modo acanhado –, tendo recebido, em 1988, foros altíssimos. Em que pese à ideia de que o Estado Brasileiro não queira legar aos índios no país a propriedade de suas terras, mas apenas os direitos de posse sobre elas e, ainda assim, limitados, a verdade é que, sem os esforços de líderes como Mendes Junior, nem no *jus possidendi*, nem no *jus possessionis* teriam os povos indígenas sido reconhecidos, sendo ainda mais desterrados em terra própria do que o são.

### 4.3 Conclusão

Mendes Junior conclui suas preleções, cultíssimas, arrazoando que os direitos indígenas, “*individuaes e politicos*”, não têm encontrado, sob a República, alteração significativa de seu estatuto.

<sup>47</sup> Cf. NASCIMENTO, Sandra. *Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, 2016 (p. 84-85). Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

A proposta que faz é de que os estados federados, sucessores das províncias, mormente em regime federativo, chamem a si a tarefa de catequização e civilização dos índios, garantindo-lhes assistência, ao tempo em que façam respeitar seu “*dominio sobre as terras em que se achem estabelecidos com posse congenita*” (p. 67). Lembrando que a extensão das TIs é “mínima”, comparando-se com as extensões de terras devolutas, lembra que se trata de gotas em oceano.

No que tange aos “direitos individuais”, ele argumenta que: 1) os índios devem encontrar na Justiça estadual, com recurso ao STF, a garantia do direito à posse indígenata. Considera, contudo, que esse direito é “natural”, tanto como “individual” e que não se deve fazer acepção se o direito é do indígena ou do não indígena; 2) governo federal e governos estaduais devem se unir para obrar positivamente na civilização dos indígenas.

Ele arremata seu texto com um sem-número de admoestações e conclamações religiosas, lembrando que São Paulo é o Apóstolo dos Gentios e que o Estado que leva seu nome deve seguir-lhe os passos. Ele se posiciona claramente no debate, que então havia, se ainda caberia à Igreja Católica civilizar os índios, advogando que ela é, a despeito dos defeitos que possam ter seus homens, a instituição correta para cuidar dos desvalidos índios. A notar que ele escreve em 1912, dois anos após a criação do SPILT, de orientação positivista e anticlerical.

Ultracatólico, abolicionista, monarquista e um dos mais eminentes juristas de seu tempo, João Mendes de Almeida Junior é o maior responsável pela teorização do indigenato no Brasil e, ao fim e ao cabo, por sua constitucionalização na década posterior a sua morte (1930). Filho pleno de seu tempo, não escapou, nem poderia, ao racismo, ao assimilacionismo e ao integracionismo paradigmáticos do indigenismo que então se praticava no país. Humanista convicto, contudo, foi uma das raras vozes que, na demofóbica e oligárquica Primeira República brasileira, se voltou para os direitos indígenas de modo enfático, apresentando orientações e propostas para um “problema indígena” que uma maioria de governantes parecia sequer querer saber que existia.

## 5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INDIGENATO (1934)

Das discussões parlamentares candentes travadas pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1933-1934, uma das menos enfoca-

das é a da introdução do tema das terras indígenas no corpo do texto constitucional. Carneiro da Cunha narra<sup>48</sup> que novamente os índios e seus direitos não receberiam foro constitucional, não fosse a iniciativa da bancada amazonense, que apresentou projeto para a inserção do artigo sobre os direitos territoriais.

Alvaro Botelho Maia (1893-1969), importante líder político e jornalista do Amazonas, que foi governador, interventor federal e senador, representava então seu Estado na ANC; ele e o jurista e acadêmico niteroiense Levi Fernandes Carneiro (1882-1971) formularam a proposta que se converteu no artigo 129 da nova *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*, promulgada em 16 de julho de 1934. Eis o teor do singelo, mas importante dispositivo: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

O indigenato mendesiano, baseado nas legislações coloniais braganquinas sobre as terras dos índios, estava constitucionalizado. Ele passava a ser a única armadura com que os indigenistas brasileiros podiam se proteger frente aos interesses da “lavoura” – hoje diríamos “agronegócio”. O advérbio “permanentemente” não deixa de ser insidioso, uma vez que parece antecipar o que se discute neste trabalho. Como definir a ocupação permanente de uma comunidade indígena, se os povos sempre migraram, mormente quando expulsos de um território por povos inimigos? E não só isso. O que se faria com povos de tradição multilocal e avessos à sedentarização? Não havia previsão.

Quanto à Constituição de 1934, acresça-se o dado, fulcral, de que se retirava definitivamente dos estados federados a competência para legislar sobre assuntos indígenas, reservando-a somente à União<sup>49</sup>:

Art. 5º Compete privativamente à União:

(...)

XIX – legislar sobre:

(...)

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.<sup>50</sup>

Outra emenda poderosa, de autoria do catedrático paulista Lino de Moraes Leme (1888-1969) – membro de um partido agrarista! –

<sup>48</sup> Cf. CARNEIRO DA CUNHA, op. cit., p. 82-90.

<sup>49</sup> Ibid., p. 85.

<sup>50</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

infelizmente não logrou sucesso. Ela teria garantido às comunidades indígenas o reconhecimento enquanto sujeitos de direito. Os pareceres contrários das comissões que analisaram o projeto opinaram que o texto constitucional já açambarcava a proposta de proteção aos direitos dos índios, uma vez que garantia que leis ordinárias cuidariam da matéria.<sup>51</sup>

Indiscutível, contudo, que o indigenato mendesiano foi alçado à condição preconizada por seu teórico e que, doravante, os índios teriam, sempre por intermédio e na dependência do SPI, legitimidade para acionar o Poder Judiciário quando fossem lesados em seus direitos territoriais.

Nos comentários sobre o artigo 129, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979) lembrava que a “condicionalidade” de disposição<sup>52</sup> sobre as terras dos povos indígenas nada tinha a ver com o aspecto técnico do termo, no Direito Civil Sucessório. Inexistem condições para que as comunidades indígenas estejam na posse de suas terras ancestrais. Tratava-se, como se trata ainda hoje, da disposição de inalienabilidade que incide sobre as TIs; os índios não podem dispor de suas terras em negócios jurídicos, pois elas não são passíveis de negociação contratual, obrigacional ou quejanda.

## 6. OS MINISTROS E OS ÍNDIOS

Nesta breve abordagem sobre o pensamento de alguns dos ministros da Suprema Corte brasileira acerca do indigenato mendesiano, enfocaremos apenas os ministros Themistocles Brandão Cavalcanti (1899-1980), Víctor Nunes Leal (1914-1985), Carlos Alberto Menezes Direito (1942-2009), Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (\*1942), Nelson Azevedo Jobim (\*1946), Teori Albino Zavascki (1948-2017) e Gilmar Ferreira Mendes (\*1955), uma vez que seria impossível concernir outros juízes na história do “Excelso Pretório”, em virtude da exiguidade do tempo para a pesquisa.

**Themistocles Brandão Cavalcanti** é considerado por Manuela Carneiro da Cunha “autor” do vigente Estatuto do Índio (1973)<sup>53</sup>, uma lei que, para os padrões da época, não se pode considerar anti-índi-

<sup>51</sup> Cf. CARNEIRO DA CUNHA, op. cit., p. 87.

<sup>52</sup> Ibid., p. 93.

<sup>53</sup> Ibid., p. 94.

gena, mesmo que ainda seja palpável sua configuração tutelar. Cate-drático da Universidade do Brasil e da PUC-Rio<sup>54</sup>, Brandão Cavalcanti foi nomeado para o STF em outubro de 1967, tendo se aposentado da Casa dois anos depois. **Um dos principais redatores da Constituição de 1934**, é dele a observação de que o indigenato comportaria a apre-ciação do que se chamava, então, de *posse imemorial* dos indígenas:

A Constituição assegura aqui o *uti possidetis* das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que não a transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram. (...) O princípio é autoexecutável, reconhece um direito cuja medida e extensão dependem apenas da prova quando contestada judicialmente.<sup>55</sup>

Inobstante sabermos hoje que o conceito de *posse imemorial* não encontra ressonância nos estudos dos direitos territoriais indígenas brasileiros, é mister reconhecer que os juristas que sucederam Mendes Junior na defesa incondicional dos direitos dos índios às *terras que tradicionalmente ocupam* não abandonaram sua percepção de que a União deveria garantir aos povos indígenas a manutenção de suas terras, havendo de falar apenas em **declaração**, quando de um processo demarcatório, administrativo ou judicial, haja vista que o direito é congênito e preexistente ao Estado nacional brasileiro.

O jurista mineiro **Victor Nunes Leal**, célebre autor de *Coronelismo, enxada e voto* (1948), tornou-se membro do STF em 1960. Em 1969 foi aposentado, por pressão da Presidência da República, por suas posições políticas, consideradas suspeitas<sup>56</sup>. Nunes Leal defendeu claramente os direitos territoriais indígenas, como resta translúcido no voto abaixo, proferido no âmbito do julgamento do RE n. 44.585/MT, em 1961:

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indí-gena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não têm disponibilidade de terras. O objetivo da Constituição

<sup>54</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal. Seção *Ministros*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=105>>. Acesso em: 10 set. 2016.

<sup>55</sup> Cf. BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1948. p. 50.

<sup>56</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de. Prefácio à sétima edição. In: LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 19.

Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para a sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do *habitat* de um povo. Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas. Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo. Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico. Peço vênia ao eminente Ministro Relator para acolher a arguição de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 1.077, de 1953, confirmando o acórdão do Tribunal local, que assim dispôs.<sup>57</sup>

Como se vê, o ministro-historiador entendia, já naquela ocasião, que o indigenato não se interpreta como um instituto que deva receber crivos do Direito Civil, dada a força objetiva das noções de domínio, propriedade, posse. Ele bem compreende que os índios vivem naquilo que chamou de *habitat* e que hoje denominamos *terra tradicionalmente ocupada*. Quando faz referência a uma “data da Constituição Federal”, está a falar não da vigente naquele então (Carta de 1946), nem da “Polaca” (1937); **referencia a Constituição que sedimentou o indigenato, qual seja, a de 1934.**

Pensamento importante para o desenvolvimento deste breve trabalho é o do jurista gaúcho **Nelson Azevedo Jobim**, que entrou para o STF em abril de 1997, vindo de uma carreira bem-sucedida nas letras

<sup>57</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 44.585/MT*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=144244>>. Acesso em: 10 set. 2016.



jurídicas e mesmo nas lides políticas. Fora deputado constituinte em 1987 e ministro de Estado da Justiça no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (janeiro de 1995 a abril de 1997). Quando se leem as discussões no julgamento da Petição n. 3.388/RR, fica patente que as opiniões do ministro Jobim, mormente por ter sido constituinte, são bem relevadas. É dele a interpretação de que na Constituinte de 1987 se quis deixar claro, pela maior parte dos deputados e senadores, que o conceito de terra tradicionalmente ocupada teria como marco temporal a promulgação da própria Carta. Sobre sua atuação em todo esse processo, no âmbito do Congresso Nacional e, depois, no STF, assim expõe Sandra Nascimento:

Os debates técnico-jurídicos foram coordenados principalmente pelos então deputados-constituintes, Bernardo Cabral, Fernando Henrique Cardoso, Nelson Jobim, Plínio de Arruda Sampaio e Jarbas Passarinho (ver BRASIL, 1987).

A qualidade dos debates é bastante débil em relação ao conhecimento da história, da política e das categorias epistêmicas acerca da etnicidade indígena. Não se ocuparam de refletir sobre o sentido e alcance do termo “ocupação” e sobre suas consequências para assegurar a existência cultural dos povos indígenas. (...)

Na conjuntura polarizada a redação final do artigo 262 (atual artigo 231), em particular resultante da proposta de supressão do termo imemorial da redação final, a questão foi colocada em dois grupos: pró-indígena e pró-Estado, sendo que em ambos, por diferentes razões era-se favorável à supressão do termo. A narrativa dos debates contempla os seguintes argumentos:

*São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados etc. Ora, Srs. Constituintes, membros desta tão importante Comissão, o termo “permanentemente” é totalmente supérfluo, ou propositadamente colocado aqui para gerar ambiguidade. Essa redação pode dar margem a esta interpretação: não considerar a migração sazonal do índio, no seu nomadismo, ou quando atua periodicamente em amplas reservas florestais, para sua sobrevivência e para a sobrevivência da sua cultura. Aqui, um juiz pode, perfeitamente, eliminar esse direito, inclusive sobre áreas já demarcadas. Não foi, pois, suprimida a expressão “permanentemente”. Para o § 1º do art. 303 do substitutivo anterior, para evitar confusão, ambiguidade ou, eventualmente, má-fé, propus a seguinte redação: “São terras dos índios as já demarcadas e as por demarcar, onde se acham localizados em habitações efetivas e onde circulam periodicamente dentro de suas características culturais, segundo seus usos, costumes e tradições. (Deputado constituinte Ruy Nedel).*

Não é nenhum mistério que essa nuvem ideológica simboliza do lado dos conservadores os interesses nas riquezas do solo e subsolo (ver PIETRICOVSKY, 2008).

Coincidentemente, mas não surpreendente, seria ele, o Senhor Nelson Jobim, no cargo de Ministro da Justiça e depois de Ministro do Supremo Tribunal Federal, quem encabeçaria a trajetória das viragens conceituais e procedimentais de caráter técnico-administrativa para o processo de demarcação (ver FILHO, 2002) e sobre a tradicionalidade da ocupação. “Posse imemorial”, “terra ocupada”, “terra habitada”, “posse permanente” foram os núcleos da gramática constituinte acerca do que se convencionou afirmar por direitos originários às terras. Em nenhum momento se discute a ideia ou o conceito do termo “tradicionalidade”.<sup>58</sup>

De igual modo deve-se apreciar as opiniões que o **ministro Gilmar Ferreira Mendes** tem emitido sobre o assunto objeto deste estudo. Ele parece defender com veemência a tese de que haja um marco temporal em 5/10/1988 para os processos de demarcação territorial indígena.

Mato-grossense de Diamantino, Mendes é um dos maiores constitucionalistas do Brasil. No âmbito do julgamento (RMS n. 29.087) sobre a TI Guýraroká, de ocupação tradicional do povo Kaiowá, no município de Caarapó/MS, no STF, atuou como relator e votou pela anulação do procedimento de identificação e delimitação da Funai. Teve com o ministro Ricardo Lewandowski pequeno entrevero, em que apontou que até Copacabana, a praia carioca, poderia ser considerada alvo de uma retomada por parte dos índios e ser denominada de “terra indígena”.<sup>59</sup> Um resvalo do douto magistrado, haja vista que Copacabana é um bairro da zona sul da cidade do Rio de Janeiro que deve seu nome a uma homenagem a Nossa Senhora de Copacabana, devoção mariana iniciada no Vice-Reino do Peru, no século XVI. *Nuestra Señora de Copacabana* é precisamente umas das padroeiras da atual Bolívia, tendo sido coroada “Rainha da Nação” em 1º de agosto de 1925. O nome Copacabana tem origem quíchua – ou aimará, a depender da opinião filológica –, não sendo nem tupi, nem jê, nem aruaque e, portanto, nada tendo a ver com os povos indígenas do Brasil. O nome da praia carioca é uma homenagem a uma minúscula capela em que havia uma primitiva imagem da padroeira boliviana, trazida por corsários espanhóis no século XVIII. Onde existiu a capela, ergue-se, desde o início do século XX, o atual forte

<sup>58</sup> Cf. NASCIMENTO, op. cit., p. 113-115.

<sup>59</sup> Ibid., p. 110.

de Copacabana. Muito provavelmente pela sonoridade do nome da praia carioca, fez-se uma associação com o caso da TI Guyraroká; uma coisa nada tem a ver com a outra. Se houve índios que estiveram em algum momento no território do atual bairro carioca, nunca houve ali *terra tradicionalmente ocupada*, nos moldes constitucionais atuais. Também nos registros da história do Rio de Janeiro inexistiu menção a uma comunidade indígena que tenha habitado durante séculos aquela porção do atual município carioca. Compreende-se perfeitamente que o representante do STF queira defender o princípio constitucional da segurança jurídica – evidentemente defensável – quando alega que se possa lançar mão do artifício de dizer que **qualquer terra, no Brasil, possa vir a ser declarada como de posse indígena**, em vista da história pré-cabralina, a depender dos vieses e das autorias. Mas não é desse modo que as coisas se operam.

Colocando em termos positivistas kelsenianos, uma *terra tradicionalmente ocupada por um povo indígena é fruto da subsunção do fato de haver uma comunidade indígena nos dias atuais exigindo da Funai a demarcação territorial – para que possa viver em paz e dignamente – à norma insculpida no artigo 231 (caput e parágrafos 1º e 2º) da Lei Magna*. Não é coerente advogar que qualquer terra, no Brasil, possa ser considerada terra de ocupação tradicional indígena. Nesse sentido, os atuais posicionamentos do STF parecem muito destoantes daquilo que propugnou o ministro João Mendes de Almeida Junior.

Parcialmente em consequência das ideias esposadas pelo ministro Jobim e justamente por uma ideia difusa de que estaria havendo excessos e exageros por parte da Funai nas demarcações territoriais é que o **ministro Carlos Alberto Menezes Direito** teria elucubrado as famosas “condicionantes” ou “salvaguardas” para a demarcação territorial indígena, as quais se consubstanciaram em uma portaria da Advocacia-Geral da União, exarada em 2012, que obrigava a administração pública federal a “obedecer” estreitamente o conteúdo do acórdão do STF.

Paraense radicado no Rio de Janeiro e de formação bastante católica, Menezes Direito entrou para o STF em setembro de 2007 e morreu, prematuramente, em 2009. Não teve tempo de conhecer os desdobramentos que de sua posição advieram, em prejuízo dos interesses dos povos indígenas, dadas as interpretações dos juízos inferiores. No âmbito da mesma ação que o estado de Roraima tentou contra

a demarcação da TI Raposa Serra do Sol, da qual se fala adiante, Menezes Direito se expressou nos seguintes termos sobre os liames entre os índios e suas terras:

(...) não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. (...) Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.<sup>60</sup>

Do acórdão resultante da lide exararam-se as 19 condicionantes, que são as seguintes:

1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 – O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

3 – O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 – O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) **serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas** e à Funai; [grifou-se]

6 – A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

<sup>60</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Petição n. 3.388/RR*. Voto-vista: Ministro Menezes Direito. *DJ* de 25/9/2009.

9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;

11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;

15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

16 – As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos artigos 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.<sup>61</sup>

No curso do julgamento, em 2010, o **ministro Carlos Ayres Britto** (relator) teceu observações importantes sobre a tese do marco temporal que então passava a se afirmar no âmbito jurisprudencial da Suprema

<sup>61</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Petição n. 3.388/RR*. Voto-vista: Ministro Menezes Direito. *DJ* de 25/9/2009.

Corte. Analisando a incidência do “marco temporal” a qualquer processo demarcatório, assim se expressou:

11.1. O Marco Temporal da Ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter de perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. **A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios (...).** (Grifou-se).

O jurista sergipano aceita a formulação de que deva haver um marco temporal, e elucida que esse marco esteja em 5/10/1988. Aduz, ainda, que a própria Constituição reconhece a data, o que não se afigura comprovável, haja vista que não há menção a nenhuma data no texto constitucional em vigor. Independentemente da data do marco temporal, defende que em casos de “renitente esbulho” por não índios o marco temporal não seja aplicável, sob pena de desvirtuar todo o rito demarcatório das TIs no Brasil.

Embargadas pela Funai, as comunidades indígenas e diversos outros litisconsortes, a decisão foi julgada equânime, no seu todo, embora de aplicação não automática e não apriorística, conforme o voto do relator dos embargos, ministro Luís Roberto Barroso, em 23/10/2013:

53. Na esteira da proposta do Ministro Menezes Direito, a maioria entendeu que não era possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à área demarcada. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a incidência das referidas diretrizes na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em outros processos. Não foi por outra razão, aliás, que o Tribunal substituiu a improcedência do pedido pela procedência parcial. Como observou a Ministra Carmen Lúcia, o que se fez foi acolher o pleito para interpretar os atos impugnados à luz das disposições constitucionais pertinentes ao tema.

54. Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões

do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do *common law*, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. Embora essa regra admita exceções, entre elas não se encontram as sentenças e acórdãos proferidos em sede de ação popular, ainda que emanados deste Tribunal. 55. Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, “a presente ação tem por objeto tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol” (fl. 336). Vale notar que essa linha já vem sendo observada pelo Tribunal: foram extintas monocraticamente várias reclamações que pretendiam a extensão automática da decisão a outras áreas demarcadas.<sup>62</sup>

Dotada daquilo que o ministro Barroso chamou de “força moral-objetiva”, a decisão da Corte no caso da TI Raposa Serra do Sol não pode, contudo, alcançar o instituto da vinculação *erga omnes*. As decisões de 2014, 2015 e 2016, no STF, entretanto, têm apontado para o rechaço do indigenato mendesiano, se se considera que o grande ministro não pensava ser justo exigir dos índios comprovações possessórias cartorárias ou coisa que o valha. Já foi citado o caso da TI Guyraroká. Passa-se ao caso da TI Limão Verde (ARE n. 803.462 AgR/MS), julgado pelo ministro Teori Zavascki em dezembro de 2014.

**Teori Albino Zavascki**, catarinense de Faxinal dos Guedes, foi ministro do STJ de 2003 a 2012, quando foi nomeado para o STF. Sua decisão no caso da TI Limão Verde foi, infelizmente, lastimável, justamente pelo apuro técnico e conhecimento inequívoco que laureavam o ministro, tragicamente finado em janeiro de 2017 – sabe-se, inclusive, que ele disse a interlocutores que revisaria esse posicionamento em oportunidade vindoura. Analisando a premissa do “renitente esbulho”, levantada pelo ministro Ayres Britto, o ministro Zavascki considerou que o povo indígena Terena não comprovou esbulho renitente durante o curso do processo administrativo demarcatório de que é incumbida a Funai. O voto é extenso, mas faz-se necessária sua reprodução:

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser

<sup>62</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição 3.388*. Voto: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=198663552&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto-vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual. Nesse aspecto, cumpre registrar o que atestou o voto vencido do aresto impugnado:

Desde a desocupação na década de 1950, o grupo tribal Terenas não reivindica direta ou indiretamente a área. A tolerância que se sucedeu ao esbulho praticado pelos membros da sociedade nacional comprometeu o liame entre a fazenda e os usos, costumes, tradições da comunidade e originou uma situação fática que veio a ser legitimada pela Constituição Federal de 1988 (fl. 2914).

Dessa forma, sendo incontroverso que as últimas ocupações indígenas na Fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953 e não se constatando, nas décadas seguintes, situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de não índios como efetivo “esbulho renitente”, a conclusão que se impõe é a de que o indispensável requisito do marco temporal da ocupação indígena, fixado por esta Corte no julgamento da Pet 3.388 não foi cumprido no presente caso.

6. Diante do exposto, dou provimento ao agravo regimental e conheço do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário, julgando procedente o pedido. Ficam invertidos os ônus de sucumbência.<sup>63</sup>

O voto declara formalmente que, para os Terenas comprovarem o renitente esbulho, é necessário colacionar aos autos processuais

<sup>63</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 774/2015*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo774.htm>>. Acesso em: 14 set. 2016.



comprovações de ajuizamentos de ações possessórias. Ora, tudo isso é absolutamente repugnante ao indigenato mendesiano. Nas palavras do grande jurista brasileiro, já citadas aqui, no primeiro capítulo:

Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exhibam os registros de suas posses. (...) desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles occupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros (...).<sup>64</sup>

As terras indígenas, que constituem assunto exclusivamente de jaez jurídico-constitucional, voltam a ser consideradas, pelo aresto citado, tema jurídico-civil e, em campo ainda mais inferior, jurídico-possessório. Cobrar dos Terenas ajuizamentos de ações possessórias nos tempos em que o SPI era a única entidade pública que poderia ingressar em juízo, em nome dos povos indígenas, dada sua incapacidade relativa para os atos da vida civil (Código Civil de 1916, artigo 6º, inciso IV)<sup>65</sup>, parece ser um alvitre muito destoante da realidade fática histórica.

## 7. CONCLUSÃO

A demarcação das TIs no Brasil parece estar longe da pacificação e da solução, seja jurídica, política ou administrativamente.

O processo administrativo demarcatório no Brasil se encontra regulado pela Lei n. 6.001/1973, pelo Decreto Presidencial n. 1.775/1996, pelas Portarias do Ministério da Justiça n. 14/1996 e n. 2.498/2011 e pela Instrução Normativa n. 2 da Presidência da Funai, de 3/2/2012. Os procedimentos do processo demarcatório de uma *terra tradicionalmente ocupada* consistem em cinco etapas: i) identificação e delimitação, baseada no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), com o respectivo resumo, mapa e memorial descritivo publicados nos diários oficiais da União e do Estado; ii) declaração, que consiste na assinatura da portaria declaratória pelo ministro de Estado da Justiça, após o período de contraditório; iii) demarcação

<sup>64</sup> Cf. MENDES JUNIOR, op. cit., p. 57.

<sup>65</sup> “Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I – Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156). II – As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III – Os pródigos. IV – Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.”

física; iv) homologação pelo presidente da República e v) registro na Secretaria do Patrimônio da União (SPU) – hoje vinculada ao Ministério do Planejamento e Gestão –, e no cartório imobiliário da comarca de situação da terra indígena.

Após a assinatura da portaria declaratória pelo ministro da Justiça, de acordo com a IN Funai n. 2/2012, o processo deve ser encaminhado à Comissão Permanente de Avaliação de Benfeitorias (CPAB) – presidida pelo diretor de Proteção Territorial da Funai –, para análise da natureza das ocupações não indígenas incidentes nos limites da TI, com vistas ao pagamento de indenizações pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, na forma da lei. Conforme a IN Funai n. 2/2012, a CPAB indicará o caráter da ocupação, bem como quais benfeitorias são passíveis de indenização, para posterior decisão da presidência da fundação.

O processo é moroso, complexo e, sobretudo para os povos indígenas, extenuante e desesperador. Alguns duram décadas e não chegam a bom termo. As críticas ao decreto presidencial e às portarias regulamentárias do Ministério da Justiça são, em muitos casos, procedentes. Em que pese ao trabalho sério e acurado de muitos dos técnicos da Funai e convidados de fora – em virtude da absoluta escassez de recursos humanos da autarquia indigenista –, na realização dos RCIDs e das demais peças que compõem as várias fases procedimentais e processuais da demarcação de uma TI, não há garantia de êxito nas demarcações territoriais, justamente por causa da eventualidade de interdições judiciais e administrativas.

Atuando como *indigenista especializado* do órgão desde janeiro de 2012 e, especificamente, como chefe do Serviço de Análise de Contestações – aos procedimentos de identificação e delimitação de TIs –, entre novembro de 2013 e março de 2017,<sup>66</sup> sempre titularizei um serviço que nunca teve mais do que dois servidores lotados e

---

<sup>66</sup> O Serviço de Análise de Contestações (Seacon) pertencia à Coordenação de Delimitação e Análise, da Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação, da Diretoria de Proteção Territorial da Funai. Cf. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Regimento Interno da Funai (artigos 174 e seguintes)*. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/coplam/2013/ESTATUTO/Regimento\\_Interno.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/coplam/2013/ESTATUTO/Regimento_Interno.pdf)>. O Serviço foi extinto, assim como dezenas de outros, por intermédio do Decreto Presidencial n. 9.010, de 23 de março de 2017. Cf. BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

que respondia por muitas centenas de contestações administrativas. Evidentemente, não há possibilidade de dar conta dos processos em espera. A estrutura da Funai é acanhada e precarizada; o indigenismo de Estado não parece ser encarado como estratégico pela maioria dos governantes do Brasil atual. O orçamento da instituição tem diminuído ao longo dos anos. No que tange à gestão do conhecimento armazenado e da memória institucional, assim se expressa Claudio Gusmão Cunha, já citado aqui:

Inúmeros e facilmente perceptíveis são os fatores que dificultam o trabalho desenvolvido pelo antropólogo.

Destaca-se, por exemplo, a ausência de um sistema centralizado de arquivos e controle da documentação, que permita o acesso aos conhecimentos acumulados pelo órgão indigenista sobre um determinado grupo étnico ou uma comunidade específica. Sem dúvida, são absolutamente precários os arquivos que administram a memória da instituição.

É evidente, ademais, a falta de critério das normas que disciplinam a atividade pericial no caso concreto. Nesse particular, sobreleva o insuficiente período de tempo destinado à pesquisa de campo, que inviabiliza a realização de um trabalho criterioso, transformando-a numa mera visita à área, onde se desconsidera, inclusive, a sempre ocorrente resistência dos não índios ocupantes da área.

Associado a isso, como adverte Carlos Marés de Souza Filho, temos que é absolutamente diverso o conceito de território de um povo para outro, “(...) e todos, entre si, guardam infinita distância à ideia patrimonial de terra que fundamenta o direito moderno”.<sup>67</sup>

A fundação, sucessora administrativa do SPI e nascida durante o último regime civil-militar brasileiro (1964-1985), é encarada ambigualmente na sociedade brasileira, por indígenas e por não indígenas. A produção de conhecimento em forma de livros e artigos especializados – de amplíssima divulgação – talvez pudesse auxiliar no combate a parte das agruras indigenistas. Nesse sentido, propus o estabelecimento de um Centro de Memória do Indigenismo e da Funai, iniciativa que nunca recebeu resposta oficial.<sup>68</sup> Igualmente deveria haver um Centro de Estudos Jurídicos Indigenistas, que poderia ou não ser

<sup>67</sup> Cf. GUSMÃO CUNHA, op. cit., p. 186.

<sup>68</sup> Proposta elaborada em julho de 2013 e apresentada à Diretoria de Administração e Gestão (DAGES). Fiz a entrega, pessoalmente, a diversos presidentes que têm passado pela Fundação Nacional do Índio nos últimos anos. Alguns se mostravam interessados e dispostos a implementar o Centro, mas diziam que a estrutura da casa não parecia poder suportá-lo.

sediado na Funai, dado que a ação indigenista da República brasileira é exercida por diversos órgãos.

Retomando o tema das demarcações e de sua condução pela agência indigenista do Estado Brasileiro, é patente a revolta que tem sido causada, sobretudo nos ambientes ruralistas do país,<sup>69</sup> pelo poder-dever de que é investida a Funai na condução dos trabalhos demarcatórios. Em março de 2000, o deputado federal Almir Sá (PRB/RR) propôs a PEC n. 215, por meio da qual seria retirada do Poder Executivo federal a atribuição demarcatória, passando-se ao Congresso Nacional a função.<sup>70</sup>

Em outubro de 2015, o presidente da Câmara dos Deputados, deputado federal Eduardo Cunha, autorizou a instalação da “Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a atuação da Fundação Nacional do Índio e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária na demarcação de terras indígenas e de remanescentes de quilombos”. A bancada ruralista da Câmara não disfarça as intenções de criminalizar antropólogos e outros cientistas sociais envolvidos em processos demarcatórios. O problema é que não parece haver nenhuma preocupação enfática com o *modus operandi* das demarcações, e sim a busca sôfrega por punição em casos esparsos, nos quais poderia ter havido erros e imprecisões dos técnicos envolvidos. Longíssimo de apontar soluções para a intrincada problemática da demarcação territorial indígena no Brasil, a atuação da CPI e dos parlamentares ruralistas acaba por insistir no erro de combater uma entidade pública

---

<sup>69</sup> O ruralismo brasileiro não possui uma definição que obtenha nível de convenção entre acadêmicos de História, Sociologia, Ciência Política etc. O ruralismo, que também pode ser chamado de agrarismo em alguns textos, é mais uma permanência do que um movimento organizado com bases filosóficas sólidas, muito embora seja famosa a associação União Democrática Ruralista (UDR), de que é um dos grandes nomes o senador goiano Ronaldo Caiado (DEM/GO), representante de uma antiga e tradicional família da oligarquia rural do estado central brasileiro. O ruralismo se mostra partidário da modernização de técnicas agrícolas e agropecuárias, no campo da economia agrária, mas reacionário no campo das políticas públicas fundiárias. Importante contribuição à história do “movimento” é a tese apresentada no Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP em 1990, convertida no livro *O ruralismo brasileiro: agricultura, poder e Estado na Primeira República (1888-1931)* (São Paulo: HUCITEC, 1997), da historiadora Sonia Regina de Mendonça.

<sup>70</sup> Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de leis e outras proposições*. PEC 215. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 14 set. 2016.

desprovida de recursos, em vez de perscrutar a imperiosidade de investimentos no indigenismo estatal.

Deputados e senadores que representam os interesses do chamado *agronegócio* se recusam a perceber que o problema do país não são os povos indígenas, mas, sim, o abandono a que é submetida a política indigenista.

Salta aos olhos que o Estado brasileiro, em especial o Poder Legislativo federal, não reconheça que são gravíssimas as consequências jurídicas de sua inoperância e inatividade, desde que o **Regulamento de 1854<sup>71</sup>, os regulamentos do SPI nas décadas de 1920, 1930 e 1940, a Lei n. 6.001/1973 e o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da vigente Carta Cidadã ordenaram que o próprio Estado concretizasse as demarcações das TIs, com estipulações de prazos que jamais foram cumpridos.** Centenas de terras do indigenato foram turbadas e esbulhadas, sem que os povos pudessem reagir, haja vista que na maior parte dos casos não dispunham das mesmas armas que seus algozes.

De modo que a procrastinação na resolução dos conflitos demarcatórios em nada parece ser a solução para o problema das TIs no Brasil. Tudo indica que reorganizar e debater a legislação indigenista demarcatória, com a consulta prévia e irrestrita aos povos indígenas, deve ser o norte para a política indigenista estatal brasileira.

Em meio ao caos político e administrativo, mas também judicial, em que está inserido o problema das demarcações territoriais indígenas no Brasil, conforme se tentou expor neste breve artigo,<sup>72</sup> muitos povos indígenas do país continuam a viver de modo que avilta ao olhar humanista, de qualquer corrente ou teoria.

Este texto busca demonstrar que o indigenato teorizado pelo ministro João Mendes de Almeida Junior nas décadas de 1900 e 1910 é um desiderato perene de nossa doutrina jurídica constitucionalista e que

<sup>71</sup> Decreto Imperial n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentava a Lei de Terras e previa o estabelecimento de dotações orçamentárias para fins de demarcação de terras públicas.

<sup>72</sup> O artigo é a adaptação da monografia de conclusão do Curso de Direito no UniCEUB apresentada em 17/9/2016 à banca examinadora, composta pelos professores doutores Sandra Nascimento, Rodrigo Augusto de Medeiros (orientador) e Sergio Antonio Ferreira Victor; a banca recomendou a publicação da monografia no repositório eletrônico do UniCEUB.

sua supressão ou menoscabo constituiriam um dos maiores acintes à história do Direito Constitucional brasileiro – isso sem falar que a aniquilação do instituto jurídico luso-brasileiro poderia se tornar o veículo da continuada prática de genocídio e etnocídio no Brasil.<sup>73</sup>

As eventuais atecnias judiciárias e legislativas não podem levar os Poderes da República Federativa do Brasil a ratificar o massacre dos direitos dos povos originários da antiga colônia luso-americana.

O direito territorial indígena é um direito eminentemente histórico. Isso significa dizer que eventuais “aferições”, “conferências” ou “perquirições” sobre a incidência de uma dada terra indígena não podem prescindir de conhecimentos, os mais profundos e abalizados, de História do Brasil – bem assim História das Américas, Etnologia Indígena, História Agrária, História Regional, História Oral etc.

A se chegar a um denominador comum sobre a precisão de um “marco temporal” para o reconhecimento de que uma comunidade indígena estaria em sua *terra tradicionalmente ocupada*, far-se-á necessário considerar não o 5 de outubro de 1988, mas o **16 de julho de 1934, uma vez que foi nesta data que o indigenato mendesiano foi constitucionalizado**. Todos os dispositivos das Constituições nacionais posteriores que versam sobre a matéria advêm do artigo 129 da Constituição de 1934.

O assunto, que deveria ser encarado como um dos temas mais sensíveis e estratégicos da governança do Brasil, está longe de receber esgotamento neste minúsculo trabalho. Serve-lhe tão somente de suporte o presente texto.

## REFERÊNCIAS

1. ALONSO, Angela. *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1868-88)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
2. ANDRADA E SILVA, Jozé Bonifacio de. *Projetos para o Brasil*. Textos reunidos e comentados por Miriam Dolhnikoff. São Paulo: Publifolha, 2000.
3. ANTUNES DE CERQUEIRA, Bruno da Silva. Dos títulos e tra-

---

<sup>73</sup> Sobre o tema veja-se a obra recém-lançada do subprocurador-geral da República dr. Carlos Frederico Santos. Cf. SANTOS, Carlos Frederico. *Genocídio indígena no Brasil: uma mudança de paradigma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. 168 p.

tamentos protocolares no âmbito da Redação Oficial. In: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Manual de redação oficial da Funai*. Brasília: Cogedi-CGGE-Dages-Funai, 2015. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Outras\\_Publicacoes/Manual\\_de\\_Redacao\\_Oficial\\_da\\_Funai/Anexo%20MRO-Funai.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Outras_Publicacoes/Manual_de_Redacao_Oficial_da_Funai/Anexo%20MRO-Funai.pdf)>. Acesso em: 1º set. 2016.

4. BANDEIRA, Alipio; MIRANDA, Manoel da Costa. A situação do índio perante a legislação antiga e moderna. In: BRASIL. Senado Federal. *A cidadania no Brasil*. I – O índio e o escravo negro. v. VII, p. 11 a 45. Brasília: Senado Federal, 2002. (Texto original de 1911.)

5. BRANDÃO CAVALCANTI, Themistocles. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1948.

6. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Imperio do Brazil*. 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>.

7. \_\_\_\_\_. Constituição (1891). *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>.

8. \_\_\_\_\_. Constituição (1934). *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>.

9. \_\_\_\_\_. Constituição (1937). *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>.

10. \_\_\_\_\_. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>.

11. \_\_\_\_\_. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>.

12. \_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

13. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ayres Britto*. Seção Ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=38>>. Acesso em: 10 set. 2016.

14. \_\_\_\_\_. *Gilmar Mendes*. Seção Ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=36>>. Acesso em: 10 set. 2016.
15. \_\_\_\_\_. *João Mendes Junior*. Seção Ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=144>>. Acesso em: 10 jun. 2016.
16. \_\_\_\_\_. *Menezes Direito*. Seção Ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=43>>. Acesso em: 10 set. 2016.
17. \_\_\_\_\_. *Nelson Jobim*. Seção Ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=34>>. Acesso em: 10 set. 2016.
18. \_\_\_\_\_. *Themistocles Cavalcanti*. Seção Ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=105>>. Acesso em: 10 set. 2016.
19. \_\_\_\_\_. *Victor Nunes*. Seção Ministros. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=108>>. Acesso em: 10 set. 2016.
20. BUZUID, Alfredo. *João Mendes de Almeida Junior, aspectos de uma grande vida*. Conferência proferida na Faculdade de Direito de S. Paulo, no dia 29 de outubro de 1956, por ocasião das comemorações do primeiro centenário de João Mendes de Almeida Junior. Disponível em: <[www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66245/68855](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66245/68855)>. Acesso em: 20 abr. 2016.
21. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
22. \_\_\_\_\_. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
23. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
24. \_\_\_\_\_. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
25. COUTO DE MAGALHÃES, José Vieira. *Diário íntimo*. Organização de Maria Helena Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
26. COUTO DE MAGALHÃES SOBRINHO, José Vieira. *Nomes do dia*. (Coletânea de crônicas). Secção de obras de *O Estado de São Paulo*, 1917.
27. FAGIANO, Daniel; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta (Org.). *A questão indígena*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.



28. FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (Org.). *Memória do SPI*. Textos, imagens e documentos sobre o Serviço de Proteção aos Índios (1910-1967). Rio de Janeiro: Museu do Índio/Funai, 2013.
29. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Coletânea da legislação indigenista brasileira*. Brasília: CGDTI-Funai, 2008.
30. GUSMÃO CUNHA, Cláudio Alberto. *O atual regime jurídico das terras indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Salvador: Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2000.
31. LEAL, Vítor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
32. MARÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.
33. MENCK, José Theodoro Mascarenhas. O problema indígena perante o ordenamento jurídico das Américas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, ano 22, n. 55, p. 93-139, set./dez. 1991.
34. MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typographia Irmãos Hennies, 1912.
35. MIRANDA, A. Gursen de. *O direito e o índio*. Belém: CEJUP, 1994.
36. MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. *Os índios e a ordem imperial*. Brasília: CGDOC-Funai, 2005.
37. MOURA, Carlos Eugênio Marcondes de. *O visconde de Guaratinguetá: um fazendeiro de café no vale do Paraíba*. São Paulo: Studio Nobel, 2002.
38. NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. Rio de Janeiro: Garnier, 1899. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/179441>>. Acesso em: 10 jun. 2016.
39. NASCIMENTO, Sandra. *Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Nãnde'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucuicui no Chile*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>>. Acesso em: 10 ago. 2016.
40. \_\_\_\_\_. Os caciques e os juízes: os direitos humanos entre as fronteiras do direito oficial, da diversidade cultural e da territorialidade ancestral indígena. In: Especiarias. *Cadernos de Ciências Humanas*, v. 14, n. 26. jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://perio>

dicos.uesc.br/index.php/especiaria/article/view/1050/952>. Acesso em: 10 jun. 2016.

41. SANTOS, Carlos Frederico. *Genocídio indígena no Brasil: uma mudança de paradigma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

42. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

43. TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

# **A APLICAÇÃO DO MARCO TEMPORAL PELO PODER JUDICIÁRIO E SEUS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS TERRITORIAIS DO POVO TERENA**

**ANA CAROLINA ALFINITO  
LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO**

## **RESUMO**

Com base na análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência acerca do domínio e da posse de três terras terenas em Mato Grosso do Sul – Buriti, Cachoeirinha e Taunay-Ipegue –, o presente estudo analisa como o marco temporal tem sido aplicado pelas diferentes instâncias do Poder Judiciário e como ele tem impactado o direito do povo Terena à terra tradicionalmente ocupada. Nossa análise revela que a jurisprudência sobre direitos territoriais dos Terenas pode ser dividida em três períodos: um que precede a enunciação do marco temporal, no qual grande parte das decisões favoreciam o caráter tradicional das terras disputadas bem como a posse indígena (2003-2009); um período de disseminação e aplicação intensificada do marco temporal para suspender ou anular a demarcação de terras e impedir a posse indígena sobre territórios demarcados (2010-2013); e um terceiro período de surgimento de novas soluções institucionais para as disputas fundiárias (2014-2017). Argumentamos que a transição entre o segundo e o terceiro período resulta da mobilização dos Terenas, sua insistência na demarcação de territórios e o desenvolvimento de novas arenas e formas de diálogo entre o movimento indígena e o Poder Judiciário, e concluímos descrevendo caminhos apontados pela nossa análise para avançar os direitos territoriais dos Terenas.

## ABSTRACT

Based on the qualitative and quantitative analysis of legal decisions concerning the ownership and possession of three Terena territories in Mato Grosso do Sul – Buriti, Cachoeirinha and Taunay-Ipegue –, the present study analyzes how the temporal mark has been applied by different instances of the Judiciary in Brazil and how it has impacts the Terena people's right to their traditionally occupied territories. Our investigation reveals that legal decisions about the Terena's territorial rights can be divided into three periods: one that precedes the enunciation of the temporal mark, in which the majority of decisions favored the traditional character of the territories (2003-2009); the second period comprises the dissemination and intensified application of the temporal mark in order to annul or suspend the demarcation of indigenous lands and hinder indigenous possession over disputed territories (2010-2013); and a third period in which new institutional solutions for land tenure disputes emerge (2014-2017). We argue that the transition between the second and third periods resulted from the mobilization of the Terena and the insistence of the social movement in the demarcation of their territories, as well as the construction of new forms of communication between indigenous groups and the Judiciary.

## SUMÁRIO

1. Introdução: O marco temporal e o Judiciário como palco de disputas
  2. Aplicação e impactos do marco temporal: metodologia de análise
  3. Impactos da aplicação do marco temporal sobre a realização do direito ao território do povo Terena
    - 3.1 O impacto do marco temporal sobre os processos de demarcação de terras terenas
    - 3.2 O impacto do marco temporal sobre a posse das terras terenas
  4. Conclusões
- Referências  
Anexo: Processos consultados

## 1. INTRODUÇÃO: O MARCO TEMPORAL E O JUDICIÁRIO COMO PALCO DE DISPUTAS

O artigo 231 da Constituição Federal (CF) de 1988 reconheceu aos povos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando que compete à União demarcá-las e protegê-las. Uma leitura sistemática da ordem constitucional vigente revela a centralidade e relevância dos direitos territoriais indígenas na consolidação de uma sociedade verdadeiramente pluriétnica. O direito à terra tradicional, reconhecido como direito originário cuja fonte é anterior à própria CF, encontra-se intimamente atrelado aos direitos culturais dos índios, ao seu direito de viver conforme os usos, costumes e tradições que lhes são próprios em vez de serem assimilados a uma cidadania homogênea e excludente. A terra tradicional é aquela que permite a reprodução física e cultural dos povos indígenas, seu desenvolvimento e dignidade. Trata-se de garantia de continuidade da existência desses povos. A posse permanente e usufruto exclusivo dessas terras é um direito fundamental, e tamanha sua importância que a CF de 1988 estipulou um prazo de cinco anos para que todas as terras tradicionais fossem demarcadas.

Apesar de sua importância e centralidade, o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionais está hoje sob grave ameaça. De um lado, pelos atos de violência e agressão dirigidos quase que diariamente contra comunidades e lideranças indígenas envolvidas na luta pela terra em todo o Brasil. De outro, pelos diversos processos institucionais que, situados no âmbito dos três Poderes do Estado, apontam para o cerceamento e restrição do direito dos povos indígenas aos seus territórios tradicionais.<sup>1</sup> Ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, que comportam uma série de ameaças aos direitos

---

<sup>1</sup> No âmbito do Poder Executivo, a Fundação Nacional do Índio (Funai), responsável por instituir e instruir o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas (TIs), vem sofrendo progressivos cortes orçamentários que minam sua capacidade de atender às carências e demandas das comunidades indígenas em todo o país. Ainda mais recentemente, os esforços da administração federal no sentido de emplacar políticos e figuras explicitamente contrários às reivindicações indígenas em altos cargos da Funai vêm levando a uma tensão crescente entre povos indígenas e a administração federal. No Legislativo, são diversos os projetos de lei e emendas constitucionais que, atendendo ao interesse de proprietários de terras e da bancada ruralista, restringem o direito territorial indígena. A mais conhecida dessas propos-

indígenas, o Judiciário também se tornou palco de ofensivas contra esses direitos. Desde meados dos anos 2000, proprietários rurais e suas instâncias de representação têm respondido à demarcação de terras tradicionais com uma estratégia de judicialização sistemática dos processos administrativos de demarcação.<sup>2</sup> Cada ato ou etapa em cada processo de demarcação é disputado no âmbito de ações judiciais que questionam a legalidade do processo e pedem que o Poder Judiciário declare o domínio do particular sobre as terras em disputa. Além disso, nas inúmeras ações de reintegração de posse impetradas contra as retomadas de terras também são discutidos temas como a natureza constitucional da posse indígena, o domínio sobre a terra e a extensão do direito à terra tradicionalmente ocupada. Juntas, ações declaratórias e possessórias fizeram do Judiciário verdadeira arena de disputas sobre os direitos territoriais dos Terenas e sobre o sentido do artigo 231 da CF de 1988.

Se a importância do Poder Judiciário enquanto arena de disputa tem crescido desde o início dos anos 2000, foi em 2009 que começou a circular ali uma das maiores ameaças da atualidade contra os direitos territoriais indígenas. Foi esse o ano em que, ao julgar a Ação Popular n. 3.388/RR, referente à demarcação da Raposa Serra do Sol, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu uma série de condicionantes ao reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. Uma dessas condicionantes é o chamado marco temporal, enunciado que restringe o direito dos povos indígenas à sua terra tradicional ao condicionar esse direito à presença física das comunidades na terra na data da promulgação da CF. De acordo com esse enunciado, os povos indígenas apenas teriam direito às terras que ocupavam no dia 5 de outubro de 1988. Para que essa condicionante seja afastada, é necessário que se configure “renitente esbulho”, isso é, que a reocupação não tenha ocorrido por efeito de renitente contínuo de não índio.

---

tas é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 215, que transfere ao Poder Legislativo a atribuição para a demarcação de TIs.

<sup>2</sup> O processo administrativo de demarcação de TIs é instituído e instruído, nos termos do Decreto n. 1.775/1996, pela Funai. Após a aprovação do Relatório Circunstanciado de Delimitação de Demarcação pela presidência da Funai, a demarcação precisa ainda ser reconhecida e a terra declarada pelo Ministério da Justiça, para posterior homologação pela Presidência da República.

O próprio Plenário do STF determinou, em 2013, que, tendo em vista as particularidades de cada caso envolvendo povos indígenas e conflitos fundiários, o marco temporal bem como outras condicionantes formuladas na Petição n. 3.388 são desprovidos de força vinculante e não se estendem automaticamente a outros processos em que se discuta matéria similar. Ademais, não se trata de matéria pacificada no STF, sendo a doutrina defendida apenas por parte de uma Turma do Tribunal.

Nos anos recentes, juristas e pesquisadores se mobilizaram para fazer face à difusão do marco temporal nas decisões judiciais. A doutrina do marco temporal vem sendo questionada por operadores do direito e por organizações indígenas e indigenistas. Em parecer recente, o jurista José Afonso da Silva defendeu que o marco temporal e renitente esbulho são enunciados espoliadores de direitos fundamentais, arbitrários e inconstitucionais (SILVA, 2016). Além de estipular arbitrariamente uma data que não encontra respaldo na Constituição e ignorar o fato de que a posse indígena sobre suas terras é protegida no nível constitucional desde 1934, a aplicação do marco temporal equivale a anistiar a usurpação de terras indígenas (TIs) sistematicamente levada a cabo até 1988. Equivale a anistiar também os abusos e violações de direitos humanos que acompanharam essa usurpação. Hoje, graças à recuperação do Relatório Figueiredo e ao trabalho da Comissão Nacional da Verdade (CNV), existem amplas provas da política de expulsão dos índios de suas terras pelo Estado Brasileiro entre 1946 e 1988 (CNV, 2014). Usar a data da promulgação da Constituição vigente como marco para o reconhecimento de direitos significa sumariamente legitimar essa violência.

Apesar dessas ressalvas, o marco temporal vem sendo utilizado Brasil a fora em diferentes instâncias do Judiciário para suspender, anular ou colocar sob suspeição a demarcação de TIs. Trata-se do signo do retrocesso e da ofensiva contra o artigo 231 da CF no âmbito do Poder Judiciário. Nos últimos anos, os impactos do marco temporal têm sido especialmente graves em Mato Grosso do Sul, estado que concentra a segunda maior população indígena do Brasil e no qual as comunidades indígenas vivem, em grande parte, confinadas dentro de minúsculas reservas instituídas na primeira metade do século XX (FERREIRA, 2014, 2009; VARGAS, 2003). Ali, demarcação de quatro TIs – Guyraroká, Panambi Lagoa-Rica, Limão Verde e

Buriti – foram recentemente anuladas com base no marco temporal. Outras demarcações, como é o caso da terra Taunay-Ipegue e áreas de Cachoeirinha, encontram-se suspensas com base no mesmo enunciado e estão aguardando providências do Poder Judiciário. Nas ações possessórias, o marco temporal vem sendo usado para justificar mandados de reintegração de posse em áreas habitadas e cultivadas por povos indígenas. Nessas decisões, alega-se que, se os indígenas não ocupavam a terra em disputa em 1988 e não foi provado que houve “renitente esbulho” impedindo essa ocupação, não há falar em terra tradicionalmente ocupada.<sup>3</sup>

Ao aplicar o marco temporal dessa forma, o Judiciário está transfigurando profundamente a CF, já que esta em momento algum faz referência a uma data como delimitadora do direito territorial indígena, e contribuindo para a legitimação de todo tipo de esbulho possessório praticado contra os povos indígenas antes de 1988 (SILVA, 2015). Sabemos que esse não foi o intuito dos constituintes nem o projeto de sociedade consolidado na CF (LACERDA, 2008). Mas como as diferentes vozes do Poder Judiciário estão se posicionando diante dessa situação? Será que o elas estão se portando como meras aplicadoras de uma doutrina que, além de inconstitucional, corre o risco de anular os pouco avanços que fizemos nas últimas décadas no sentido de construir uma sociedade verdadeiramente pluriétnica e diversa? Ou é possível encontrar no Judiciário vozes e decisões que questionam e bloqueiam o avanço dessa doutrina e buscam contribuir, na contramão do atual contexto, para a consolidação dos direitos fundamentais indígenas? E, se existem divergências e disputas sobre a interpretação e aplicação do marco temporal no âmbito do Poder Judiciário, como elas podem ser usadas por atores engajados com a consolidação dos direitos territoriais indígenas para avançar essa pauta dentro de um ambiente político, legal e institucional ameaçador e desfavorável?

O presente estudo aborda essas perguntas por meio de um estudo quantitativo e qualitativo dos impactos do marco temporal em processos judiciais que incidem sobre três terras do povo Terena em Mato Grosso do Sul – Buriti, Cachoeirinha e Taunay-Ipegue. Com base na sistematização e análise de todas as decisões judiciais tomadas no âmbito de ações declaratórias e possessórias incidentes sobre esses

<sup>3</sup> STF, Petição n. 3.388, relator o ministro Roberto Barroso, j. em 23/10/2013.



territórios, buscamos responder três questões: Como o marco temporal tem sido aplicado em decisões proferidas nas diferentes instâncias do Poder Judiciário e quais impactos ele tem tido sobre os direitos territoriais dos Terenas? Existem variações e disputas sobre a aplicação e significado do enunciado? Como podemos explicar essas variações?

Nossa análise busca especialmente lançar luz na forma como as instâncias inferiores do Poder Judiciário vêm interpretando o marco temporal. Afinal, são elas que muitas vezes decidem sobre direitos territoriais primeiro, e suas decisões podem ter impactos imediatos e gravíssimos, como a paralização de processos de demarcação e a expulsão de indígenas de áreas retomadas. Por isso, consideramos fundamental entender como o marco temporal tem penetrado nas capilaridades do Poder Judiciário, e não apenas nas instâncias superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o STF. Além disso, consideramos importante olhar não apenas para as ações declaratórias de domínio mas também para as possessórias, visto que, com a enorme delonga das primeiras, é nas últimas que se decide por longos períodos de tempo o usufruto do território.

Ao sistematizar as diferentes formas de aplicação e afastamento do marco temporal e levantar algumas hipóteses sobre os motivos das variações e mudanças no posicionamento da jurisprudência, esperamos apontar alguns caminhos abertos para a contestação do marco temporal e contribuir para o debate sobre formas de avançar os direitos territoriais indígenas dentro do Poder Judiciário.

O restante deste artigo está estruturado da seguinte maneira: começamos por descrever a nossa metodologia de coleta, sistematização e análise de decisões judiciais e apresentamos as perguntas-chave que orientam a nossa análise da jurisprudência (item 2). Depois, passamos a apresentar brevemente o histórico da demarcação das três terras terenas objeto do presente estudo, chegando até o atual momento de judicialização dos processos de demarcação territorial. Em seguida, investigamos como o marco temporal vem sendo interpretado e aplicado no âmbito das ações declaratórias de domínio e das ações de reintegração de posse e exploramos o que o atual estado da jurisprudência revela sobre os caminhos possíveis para a consolidação do direito territorial indígena no âmbito do Poder Judiciário (item 3). Concluimos com uma síntese da nossa análise (item 4).

## 2. APLICAÇÃO E IMPACTOS DO MARCO TEMPORAL: METODOLOGIA DE ANÁLISE

O objetivo do presente artigo é analisar os impactos do marco temporal sobre a tomada de decisão nas diversas instâncias do Poder Judiciário e investigar como a aplicação desse enunciado tem afetado a realização dos direitos territoriais das comunidades terenas que reivindicam a tradicionalidade de três terras situadas em Mato Grosso do Sul: Buriti, Cachoeirinha e Taunay-Ipegue. Para realizar essa análise, o primeiro passo foi montar um banco de decisões judiciais referentes aos direitos fundiários incidentes sobre essas terras. A montagem desse banco partiu da premissa de que a judicialização das disputas fundiárias envolvendo TIs ocorre por meio de duas vias distintas porém imbricadas. A primeira via corresponde à judicialização dos processos administrativos de demarcação de terras por proprietários rurais afetados. Aqui, a canalização da disputa fundiária para dentro do Judiciário ocorre por meio de ações declaratórias, nas quais o proprietário rural busca no Judiciário a declaração do seu domínio sobre a terra disputada. Ela ocorre também através de mandados de segurança, usados para questionar a legalidade dos atos do poder público que deram prosseguimento ao processo administrativo.

A segunda via corresponde à impetração de ações possessórias por proprietários ou detentores de terras retomadas por comunidades indígenas. Em Mato Grosso do Sul, a retomada de terras se tornou uma importante forma de reivindicação territorial utilizada pelo movimento indígena. Tendo em vista o caráter lento e conturbado dos processos de demarcação – caráter esse que está associado à estratégia de judicialização empregada pelos proprietários rurais –, diversas comunidades terenas têm optado por retomar as terras que já foram identificadas como tradicionais no âmbito de processos de demarcação, buscando dar visibilidade às suas demandas e consolidar sua posse sobre o território que lhes pertence. Essas retomadas ensejam ações de reintegração de posse, dentro das quais são posse indígena, o domínio sobre a terra e a extensão do direito à terra tradicionalmente ocupada.

Para entender como o marco temporal tem impactado a tomada de decisão no âmbito do Poder Judiciário, analisamos todas as decisões – liminares, sentenças, decisões monocráticas nos tribunais e acórdãos – proferidas dentro das ações declaratórias e possessórias

incidentes sobre essas três terras entre 2003 e 2017. Optamos por incorporar processos e decisões anteriores à edição do marco temporal para poder comparar se o padrão de tomada de decisão mudou, e como, depois do julgamento da Petição n. 3.388.

Num primeiro momento, montamos uma base de dados com ações declaratórias de domínio e possessórias incidentes sobre as terras que tenham decisões datadas de 2003 a 2017.<sup>4</sup> Em seguida, consultamos cada um desses processos no sítio da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) e do Supremo Tribunal Federal (STF), para ter acesso às decisões referentes às terras analisadas e reconstruir a trajetória das decisões tomadas dentro de cada processo.<sup>5</sup> Cada decisão foi classificada de acordo com três critérios:

**Conteúdo da decisão:** nas ações possessórias, dividimos a jurisprudência em duas categorias, a primeira referente a decisões que ordenam a posse indígena (PI) sobre a terra disputada, e a segunda referente a decisões que ordenam a posse particular (PP) sobre o imóvel. Como todas as decisões foram proferidas em ações de reintegração de posse que atacavam retomadas de terra, reconhecer a posse particular equivale a ordenar a reintegração da posse a favor dos proprietários ou posseiros e contra as comunidades terenas.

Nas ações declaratórias, criamos quatro categorias de conteúdo. A primeira e a segunda se referem a decisões que ordenam a suspensão e anulação do processo de demarcação (SPD e APD, respectivamente). Já a terceira e a quarta se referem a decisões que validam ou que permitem o prosseguimento de procedimentos de demarcação (VPD e PPD, respectivamente). É importante frisar que, de acordo com a CF de 1988, a União tem o domínio das TIs no Brasil.

**Grau de jurisdição:** Analisamos decisões proferidas pelo Juízo de primeira instância (1ª), pelo TRF3 e pelo STF;

**Forma de aplicação ou afastamento do marco temporal:** Finalmente, classificamos as decisões em três tipos: a) decisões que **aplicam** o marco temporal para definir e limitar o conteúdo dos direitos

<sup>4</sup> A lista dos processos consultados e das TIs às quais cada processo corresponde está no Anexo.

<sup>5</sup> Esses sítios estão nos seguintes endereços: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>, <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

territoriais indígenas; b) decisões que **não mencionam** o marco temporal; e c) decisões que **reconhecem** o marco temporal, mas buscam outras maneiras de garantir a posse indígena sobre o território.

Procedemos à análise de cada uma das decisões no nosso banco, de suas justificativas, estruturas e dispositivos. Cada processo no nosso banco é representado por uma sequência de decisões categorizadas conforme os critérios descritos acima. No total, analisamos 33 processos, 24 deles referentes a ações possessórias e 9 a ações declaratórias, e 118 decisões, 14 das quais foram tomadas no âmbito de ações declaratórias e outras 104 em ações possessórias. A maior parte dessas decisões foi proferida por juízes federais de primeira instância e desembargadores do TRF3. Apenas 6 foram proferidas por ministros do STF.

Com esse banco, pudemos analisar o teor das decisões referentes à posse e ao domínio dos territórios e identificar tendências na jurisprudência. Nossa análise comporta uma dimensão quantitativa e outra qualitativa. Sob o enfoque quantitativo, buscamos responder às seguintes questões: Com o surgimento do marco temporal, houve uma mudança no padrão de tomada de decisão no âmbito das diferentes instâncias do Poder Judiciário? Quantas suspensões e anulações de processos de demarcação foram ordenadas antes e depois do enunciado do marco temporal e como essas decisões estão distribuídas ao longo do tempo? Quantas reintegrações de posse foram ordenadas contra comunidades terenas antes e depois do marco temporal?

Já na análise qualitativa, olhamos para o conteúdo das decisões que estão no nosso banco de dados para investigar como os magistrados têm aplicado ou afastado o marco temporal. Afinal, o que a jurisprudência analisada nos mostra sobre a incorporação do marco temporal em diferentes instâncias do Poder Judiciário? Existe algum consenso ou disputa sobre a doutrina? E quais são as formas utilizadas por vezes dentro do Judiciário para afastar o marco temporal ou mitigar seus impactos sobre os direitos territoriais indígenas?

### **3. IMPACTOS DA APLICAÇÃO DO MARCO TEMPORAL SOBRE A REALIZAÇÃO DO DIREITO AO TERRITÓRIO DO POVO TERENA**

Neste item, apresentamos os resultados da análise de nossos bancos de dados de jurisprudência. Num primeiro momento, investigamos decisões proferidas no âmbito de ações declaratórias (item 3.1) e, em seguida, passamos à análise das decisões proferidas em ações de reintegração de posse (item 3.2). Tendo em vista o grande número de retomadas que houve nesse período e a disputa sobre a posse dessas terras que se seguiu no âmbito do Poder Judiciário, a quantidade de decisões proferidas em ações possessórias é muito maior do que as decisões proferidas no âmbito de declaratórias de domínio. Consideramos fundamental analisar simultaneamente esses dois tipos de processo porque eles dizem respeito a dois aspectos interligados do direito territorial indígena e assim constituem juntos o direito indígena à terra tradicionalmente ocupada.

#### **3.1 O impacto do marco temporal sobre os processos de demarcação de terras terenas**

Começamos por analisar as decisões proferidas no âmbito de ações declaratórias de domínio. No total, foram analisados 9 processos, nos quais classificamos e sistematizamos um total de 14 decisões. Cumpre ressaltar que excluímos do nosso banco de dados decisões meramente processuais, como aquelas que dispõem sobre a integração de partes nos polos do processo ou sobre a competência – e mantivemos apenas as decisões que dizem respeito ao conteúdo substancial da ação. Das 14 decisões, 8 foram proferidas por juízes federais da primeira instância em sede de liminar em ações declaratórias; 4 oriundas do TRF3, sendo 2 acórdãos proferidos em sede de apelações cíveis e 2 decisões monocráticas em agravos de instrumentos; e outras 2 decididas monocraticamente por ministros do STF.

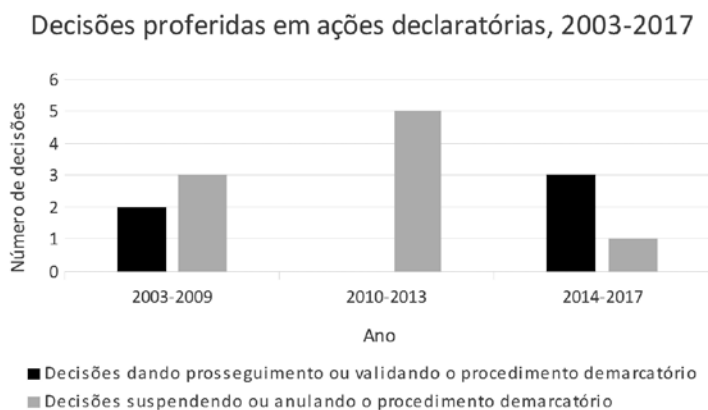
Uma análise do conteúdo dessas decisões revela que o Poder Judiciário tem sido extremamente intrusivo no desenrolar dos processos demarcatórios e tem se manifestado preponderantemente no sentido de suspender ou mesmo anular tais processos, muitas vezes no âmbito de liminar. Do total de decisões analisadas, apenas 28%

(n=4) permitem que o Executivo dê prosseguimento ao processo de demarcação questionado na justiça, e menos de 7% (n=1) validaram a identificação da terra tradicional feita pela Funai. Resta patente que o Poder Judiciário tem criado importantes empecilhos à demarcação das três terras analisadas. Entre 2003 e 2017, 64% (n=9) das decisões proferidas no âmbito de ações declaratórias suspenderam o prosseguimento do processo administrativo, seja até o trânsito em julgado da ação ou até que alguma outra medida processual fosse efetivada, ou anularam o processo. A demarcação da TI Buriti foi anulada em 2013 em julgamento do TRF3, e hoje Taunay Ipegue encontra-se suspensa por força de decisão liminar proferida pelo ministro Luiz Fux em sede de mandado de segurança. Ademais, a demarcação de diversas áreas da TI Cachoeirinha está suspensa por conta de liminares proferidas em sede de ações civis originárias no STF. Mesmo com o STF já tendo declinado a competência para julgar tais ações, essas decisões continuam vigentes, atrasando sobremaneira a demarcação da área.

Portanto, a demarcação de uma terra foi anulada pelo Poder Judiciário e a das outras duas está parcial ou integralmente suspensa. Mas o que o marco temporal tem a ver com isso? O enunciado do marco temporal afetou de algum modo a tomada de decisão nessas ações pelas diferentes instâncias do Poder Judiciário? Como? E quais foram os impactos desse enunciado sobre os processos de demarcação analisados?

Para responder essas questões, classificamos as decisões em duas categorias – a primeira contém aquelas que suspendem ou anulam a demarcação das áreas, a segunda engloba as que validam ou permitem o avanço do processo – e as organizamos conforme a data em que foram proferidas. Pudemos então analisar se houve alguma mudança no padrão das decisões antes e depois do marco temporal. Os dados sobre seus conteúdos revelaram a existência de três fases distintas de tomada de decisão no âmbito dos processos analisados. A primeira vai de 2003 a 2009 e é caracterizada por uma heterogeneidade no conteúdo das decisões, mesmo que a maioria seja contrária ao prosseguimento dos processos de demarcação; a segunda vai de 2010 a 2013, e aqui notamos uma prevalência absoluta de decisões no sentido de anular ou suspender os processos demarcatórios; já na terceira, que vai de 2014 a 2017, notamos novamente o aparecimento de posições favoráveis ao prosseguimento da demarcação das terras

terenas. A tabela abaixo apresenta o agregado das decisões proferidas em cada uma dessas fases conforme seu conteúdo.



Entre 2003 e 2009, nota-se uma leve prevalência de decisões suspendendo ou anulando os processos de demarcação das TIs, mas o gráfico sugere que não havia um consenso dentro do Judiciário sobre como proceder quanto à declaração de domínio nessas terras. Nesse período, o Poder Judiciário se manifestou diversas vezes sobre a demarcação da TI Buriti, que foi suspensa e mais tarde anulada em sentença de primeira instância, para, em 2006, ser validada no julgamento de apelação pela Quinta Turma do TRF3.<sup>6</sup> Do acórdão que declarou o caráter tradicional da TI Buriti conforme os estudos realizados no âmbito do processo de demarcação, destacamos os seguintes trechos:

EMENTA CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE DOMÍNIO DE PROPRIEDADES RURAIS E NULIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA FUNAI. PROTEÇÃO AOS ÍNDIOS. LAUDO ARQUEOLÓGICO E ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE INDÍGENAS. ALIENAÇÃO PELO ESTADO COMO DEVOLUTAS E CADEIA DOMINIAL DERIVADA. ILEGITIMIDADE. PROVIMENTO DOS RECURSOS DA UNIÃO E FUNAI E REMESSA OFICIAL. AÇÃO IMPROCEDENTE. (...)

<sup>6</sup> Apelação Cível n. 0003866-05.2001.4.03.6000.

– O deslinde da controvérsia exige o exame da questão fática, a cargo dos antropólogos e arqueólogos, e da jurídica, que se imiscui na primeira.

– Do “Relatório Antropológico para redefinição dos limites da terra indígena Buriti” elaborado por grupos técnicos da FUNAI coordenados pelo antropólogo Gilberto Azanha, em maio de 2001, com base na Portaria 1.155/Pres/FUNAI, aprovado pelo Sr. Presidente da FUNAI e que fundamenta o procedimento demarcatório ora questionado, consta descrição de todo o histórico de ocupação da tribo indígena na região e como seus membros acabaram por ser expulsos pelos fazendeiros e colonos.

– Laudo elaborado por dois peritos nomeados, dividido em estudo arqueológico e antropológico, corroborado pelos das assistentes da União/FUNAI e do Ministério Público Federal, também concluiu que a área em questão é tradicionalmente dos Terena. Dessa forma, quatro antropólogos e um arqueólogo, de reconhecida especialidade e competência nas respectivas áreas, atestam que as terras na região do Buriti são tradicionalmente ocupadas pelos índios terena.

(...)

– As provas coligadas evidenciam que, ao contrário do que alegam os autores, as terras não foram desocupadas espontaneamente, mas foram obtidas por meio de inegável expulsão dos indígenas. O contato dos Terena com as terras do Buriti, não obstante a expulsão e o confinamento, jamais se extinguiu e continua vivo até os dias atuais.

– A final, a conclusão dos estudiosos designados pelo Juízo foi peremptória no sentido de que a área periciada pode ser conceituada como de tradicional ocupação indígena.

– Parecer crítico dos assistentes técnicos dos autores não logrou infirmar os trabalhos anteriormente mencionados.

– A depreciação feita ao valor atribuído pelos experts aos depoimentos colhidos dos indígenas não se sustenta, haja vista que é sabidamente uma cultura ágrafa, cujas tradições se transmitem apenas oralmente. O único argumento de maior peso invocado, o estudo do antropólogo Roberto Cardoso de Oliveira, com base em um mapa de 1913 feito por Curt Nimuendaju, foi convincentemente enfrentado e rechaçado pelos peritos de confiança do Juízo.

– Parecer encomendado pelos autores evidencia que a reserva foi estipulada como um mero ato de boa vontade pelo Estado de Mato Grosso, que é insuficiente para as necessidades dos Terena e que o processo de usurpação foi violento. Improsperável argumento de que caberia o reconhecimento de um “direito adquirido” dos autores para não penalizá-los pelos equívocos do Estado ou do SPI na condução da ocupação da região. Inconcebível legitimar, sob o prisma da Carta Magna vigente, a transferência viciada desde sua origem que se operou, em detrimento do direito primário dos índios. Ao Judiciário cabe a reparação das injustiças que ao longo do tempo se acumularam até desembocar nesta demanda.



(...)

– Rejeitada a matéria preliminar. Apelações e remessa oficial providas. Ação julgada improcedente (Apelação Cível 0003866-05.2001.4.03.6000, julgamento de 12 de junho de 2006).

A Quinta Turma do TRF3, portanto, em 2006 reconheceu que os Terenas haviam sido violentamente expulsos de suas terras no início do século XX. Ademais, o julgamento reconhece que as reservas indígenas demarcadas pelo SPI naquela mesma época de maneira alguma se confundem com as terras tradicionalmente ocupadas pelos Terenas, isto é, aquelas discriminadas nos relatórios produzidos por antropólogos e historiadores no âmbito do processo administrativo em conformidade com a CF de 1988. Trata-se de um julgamento muito importante, que reconheceu a invalidade dos títulos de propriedade incidentes sobre terras tradicionais e reconheceu o direito terena às terras tradicionalmente ocupadas.

Ainda nessa primeira fase, o Poder Judiciário também se manifestou sobre a demarcação da TI Cachoeirinha no que tange às áreas da Agropecuária Caiman.<sup>7</sup> Novamente aqui, o juiz federal de primeira instância suspendeu o processo demarcatório em 2008, mas a decisão foi revertida em sede de agravo de instrumento. Nesse primeiro período, portanto, as poucas decisões analisadas indicam que, se o primeiro grau de jurisdição tendia a suspender ou anular a demarcação de TIs, o TRF3 se contrapunha a tal posicionamento, revertendo as decisões de primeira instância e validando ou permitindo o prosseguimento dos procedimentos administrativos em discussão.

Essa situação mudou drasticamente a partir de 2010. Entre 2010 e 2013, não houve nenhuma decisão validando nem sequer permitindo o prosseguimento dos procedimentos demarcatórios instruídos pela Funai. Das decisões proferidas nesse período – uma pelo ministro Gilmar Mendes<sup>8</sup>, outra pela Primeira Seção do TRF3 e outras três por juízes de primeiro grau – todas foram no sentido de suspender ou anular a demarcação de TIs. Houve ainda uma decisão, do ministro Marco Aurélio, deferindo liminar em favor dos proprietários da terra disputada para que eles pudessem ficar na posse do imóvel até a decisão final do processo.<sup>9</sup> E não é por acaso que essa tendência surge logo

<sup>7</sup> Ação Ordinária n. 0006083-11.2007.4.03.6000.

<sup>8</sup> Decisão proferida no âmbito da Ação Cautelar n. 2.556 em 29 de janeiro de 2010.

<sup>9</sup> Decisão proferida no âmbito da Ação Cível Originária em 7 de dezembro de 2011.

depois do julgamento da Petição n. 3.388 e do enunciado do marco temporal. Em cada uma dessas decisões, o marco temporal foi aplicado para impedir o prosseguimento da demarcação das três terras terenas, já que as comunidades terenas alegadamente não ocupavam aquele território na data da promulgação da CF de 1988.

A primeira decisão nesse sentido foi proferida ainda em 29 de janeiro de 2010 pelo ministro Gilmar Mendes no âmbito da Ação Cautelar n. 2.556. Esse processo tramitava no STF porque o estado de Mato Grosso do Sul havia ingressado na Ação Ordinária n. 0009406-87.2008.4.03.6000, cujos autores buscavam a anulação da demarcação da TI Cachoeirinha no que diz respeito às suas propriedades, as fazendas Petrópolis e São Pedro do Paratudal, ambas de Pedro Paulo Pedrossian. Com o ingresso do ente federado na lide, o juiz federal de primeira instância declinou a competência para julgar o feito com base no art. 102, I, *f*, da CF, enviando o processo ao STF para julgamento. Ao chegar ao STF, o processo se tornou a Ação Cível Originária n. 1.513, e, com a retomada da fazenda Petrópolis por comunidades terenas em 2010, o autor da ação impetrou a Ação Cautelar n. 2.556, pedindo a reintegração de posse. Ao receber o processo, o ministro Gilmar Mendes proferiu a seguinte decisão monocrática:

Existem nos autos documentos (fls. 161/164, apensos) que fundamentam a plausibilidade do argumento de que a cadeia dominial dos imóveis Fazenda Petrópolis e Fazenda São Pedro remonta aos anos de 1871 e 1898, muito anterior, portanto, à data de 5 de outubro de 1988, fixada como marco temporal de ocupação pela jurisprudência desta Corte no conhecido caso Raposa Serra do Sol, tal como explicitado em trechos da ementa do acórdão na PET nº 3388, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 25.9.2009: “*II. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica*”. (...)

Ante o exposto, defiro o pedido de medida cautelar e determino a suspensão do procedimento administrativo FUNAI/BSB/0981/82 da FUNAI e dos efeitos da Portaria nº 791, de 19 de abril de 2007, editada pelo

Ministro da Justiça, no que se referem às propriedades dos requerentes, assegurando-se aos autores a posse da Fazenda Petrópolis (de propriedade de Regina Pedrossian, matrícula 407, Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Miranda – MS) e Fazenda São Pedro do Paratudal (de Pedro Pedrossian, matrícula 203, R-10, Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Miranda – MS), ambas situadas no Município de Miranda – MS, até julgamento final da ação principal.

Note o desleixo com o qual o marco temporal é aplicado. Não se faz uma análise minimamente aprofundada dos estudos e relatórios que acompanham a ação nem referência à possibilidade de configuração de esbulho renitente no caso em apreço. O marco temporal é aplicado simples e sumariamente, sem cerimônia e sem fazer jus ao enunciado do julgamento da Raposa Serra do Sol ou à complexidade do caso em questão.

Portanto, mesmo antes do julgamento dos Embargos Infringentes na Petição n. 3.388, o ministro Gilmar Mendes já usava o marco temporal para impedir o prosseguimento da demarcação de terras terenas, suspendendo por meio de liminar o prosseguimento do procedimento administrativo FUNAI/BSB/0981/82 da Funai bem como dos efeitos da Portaria n. 791/2007 no que se refere às duas fazendas em questão. Em junho de 2014, o STF declinou a competência para julgar a Ação Cautelar n. 2.556, bem como a ação cível ordinária à qual ela estava vinculada, em favor do juízo de origem. No entanto, apesar de já se terem passado quase sete anos, a decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes continua vigente, atrasando de maneira injustificável o prosseguimento da demarcação da TI Cachoeirinha e impedindo a realização do direito das comunidades terenas à sua terra tradicional.

Ainda em 2010, outra decisão impede o prosseguimento da demarcação da TI Cachoeirinha. Agora, trata-se de uma decisão de primeira instância. Novamente recorrendo ao recém-enunciado marco temporal, o juiz federal justifica sua decisão evocando o fato de que, ao que tudo indica, os indígenas não ocupavam a terra disputada em 1988, e isso prejudicaria sua tradicionalidade.<sup>10</sup> Ainda com relação a Cachoeirinha, em 2011 a Justiça Federal de Mato Grosso do Sul antecipou a tutela numa ação declaratória referente ao domínio da fazenda Sangue-Suga, permitindo que seus proprietários permanecessem na posse do imóvel

<sup>10</sup> Ação n. 0002962-04.2009.4.03.6000, decisão de 26 de fevereiro de 2010.

até o trânsito em julgado da ação.<sup>11</sup> Em todos esses casos, a aplicação do marco temporal foi precedida de análises rasas e sumárias, longe do tipo de apreciação necessária para que se tenha um julgamento da tradicionalidade da terra ou da ocorrência de esbulho passado e presente contra o povo Terena.

As comunidades da TI Taunay-Ipegue também foram gravemente impactadas pelo marco temporal em 2010. Em decisão datada de 20 de agosto daquele ano, a Justiça Federal de Mato Grosso do Sul usou o poder geral de cautela para suspender o Processo Administrativo n. 08620-000289/1985, referente à demarcação de Taunay-Ipegue, enquanto eram produzidas as provas necessárias para verificar se a teoria do fato indígena, consagrado no julgamento da Petição n. 3.388, se aplicava ou não à área. Assim, sob o pretexto de averiguar a pertinência da aplicação de um precedente que nem sequer havia transitado em julgado, a demarcação da TI Taunay-Ipegue foi suspensa em 2010, sendo que apenas em 2014 deu-se prosseguimento ao processo.

Mas foi possivelmente a comunidade da TI de Buriti quem mais teve seus direitos impactados com o enunciado do marco temporal. Conforme apresentado acima, em 2006, a Quinta Turma do TRF 3 havia, por maioria, reconhecido o caráter tradicional daquela terra. A partir de então, e enquanto o processo de demarcação aguardava o decreto homologatório, comunidades terenas puderam habitar e usufruir das terras discriminadas no âmbito daquele processo. Mas, logo após o julgamento da Raposa Serra do Sol, os autores da ação que pedia a anulação da demarcação de Buriti entraram com embargos infringentes pedindo um novo exame do caso à luz da doutrina do marco temporal. Foi em junho de 2012 que a Primeira Seção do tribunal, nos termos do voto condutor do desembargador federal Nelton dos Santos, deu provimento aos embargos para anular a demarcação de Buriti. O fundamento usado para justificar a anulação foi, mais uma vez o marco temporal. No acórdão, ignora-se o esbulho possessório sofrido pelos Terenas e afirma-se que “O Supremo Tribunal Federal assentou que a CF fixou a data de sua promulgação como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras

<sup>11</sup> Ação n. 0012204-21.2008.4.03.6000, decisão de 23 de agosto de 2011.

que tradicionalmente ocupam (STF, Petição n. 3.388, Pleno, relator o ministro Carlos Britto) (...). No caso presente, a prova dos autos revela que, em 5 de outubro de 1988, marco temporal a ser considerado para o deslinde da causa, já não havia ocupação indígena e a posse dos não índios era exercida pacificamente” (Embargos Infringentes n. 0003866-05.2001.4.03.6000, julgamento em 21 de junho de 2012, relator o desembargador federal Nelton dos Santos).

Nos votos-vista, o desembargador Antonio Cedenho apontou os riscos de aplicar de maneira inconsequente o marco temporal e defendeu a existência de renitente esbulho no caso de Buriti:

Portanto, as Constituições Brasileiras, a partir daquela promulgada em 1934 (que em seu art. 129 dispôs: “*Será respeitada a posse de terra de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las*”), estabeleceram que qualquer título de propriedade sobre as terras em questão é de nenhum valor, por se tratar de propriedade da União, cuja posse é destinada aos indígenas. (...)

Proseguindo, entendo que o marco temporal de 05/10/88 não é o único critério definidor das terras indígenas, válido apenas para impedir a ocupação de outras propriedades ou a migração das comunidades indígenas, a partir dessa data. Isso porque, limitar o direito às terras àqueles indígenas que já estavam na posse de determinada área importaria em excluir dessa proteção os que delas foram desapossados e, com isso, legitimar os atos nulos praticados pelo Estado do Mato Grosso, no caso, que transferiu aos particulares o que não lhe pertencia, já que de terras devolutas não se tratavam, situação que o Poder Judiciário não pode legitimar.

Assim, permitir a data de 05/10/88 como o único sinal de ocupação que se põe para o estabelecimento de limites territoriais indígenas, é aceitar o pressuposto utilitarista do Direito, consistente em pesar custos e benefícios de determinado fato e apenas esperar uma avaliação mais ampla das conseqüências sociais, tendentes a acomodação. Mas o que se exige da Justiça é muito mais, dela se requer diretrizes que corrijam as desvantagens sociais e econômicas, pois na moldura do caso em questão o afastamento dos índios, embora paulatino, não foi voluntário.

Nesse quadro, reitero a manifestação do Ministro Eros Grau, já transcrita acima: “*Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores.*” (destaquei) (...)

Na hipótese dos autos, conforme a prova testemunhal, o desapossamento restou comprovado através dos depoimentos, um deles “*do indígena Armando Gabriel, nascido em 1918, sendo o cacique mais antigo dos Terenas*”, transcrito na sentença (fl. 4.152). Portanto, a retirada não ocorreu *sponte própria*. (Voto-vista nos Embargos Infringentes n. 0003866-05.2001.4.03.6000, julgamento em 21 de junho de 2012).

Junto com Antonio Cedenho, os desembargadores federais Cotrim Guimarães e Ramza Tartuce negaram provimento aos embargos. O processo hoje encontra-se remetido ao STF, onde será julgado recurso extraordinário contra o julgamento que anulou a demarcação de Buriti.

A paralização da demarcação das terras não fez nada senão agravar os conflitos na região – apenas os intensificou e prolongou, aprofundando ainda mais o sentimento de injustiça das comunidades indígenas. Os Terenas demonstravam claramente, por meio da organização de assembleias, protestos e retomadas, que estavam dispostos a lutar, dentro e fora das arenas institucionais, pela demarcação de suas terras. Em junho de 2013, durante o cumprimento de uma reintegração de posse na fazenda Buriti, o indígena Oziel Gabriel foi assassinado, gerando comoção e mobilização no povo Terena. Inúmeras propriedades, todas situadas em áreas identificadas pela Funai como territórios tradicionais dos Terenas, foram retomadas nas semanas seguintes. O conflito escalou de modo a atrair a atenção do governo federal, que mandou diversos ministros para a região para mediar as tensões. Além disso, em 2013 o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul, comissão intersectorial que buscava propor novas soluções para a questão fundiária na região. Entre as soluções propostas estavam a desapropriação indireta das terras reivindicadas pelos povos indígenas e a compra dessas terras pelo governo federal (CNJ, 2013).

Tudo isso mudou drasticamente o contexto de tomada de decisão do Poder Judiciário, que passou a se preocupar mais com as consequências e relevância social de suas intervenções. O contexto de escalada de conflitos e busca por novas soluções institucionais começa a permear as decisões legais, bem como a conduta do Judiciário. Em 2014, o juiz federal Pedro Pereira visita uma série de áreas contenciosas e passa a reconsiderar as liminares que haviam suspenso processos de demarcação ou garantido a posse particular sobre esses imóveis durante e até o trânsito em julgado das ações. Ao visitar as áreas, o juiz federal notou quanto as comunidades indígenas precisavam daquele território para plantar e viver tradicionalmente, e o dano que estava sendo feito pela paralização de sua demarcação. Acima de tudo, o magistrado reconheceu a urgência com a qual era necessário resolver a questão do domínio sobre a terra, para que se pudesse decidir com clareza e segurança como proceder. Cumpre citar

trechos da decisão da Justiça Federal na qual se dá prosseguimento à demarcação da TI Taunay-Ipegue:<sup>12</sup>

A carência da comunidade sob o aspecto de falta de terras para o trabalho, com os problemas daí decorrentes – constatada *in loco* quando da inspeção que realizei – é tão grave que do Relatório dos Trabalhos da Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul, de que tratam as Portarias CNJ nº 53/2013 e 71/2013, enquadrou-a no grau 1 nas prioridades elencadas, culminando por sugerir indenização da terra nua em razão da responsabilidade objetiva por violação da segurança jurídica, em relação aos fazendeiros e o reassentamento dos pequenos proprietários.

Assim, diante da gravidade do quadro, o processo administrativo não deve ficar parado no Ministério da Justiça no aguardo da solução deste processo. Se deveras as glebas dos autores não se enquadram nas condicionantes fixados pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, como alegam os autores, cabe-lhes alinhar suas razões no referido processo demarcatório. Ressalte-se, no passo, que as referidas condicionantes fixadas não têm efeito vinculante, como depois deixou claro o próprio Supremo. Mas, isso não quer dizer que S. Ex.<sup>a</sup>, o Ministro da Justiça não observará esses parâmetros. É preciso ver quais serão os fundamentos daquela autoridade, tornando-se necessário o prosseguimento do processo. Recorde-se que em data recente – 13 de março de 2014 – o Executivo fez publicar decreto presidencial declarando de interesse social, para fins de desapropriação, de imóvel destinado à Comunidade Indígena Tuxá de Rodelas, no município de Rodelas, Estado da Bahia, o que demonstra o propósito do governo federal em proceder à regularização das terras indígenas de um modo geral. Com isso quero dizer que a tramitação do processo aqui discutido em nada prejudicará o direito dos autores. Se ao final vier a ser demonstrado que a área não é de ocupação tradicional indígena, certamente que o Executivo adotará outras medidas tendentes a resolver os interesses em conflito. Assim, revogo aquela decisão, por entender que a suspensão do processo – que já perdura por quase quatro anos – é deveras prejudicial à comunidade indígena e, por outro lado, pouco acrescenta aos proprietários, mesmo porque eles estão na posse mansa e pacífica dos respectivos imóveis. (Ação Declaratória n. 0003009-41.2010.403.6000, decisão de 24 de abril de 2014).

Os autores da ação recorreram dessa decisão com um agravo de instrumento. No dia 23 de fevereiro de 2015, a Quinta Turma do TRF3 decidiu por unanimidade negar provimento ao agravo. O acórdão

<sup>12</sup> Ressalte-se que decisões de semelhante teor foram proferidas pela Justiça Federal também em 2014 dentro de ações declaratórias referentes a Cachoeirinha e Pílad-Rebuá.

revela a disposição do tribunal em levar a sério a ressalva do esbulho possessório contida no enunciado do julgamento da Petição n. 3.388. A Quinta Turma reconhece o marco temporal, mas conclui que ele não pode ser automaticamente aplicado no caso, afirmando o seguinte:

Por ocasião do julgamento da Pet 3.388/RR – RORAIMA, não há como deixar de reconhecer que foi fixado limite de tempo de ocupação para fins de demarcação de terras tradicionalmente indígenas, no entanto, com ressalvas, devendo-se verificar que a reocupação não ocorreu por atos de expropriação territorial praticados por não-índios.

Por outro lado, a Constituição incumbe o Poder Executivo da realização dos referidos estudos, não podendo o Poder Judiciário avocar para si tal responsabilidade, em ações movidas por particulares, antecipando-se ao pronunciamento dos órgãos legalmente investidos de tais funções. Realizados os estudos, como dito, poderão os particulares questionar os seus resultados, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

Portanto, não há como impedir o prosseguimento do processo administrativo. (Agravo de Instrumento n. 0014619-22.2014.4.03.0000/MS, acórdão de 23 de fevereiro de 2015).

Apesar dessas decisões, a demarcação de Taunay-Ipegue foi suspensa novamente no final de 2016, dessa vez no âmbito de mandado de segurança impetrado diretamente no STF com vistas a determinar que o presidente da República se abstenha de editar decreto homologatório da ampliação da Reserva Indígena Taunay-Ipegue.

Assim, entre 2014 e 2017, foi dado prosseguimento a alguns processos de demarcação, e novas formas institucionais de resolução dos conflitos começam a ser aventadas dentro e fora do Poder Judiciário. No entanto, a decisão do STF citada acima mostra a inconstância do Poder Judiciário e a incerteza gerada pela quantidade de ações e estratégias empregadas por proprietários rurais para impedir a demarcação de TIs. Parece que as três terras terenas já não estão mais sob o signo implacável do marco temporal, mas a sua situação fundiária está longe de ser resolvida.

Olhando para os processos e decisões como um todo, resta claro ser enorme o impacto do marco temporal sobre a demarcação das três terras terenas analisadas. Com base no marco temporal, a demarcação de uma dessas terras foi anulada e a das outras duas foi liminarmente suspensa e paralisada por anos. A demarcação de Taunay-Ipegue foi suspensa por quatro anos, e a de Cachoeirinha por sete anos em algumas áreas. Assim, o marco temporal serviu de justificativa para a paralização



das demarcações, contribuindo para o aprofundamento das tensões e injustiças e escalada dos conflitos territoriais em Mato Grosso do Sul.

Observa-se que grande parte das decisões examinadas acima e que compõem o nosso banco de dados não procedeu a análise detalhada ou minuciosa das condições para a aplicação do marco temporal. Na maior parte dos casos, o enunciado é aplicado de maneira liminar, que pouco considera o real conteúdo do marco temporal – como o conceito de posse tradicional que ali está contido e a noção de esbulho, que deveria afastar a sua aplicação – e as características dos casos concretos. Em vez de resolver qualquer conflito, a onda de aplicação inconsequente do marco temporal entre 2010 e 2013 fez escalar os conflitos territoriais no estado de Mato Grosso do Sul, forçando as autoridades locais e nacionais a buscarem alternativas para a resolução das tensões. Assim, ao que tudo indica, o Poder Judiciário apenas reconsiderou a aplicação do marco temporal em casos onde ele reconheceu, ao conhecer e visitar as áreas disputadas, que a demarcação de terras é urgente e que, se elas não forem reconhecidas como tradicionais pelo Judiciário ou pelo Executivo, é necessário encontrar outros arranjos institucionais para garantir o usufruto indígena sobre tais territórios.

### **3.2 O impacto do marco temporal sobre a posse das terras terenas**

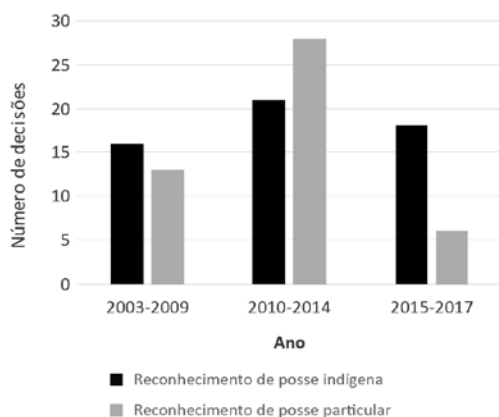
Seguimos para a análise da aplicação e dos impactos do marco temporal sobre a *posse* dos territórios terenas. Todas as decisões aqui analisadas foram proferidas no âmbito de ações de reintegração de posse impetradas por proprietários ou posseiros de terras depois de retomadas promovidas pelo povo Terena. No total, foram analisados 24 processos, dos quais classificamos e sistematizamos 102 decisões. Novamente, cumpre ressaltar que excluímos do nosso banco de dados decisões meramente processuais – como aquelas que dispõem sobre a integração de partes nos polos do processo ou sobre a competência – e mantivemos apenas as decisões que dizem respeito ao conteúdo material da ação. Dentro desse banco, 52 decisões foram proferidas por juízes federais de primeira instância, das quais 39 são liminares e 13 sentenças; 46 foram proferidas pelo TRF3, das quais 26 em sede de agravo de instrumento, 4 em suspensão de liminar e 16 em apelação

cível; e finalmente 4 foram proferidas no STF, sendo 3 dessas em ação cível originária e 1 em suspensão de liminar.

As decisões foram classificadas em dois grupos conforme seu conteúdo: as decisões que reconhecem a legalidade ou provável legalidade da posse indígena e as que reconhecem a posse particular sobre a terra disputada. No caso de ser reconhecida a posse particular, a decisão coincide com uma ordem de reintegração de posse determinando que a comunidade indígena saia da propriedade. Uma análise preliminar das decisões revela um Judiciário dividido: 56 decisões proferidas permitiram que a comunidade terena ficasse na posse do imóvel, enquanto 48 ordenavam a reintegração de posse contra a comunidade e em favor do particular.

Para averiguar os impactos do marco temporal sobre o direito à posse dos imóveis em questão, organizamos o banco de decisões conforme a data em que as decisões foram proferidas. Pudemos então analisar se houve alguma mudança no padrão das decisões antes e depois do marco temporal. Novamente, os dados sugerem a existência de três fases distintas de tomada de decisão. A primeira fase vai de 2003 a 2009 e é caracterizada por uma heterogeneidade no conteúdo das decisões, com pequena predominância de *decisões favorecendo a posse indígena*. Cumpre notar que, nesse período, a maioria das ações possessórias se referiam à TI Buriti, já que nela se realizava grande parte das retomadas de terra. Em Cachoeirinha, ocorreram quatro retomadas no período e, em Taunay-Ipegue, nenhuma. A segunda fase vai de 2010 a 2014, e nela as decisões ordenando a reintegração de posse em favor de proprietários de terras predominam sobre as decisões permitindo a posse indígena. Nesse período, as retomadas se difundem por diversas terras terenas, inclusive para Taunay-Ipegue, onde a primeira retomada ocorre em 2013. Finalmente, a partir de 2015 vemos uma nova inversão no conteúdo agregado das decisões, sendo que a partir desse momento a Justiça Federal passa a favorecer mais uma vez a manutenção da posse indígena sobre a reintegração da posse particular. A tabela abaixo apresenta o agregado das decisões proferidas em cada uma dessas fases conforme seu conteúdo.

## Decisões proferidas em ações possessórias, 2003-2017



Novamente, é preciso investigar o conteúdo dessas decisões para verificar até que ponto os padrões retratados no gráfico acima foram impactados pelo marco temporal. Entre 2003 e 2009, há uma série de decisões divergentes proferidas pelo Judiciário. Das 29 proferidas nesse período, 13 ordenam a reintegração do particular no imóvel retomado, enquanto 16 reconhecem que as comunidades indígenas devem permanecer na posse da terra. Para entender a lógica por trás dessa distribuição, é preciso adicionar uma camada à análise e diferenciar entre as instâncias que proferiram as decisões. Vemos então que todas as reintegrações de posse nesse período foram ordenadas pela primeira instância e todas as decisões proferidas pelo TRF3, seja em agravo de instrumento, seja em apelação, foram no sentido de manter os indígenas na posse do território sob litígio.

O julgamento, em 2006, da Apelação n. 0003866-05.2001.4.03.6000, ao validar o processo de demarcação da TI Buriti e declarar a tradicionalidade desse território, influenciou diretamente decisões tomadas no âmbito de uma série de possessórias. No ano de 2006, a Quinta Turma do TRF3 julgou inúmeros acórdãos reconhecendo a posse dos Terenas de Buriti sobre inúmeras fazendas retomadas nos anos precedentes. Em cada um desses acórdãos, a Quinta Turma daquele tribunal reconhecia a ilegalidade dos títulos de propriedade que sustentavam a posse de particulares e declarava a tradicionalidade

dade daquelas terras bem como o direito de posse dos Terenas sobre elas. O julgamento da Apelação n. 2000.60.00.001770-9, referente às fazendas São Sebastião, Lindóia, Limoeiro, Ponte Lavrada, Quitandinha, Água Clara, Buriti 3R e Querência de São José, ilustra o posicionamento do tribunal:

- Quanto ao cabimento da conceituação jurídica das terras da região do Buriti como tradicionalmente ocupadas pelos Terena, o conhecido Alvará Régio de 1º de abril de 1680, estendido posteriormente, em 1758, a todo Brasil, reconheceu como originário o direito dos índios às próprias terras, fonte primária e congênita da posse. Posteriormente, a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, conceituou as chamadas terras devolutas e deixou claro que entre elas não se incluíam aquelas “concessões do Governo”. A transferência destas últimas aos Estados pela Constituição de 1891 (artigo 64) manteve sob domínio da União aquelas pertencentes aos indígenas. Conseqüentemente, as alienações feitas a particulares pelo Estado de Mato Grosso Sul das terras dos Terena como se fossem devolutas não têm legitimidade, bem assim os títulos acostados aos autos e a cadeia dominial derivada, independentemente da boa fé dos adquirentes.
- Relativamente aos precedentes invocados e à Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal, inaplicáveis à situação em comento, pois referem-se a antigos aldeamentos indígenas há séculos desaparecidos e substituídos por grandes concentrações urbanas tais como em Guarulhos, Santo André e São Miguel, situação radicalmente distinta do caso dos Terena. Em primeiro lugar, porque ainda habitam a região do Buriti. Ademais, como foi exposto, após a Guerra do Paraguai a ocupação indígena da região não se identifica com o conceito de aldeia, utilizado nos aludidos precedentes e na súmula, mas à noção de *tronco*. Somente a partir de 1930, com a criação da reserva de 2.090 ha em que foram confinados, é que a idéia de aldeamento volta a fazer algum sentido, mas é certo que não está extinto.
- Demonstrado o caráter originário da presença dos índios nas terras, prevalece os direitos deles constitucionalmente assegurados, de forma que o título de propriedade dos apelados não lhes socorre. (Apelação n. 2000.60.00.001770-9, acórdão de 11 de dezembro de 2006, relatora Susana Camargo, voto condutor de André Nabarrete).

Esse julgamento, repetido em diversas outras apelações julgadas em 2006, representa o posicionamento do Poder Judiciário frente aos conflitos fundiários em Mato Grosso do Sul entre 2006 e 2009. Mas tal posicionamento muda a partir do julgamento da Petição n. 3.388 e do enunciado do marco temporal. Conforme apresentado no item acima, já em 2010 o ministro Gilmar Mendes aplicou o marco temporal pela pri-

meira vez no âmbito de uma ação cautelar apreciando a posse sobre um imóvel, ordenando não apenas a suspensão da demarcação de Cachoeirinha como também a reintegração de posse contra os Terenas que haviam retomado a fazenda Petrópolis. Em 2011, a Justiça Federal de primeira instância passa a aplicar de maneira corriqueira e irrefletida tal doutrina para determinar a reintegração da posse de imóveis retomados, mesmo quando já reconhecida a tradicionalidade da posse em procedimentos de demarcação. Ignorando, se não anistiando, o esbulho possessório sofrido pelos Terenas ao longo do século XX, essas decisões se limitam a declarar que a terra parece estar sob a posse de particulares desde antes de 1988, e que por isso esses últimos tinham a melhor posse.<sup>13</sup> Ademais, depois do julgamento da Apelação n. 0003866-05.2001.4.03.6000, juízes federais de Mato Grosso do Sul passaram a aplicar corriqueiramente o marco temporal para ordenar reintegrações de posse contra indígenas da comunidade de Buriti. Ao que tudo indica, a Justiça Federal via no marco temporal uma solução fácil e rápida para o imbróglio das TIs. Alguns acolheram cegamente a panaceia, fato que teve consequências gravíssimas tanto para povos indígenas quanto para proprietários rurais em Mato Grosso do Sul.

Ressalve-se que, mesmo nesse período de irrefletida e corriqueira aplicação do marco temporal, alguns desembargadores federais se mantiveram críticos quanto à aplicação daquela doutrina, inclusive no caso de Buriti. Esses desembargadores argumentaram que, além de não ter transitado em julgado a ação declaratória de domínio referente àquela terra, são muitas as questões jurídicas e sociais envolvidas no litígio, como a própria vida e dignidade das comunidades de Buriti. Em decisão proferida no dia 12 de junho de 2012 no âmbito do Agravo de Instrumento n. 0023468-51.2012.4.03.0000/MS, a desembargadora Ramza Tartuce declarou o seguinte:

Na hipótese dos autos, entendo que, não obstante, no julgamento do processo de nº 2001.60.00.003866-3, tenha sido dado provimento aos embargos infringentes, reconhecendo o domínio da área objeto do litígio pela agravada, devem ser suspensos os efeitos da decisão agravada que determinou a desocupação da área pelos índios que ali se encontram.

E isto porque a ocupação foi motivada pelo fato de que a fazenda se encontrava, em sua maior parte, em abandono, e foi realizada sem a

<sup>13</sup> Ver, por exemplo, decisão do dia 13 de maio de 2011 no âmbito da ação de reintegração de posse n. 0004818-32.2011.4.03.6000.

prática de violência física, tanto que as benfeitorias existentes na área ocupada não sofreram quaisquer danos, presumindo-se, assim, que a agravada não exercia a posse sobre a área reivindicada.

Além disso, a retirada das famílias indígenas, neste momento, poderia gerar um conflito social, com conseqüências imprevisíveis, tendo em vista que, no local, foram encontradas cerca de 200 famílias, com a presença considerável de crianças, mulheres e anciões, havendo cultivo de lavouras de feijão, abóbora, mandioca, maxixe, moranga, batata-doce e milho, estabelecidas conforme os costumes tradicionais dos Terena.

Na verdade, o que ocorre nestes autos é que a controvérsia não se limita apenas a um debate jurídico, mas também envolve questão de relevância social indiscutível, vez que se trata da dignidade da vida humana, princípio constitucional que prevalece sobre o direito individual de propriedade.

Por outro lado, observo que ainda não houve o trânsito em julgado da decisão proferida no processo de nº 2001.60.00.003866-3, não sendo lógico determinar a retirada dos indígenas da área ocupada, para, somente após o pronunciamento judicial definitivo, fazê-los retornar, ao final da discussão trazida *sub judice*, caso prevaleça a tese de que se trata de Terra Indígena.

A cautela exige aguardar o resultado final do processo nº 2001.60.00.003866-3. Se prevalecer, em definitivo, o que restou decidido nos embargos infringentes acima aludido, aí sim, os índios deverão deixar a área ora ocupada, para não mais retornar.

Tal posicionamento foi repetido em uma série de liminares proferidas em agravos de instrumento em 2012 e 2013. No entanto, apesar dessas decisões, nesse período o Poder Judiciário tendeu a emitir ordens de reintegração de posse contra retomadas terenas, quase sempre explicitamente justificadas com base no marco temporal. Foi assim que foi ordenada e realizada, no fim de maio de 2013, a trágica reintegração de posse na fazenda Buriti. Esse evento levou a um confronto entre a comunidade indígena, que resistia à reintegração e insistia no seu direito de ocupar aquela terra, e forças policiais. No meio do conflito, conforme mencionado acima, o indígena Oziel Gabriel foi morto por um tiro, gerando revolta de comunidades terenas no estado. Os Terenas reivindicaram com ainda mais veemência seu direito às terras já identificadas pela Funai e promoveram uma onda de retomadas na região. Terras indígenas foram retomadas nos municípios de Aquidauana, Dois Irmãos do Buriti, Miranda e Sidrolândia. Foi nesse contexto que ocorreram as primeiras retomadas em diversas áreas, como Taunay-Ipegue e Pilad-Rebuá.

Essa situação de resistência e luta indígena, aliada à escalada e difusão de conflitos fundiários, contribuiu para um segundo processo de mudança de posicionamento do Poder Judiciário no âmbito das ações possessórias. Tal mudança não ocorreu imediatamente depois dos eventos de 2013, mas em 2014 e principalmente em 2015 notamos uma modificação sistemática da tomada de decisão no âmbito do Judiciário, principalmente na primeira instância. É a partir desse ano que a Justiça Federal se torna mais cautelosa ao aplicar o marco temporal e ordenar a reintegração de posse contra os indígenas. Ela se torna também mais sensível quanto às causas do conflito sobre o qual se está decidindo e sobre as necessidades dos atores nele envolvidos. Para entender como essa mudança de posicionamento ocorreu e como ela está relacionada ao contexto da mobilização dos Terenas, cumpre analisar mais de perto as formas de interação entre as comunidades indígenas e o Poder Judiciário, bem como o conteúdo das decisões.

A partir de 2014, representantes da Justiça Federal de primeiro grau passaram a fazer uma série de visitas oficiais às terras em litígio, a fim de entender melhor o contexto das disputas e de oferecer melhores soluções para os casos. Tais visitas ocorreram em Cachoeirinha, Pilad-Rebuá e Taunay-Ipegue. Ao ler as decisões proferidas no âmbito dos processos legais pelos magistrados que se dispuseram a conhecer os territórios reivindicados pelas comunidades terenas, notamos que essas visitas foram extremamente relevantes na formação da opinião dos magistrados acerca da resolução dos conflitos. De acordo com uma decisão proferida pelo juiz federal Pedro Pereira acerca do pedido de uma reintegração de posse contra as comunidades terenas que haviam retomado uma fazenda em Taunay-Ipegue,

Faço essa digressão para observar que a presente decisão está respaldada em informações novas acerca da reivindicação da comunidade indígena e também – e principalmente – sobre o novo olhar lançado nos litígios agrários pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, aí incluído o CNJ, especialmente depois do incidente ocorrido na Aldeia Buriti, em Sidrolândia, MS. Com efeito, depois de ter visitado – duas vezes – as glebas litigiosas e a Aldeia; escutado *in loco* os reclamos dos membros da comunidade e dos proprietários; constatado a exiguidade da terra demarcada em comparação com a população indígena; avaliado os precedentes do Egrégio Tribunal Regional Federal acerca das questões agrárias envolvendo indígenas; e refletido sobre as alternativas alvitadas na audiência de conciliação; ponderado sobre possíveis incidentes na execução de eventual reintegração compulsória, cheguei à conclusão que a decisão liminar deve ser revista (...)

A carência da comunidade sob o aspecto de falta de terras para o trabalho (e os outros problemas daí decorrentes) é grave, fato reconhecido pela FUNAI, órgão federal encarregado de dar proteção e assistência aos índios e constatado *in loco* quando da inspeção que realizei. Em síntese, os Terenas de Taunay-Ipegue – com inteira razão (vide fundamentos abaixo) – reivindicam a ampliação de sua reserva, pois, em decorrência do crescimento demográfico, presentemente estão encurralados e sem perspectivas de vida. (Ação possessória n. 00013699-90.2014.4.03.6000, decisão de 5/8/2015).

As visitas às aldeias, a presença dos Terenas no processo e o contexto de mobilização indígena fazem com que o magistrado compreenda que a única solução correta e justa para a controvérsia é a manutenção da posse indígena sobre o território. Ele passa, então, a analisar as alternativas institucionais que poderiam viabilizar tal decisão, para isso lançando mão do relatório do CNJ sobre conflitos fundiários em Mato Grosso do Sul, bem como da legislação infra-constitucional vigente:

Conclui-se que, comprovada a indigência da comunidade em face da limitação do seu território, têm os indígenas direito à ampliação das terras, com base no art. 231 da CF, ou, se impossível sua aplicação, com fundamento nas outras normas referidas, inclusive aquelas alinhadas em tratado internacional, o que implica em desapropriação. E se a solução recair na desapropriação, a preferência quanto ao objeto deve ser as glebas contíguas àquelas da atual reserva (...)

Duas alternativas podem ser alvitradas para atendê-los: 1) a ampliação administrativa da reserva; 2) a desapropriação. Deveras, nos termos do art. 231 da CF cabem aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, as quais deveriam ter sido demarcadas até 5 de outubro de 1993 *ex vi* do art. 67 do ADCT. Porém, independentemente desse direito, por força do *caput* do art. 5º da Constituição Federal c/c do art. 2º, I, do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), as autoridades têm o dever de estender aos índios os benefícios da legislação comum.

Sucedendo que o procedimento administrativo [de demarcação] é sobremaneira demorado e certamente passará por sérias vicissitudes, a começar pela condicionante fixada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, porquanto se trata de área já demarcada nos idos de 1912 (f. 69). Sem contar que a posse das terras agora reivindicadas foram perdidas antes do marco temporal reconhecido pelo STF. (Ação possessória n. 00013699-90.2014.4.03.6000, decisão de 5/8/2015).

Nessa decisão, que é reiterada em outros processos referentes às terras de Pílad-Rebuá e Cachoeirinha, o magistrado toma dois fatos



como dados: primeiro, ele declara que a posse dos Terenas sobre os territórios é irreversível e justa, devendo ser de qualquer maneira validada pela justiça; e, segundo, ele declara que a demarcação do território como área tradicionalmente ocupada é improvável senão impossível à luz do marco temporal. Por isso, o magistrado passa a buscar uma nova solução para a lide, referindo-se como fundamento a outros casos semelhantes no Brasil e ao parecer do CNJ (2013):

Restaria ao Executivo proceder à desapropriação, com o prévio depósito da indenização justa, o que, aliás, não seria medida inédita, porquanto em data recente – 13 de março de 2014 – o Executivo fez publicar decreto presidencial declarando de interesse social, para fins de desapropriação, de imóvel destinado à Comunidade Indígena Tuxá de Rodelas, no município de Rodelas, Estado da Bahia. Abro um parêntese para lembrar que no Relatório dos Trabalhos da Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul (Portarias CNJ nº 53/2013 e 71/2013) a desapropriação foi um dos instrumentos sugeridos às autoridades para solução dos litígios. (...) Com efeito, ainda que futuramente venha ser reconhecida a ilegalidade do ato que levou à posse indígena, esta é irreversível. Presentemente em razão da situação fática e jurídica fartamente explicitada naquela decisão, outra notícia não se pode dar aos antigos ocupantes de que as áreas outrora denominadas fazendas estão afetadas a uma destinação pública. (...) Assim, caberia aos autores apenas requerer a resolução do caso em perdas e danos, no caso, por meio da alteração do pedido para desapropriação indireta. No entanto, conforme já relatado, esta não foi a opção dos interessados, que requereram a permanência da ação como possessória, impossível de ser deferida. Assim, a ação deverá ser extinta por impossibilidade jurídica do pedido.

Assim, mesmo que a demarcação da TI Taunay-Ipegue não tenha sido anulada em sede de ação declaratória, a Justiça Federal, antecipando os efeitos do marco temporal, vem procurando novas soluções para o conflito. A proposta na decisão acima é bastante ambígua do ponto de vista dos direitos territoriais indígenas. Por um lado, parte do pressuposto de que as comunidades indígenas têm um direito fundamental à terra, direito básico para sua existência e dignidade independentemente da forma institucional escolhida para garanti-lo. Por outro lado, essa alternativa toma a aplicação do marco temporal como um dado e um pressuposto, afastando assim sumariamente a tradicionalidade da terra em disputa e optando, de forma pragmática, por uma solução alternativa.

Não queremos dizer que essa solução é superior ou mesmo que vai perdurar no âmbito do Poder Judiciário. Ainda é preciso ver como

outras instâncias da Justiça e outros atores envolvidos no conflito, como as comunidades indígenas, vão se posicionar em relação a essa possibilidade. Apenas queremos demonstrar que a mobilização e insistência do povo Terena pelo reconhecimento de seus direitos territoriais bem como a consolidação de novas formas de interação e comunicação entre o as comunidades indígenas e o Poder Judiciário contribuíram para inaugurar-se uma nova etapa na jurisprudência sobre direitos territoriais indígenas. A partir de 2015, depois da onda de retomadas em territórios terenas, da demonstração das comunidades de sua intenção de resistir a reintegrações de posse e da possibilidade de interagir diretamente com magistrados, de mostrar-lhes o que é e o que significa uma retomada, a Justiça de primeiro grau deixou de simplesmente aplicar o marco temporal para resolver disputas territoriais. No lugar de uma aplicação automática de tal enunciado, essa instância tem buscado novas alternativas institucionais para a solução da controvérsia, as quais, claro, ainda precisam ser amplamente discutidas e validadas tanto pelo Judiciário quanto pelo próprio movimento indígena e pelos proprietários rurais.

Finalmente, cumpre ressaltar que o STF e o TRF3 também têm, nos últimos anos, demonstrado em algumas decisões a necessidade de tomar medidas de contracautela para evitar as graves consequências de reintegrações de posse em terras terenas bem como em TIs em todo o Brasil. Em 2015, o então presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, suspendeu a sentença que deferia a reintegração de posse da fazenda Timiquim, com a saída imediata dos indígenas que compõem a Comunidade Indígena Tupinambá de Belmonte/BA (Suspensão de Segurança n. 5.049), afirmando que:

Examinando os autos, verifico a existência de risco de lesão à ordem e à segurança públicas.

O temor do agravamento do conflito é, evidentemente, justificativa ponderável para o indeferimento da suspensão, tendo em vista a necessidade de preservar o estado de fato anterior ao esbulho alegado na ação de reintegração. Ocorre, contudo, que, a retomada da posse também pode ser vista como fator de exacerbação da disputa, em especial quando o cumprimento da ordem judicial é acompanhado por força policial, eventualmente desnecessária, especialmente quando a decisão em apreço ainda for passível de modificação.

Neste sentido, a precocidade da decisão no processo relativos à área em litígio, a viabilidade da reintegração, bem como seus efeitos diretos e indiretos sobre a população envolvida, não parecem ter sido aspectos considerados pela autoridade judiciária.

Vista sob esse ângulo, a questão do cumprimento provisório da sentença que determinou a reintegração possui ainda outra dimensão importante, uma vez que, na maioria das vezes, a expulsão dos ocupantes não vem acompanhada de perspectivas de moradia digna. Parece-me que evitar a constante movimentação involuntária da população é providência tão importante quanto assegurar o devido cumprimento das decisões judiciais de reintegração de posse.

Não há falar que a suspensão deva ser interpretada como aceitação da invasão praticada pelos indígenas pelo Poder Judiciário, pois as medidas de contracautela objetivam mitigar os danos decorrentes do conflito instalado, evitando-se, desta forma, o risco de grave lesão ou o seu agravamento até que seja certificado o trânsito em julgado da decisão cujos efeitos foram suspensos. (Suspensão de Segurança n. 5.049).

Essa decisão foi usada em uma série de agravos de instrumento referentes a reintegrações de posse em terras terenas para confirmar que as comunidades indígenas não deveriam ser retiradas das retomadas.<sup>14</sup> Mais tarde, em 2016, a ministra Cármen Lúcia se manifestou de forma semelhante sobre a comunidade indígena de Taunay-Ipegue. Em sede da Suspensão de Liminar n. 1.076, que avaliava uma ordem de reintegração de posse incidente sobre a fazenda Esperança, retomada em 2013 pelos Terenas de Taunay-Ipegue, a ministra apresentou a seguinte argumentação:

Ao analisar caso análogo ao presente, no qual se apontava que a execução de ordem de reintegração de posse de imóvel ocupado por indígenas, mediante o uso de força policial, colocaria em risco à ordem e à segurança pública, em razão do acirramento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios no Mato Grosso do Sul, destaquei:

“12. Se, de um lado, parece haver precipitação na promoção de ocupação de imóveis particulares a partir da conclusão de estudos antropológicos levados a efeito pela Funai, sem se aguardar a homologação do resultado desse estudo com a consequente declaração formal da tradicionalidade da ocupação indígena na região pela autoridade competente e, principalmente, sem que se apresse a conclusão do processo administrativo de demarcação, de outra parte não há como se subestimar que a demora na conclusão do processo administrativo competente, muitas vezes interceptado com excessiva judicialização de demandas sobre cada caso, incentiva a autotutela de interesses, o que resulta no aprofundamento do conflito fundiário na região e no

<sup>14</sup> Ver, por exemplo, decisão monocrática no Agravo de Instrumento n. 0018810-76.2015.4.03.0000/MS, proferida pelo desembargador federal Paulo Fontes no dia 7 de outubro de 2015.

emprego crescente da violência. Não obstante seja de se reconhecer que a reintegração do possuidor direto na posse do imóvel rural restabelece a ordem fática instabilizada pelo esbulho judicialmente reconhecido, não é de desprezar que o exercício da força para a prática deste ato constitui mais um elemento desestabilizador do quadro social, colocando em risco a segurança de todos.

Nessa linha é que se revela a plausibilidade da argumentação traçada pela Funai ao afirmar haver “grande número de indígenas estão envolvidos na operação de retomada, dentre crianças, adultos e idosos, cuja retirada compulsória, e com o uso da força policial, poderá ensejar enfrentamentos entre os indígenas e fazendeiros, ou entre indígenas e os próprios policiais, colocando em risco a vida, a saúde e a incolumidade física de todos os envolvidos” (fl. 13).

(...)

Essa mesma compreensão há de ser empregada no presente caso, pois a reintegração dos autores da ação possessória na posse do imóvel em questão, do qual estão afastados há mais de três anos, aliada à recente expedição da Portaria n. 497, de 29.4.2016, na qual o Ministro da Justiça declara a área do imóvel em foco (Terra Indígena Taunay-Ipéque) como de posse permanente do grupo indígena dos Terena, pode se traduzir em elemento encorajador da resistência pelos indígenas, potencializando o clima de hostilidade e tornando inevitável o uso da força para o cumprimento da ordem judicial, do que poderiam redundar consequências nefastas socialmente. O contexto parece demonstrar risco de acirramento dos ânimos das partes em conflito e conseqüente agravamento do quadro de violência, o que me conduz a reconhecer a plausibilidade do alegado risco à ordem e à segurança pública. (Suspensão de Liminar n. 1.076, decisão de 21 de setembro de 2016).

#### 4. CONCLUSÕES

Os dados analisados no presente artigo demonstram empiricamente que o marco temporal teve um impacto gravíssimo na realização dos direitos territoriais terenas em Buriti, Cachoeirinha e Taunay-Ipegue. A restrição de direitos territoriais não se deu apenas em decorrência de julgamentos proferidos por altas instâncias do Poder Judiciário, essas que são mais visíveis e, por uma série de motivos institucionais, mais poderosas. Na realidade, os direitos territoriais dos Terenas vêm sendo afetados por dezenas de decisões proferidas em diversas instâncias, nas quais o marco temporal tem sido aplicado de maneira rotineira e inconseqüente, sem que seja dada atenção para os requi-

sitos formais ou pressupostos concretos para a sua aplicação. É no âmbito de dezenas de processos que a luta pelo território terena tem se travado, e é nas dezenas de decisões que ele tem ganhado novos e perigosos contornos.

Vimos que, logo após a edição do marco temporal, houve uma mudança clara nas decisões proferidas pelo Judiciário. O enunciado foi rapidamente validado por ministros do STF e passou a integrar o repertório rotineiro de justificativas para decisões dos juízes federais de primeira instância. Decisões em ações possessórias e declaratórias passaram, a partir de 2010, a ser proferidas com base em análises sumárias da situação de fato em 1988. O marco temporal foi aplicado de maneira corriqueira e inconsequente, de modo a suspender, em sede de liminar, demarcações de terra terena, e de forma a ordenar reintegrações de posse contra comunidades indígenas em áreas já identificadas como tradicionais.

Mas aquele enunciado que os magistrados aparentemente abraçaram como solução rápida para a incerteza fundiária da região apenas serviu para aumentar o sentimento de injustiça entre os Terenas e escalar a mobilização de diversas comunidades. E nossa análise sugere que foi justamente a mobilização do povo Terena que criou um novo contexto e uma nova sensibilidade do Poder Judiciário, alterando significativamente o conteúdo das decisões. Por um lado, tal mobilização e, principalmente, as retomadas e a insistência terena em manter a posse sobre seus territórios criaram um ambiente social e político no qual se mostrou temerário proferir ordens de reintegração de posse. O risco à vida, à segurança e à ordem pública colocados por tais ordens se tornaram grandes demais para o Judiciário, que passou a permitir a posse dos Terenas nos diversos territórios reivindicados. Ao mesmo tempo, a presença indígena nos processos legais e a experiência direta dos magistrados nas retomadas se mostrou um mecanismo fundamental de sensibilização dos juízes de primeira instância para com as reivindicações territoriais dos Terenas. Ao visitar as retomadas e perceber a necessidade que as comunidades indígenas têm daquelas terras, bem como sua forte relação cultural e social com os territórios tradicionais, a Justiça Federal passou a tomar como fato consumado a posse indígena e a buscar novas maneiras de solucionar a questão territorial.

Essas soluções não são desprovidas de problemas e são também controversas. Transformar ações de reintegração de posse em ações

de desapropriação indireta passa pela consolidação do entendimento de que aquelas terras serão declaradas não tradicionais pelo Poder Judiciário e que, ao final, o marco temporal vai predominar enquanto doutrina limitadora de direitos indígenas. Isso terá que ser amplamente debatido tanto dentro do Judiciário quanto com as próprias comunidades indígenas.

No entanto, o que nos parece central nessa análise não é a solução em si, mas antes o poder da mobilização e da presença terena de influenciar o contexto e o sentido da tomada de decisão do Poder Judiciário. Ao que nos parece, a capacidade da sociedade brasileira de afirmar seu caráter pluriétnico e superar a aplicação rasa do marco temporal depende fundamentalmente da mobilização social em torno do Poder Judiciário, da capacidade das comunidades e do movimento indígena de sensibilizar a Justiça, desde a primeira instância, com relação à natureza e extensão de seus direitos territoriais.

## REFERÊNCIAS

1. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório dos trabalhos da Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande e Brasília: CNJ, 2013.
2. \_\_\_\_\_. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. v. II, texto V: Violações de direitos humanos dos povos indígenas. Brasília, 2014.
3. FERREIRA, Andrey Cordeiro. Políticas para fronteira, história e identidade: a luta simbólica e os processos de demarcação de terras terena. *Mana* 15 (2):377-410, 2009.
4. \_\_\_\_\_. *Tutela e resistência indígena*. São Paulo: EDUSP, 2014.
5. LACERDA, Roseane. *Os povos indígenas e a Constituinte*. Brasília: Conselho Indigenista Missionário (CIMI), 2008.
6. SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre a constitucionalidade do marco temporal*. 2016.
7. VARGAS, Vera Lúcia Ferreira. *A construção do território terena (1870-1966): uma sociedade entre a imposição e a opção*. Tese (Mestrado) – Universidade Federal de Dourados, 2003.

**ANEXO: PROCESSOS CONSULTADOS**

<b>Terra indígena</b>	<b>Tipo de ação</b>	<b>Número do processo</b>
Buriti	Reintegração de posse	2003.60.00.005243-7
Buriti	Reintegração de posse	0008669-60.2003.403.6000
Buriti	Reintegração de posse	0001770-51.2000.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	0001770-51.2000.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	0007441-69.2011.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	0004818-32.2011.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	0007669-44.2011.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	0001574-27.2013.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	0003407-80.2013.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	2003.60.00.00.5222-0
Buriti	Reintegração de posse	0005011-76.2013.4.03.6000
Buriti	Reintegração de posse	0003407-80.2013.4.03.6000
Cachoeirinha	Reintegração de posse	2005.60.00.010230-9
Cachoeirinha	Reintegração de posse	0008732-12.2008.4.03.6000
Cachoeirinha	Reintegração de posse	2009.60.00.002147-9
Cachoeirinha	Reintegração de posse	0008732-12.2008.4.03.6000
Cachoeirinha	Reintegração de posse	0011070-80.2013.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0005471-63.2013.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0013627-06.2014.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	00013699-90.2014.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0008447-72.2015.4.03.6000

Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0002448-07.2016.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0005885-56.2016.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0007914-79.2016.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0006309-98.2016.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Reintegração de posse	0006630-36.2016.4.03.6000
Buriti	Declaratória	0003866-05.2--1.4.03.6000
Cachoeirinha	Declaratória	0009406-87.2008.4.03.6000
Cachoeirinha	Declaratória	0006083-11.2007.4.03.6000
Cachoeirinha	Declaratória	0012204-21.2008.4.03.6000
Cachoeirinha	Declaratória	0002962-04.2009.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Declaratória	0005660-36.2016.4.03.6000
Taunay-Ipegue	Mandado de Segurança	34.201
Taunay-Ipegue	Declaratória	0003009-41.2010.403.6000



# ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DO MARCO TEMPORAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

RODRIGO CLEMENTE DE BRITO PEREIRA<sup>1</sup>

## RESUMO

No caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que somente são reconhecidos aos índios os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam se tal ocupação pudesse ser constatada na data da promulgação da Constituição de 1988. Este trabalho objetiva verificar se a fixação desse marco temporal único para a identificação e demarcação de terras indígenas encontra consonância com os parâmetros de proteção constitucionais e convencionais. A análise levará em conta o princípio da proporcionalidade, os marcos de proteção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a proibição de retrocesso, a natureza contramajoritária dos direitos humanos e o princípio da máxima efetividade. O exame da questão sob cada um desses cinco enfoques demonstra a necessidade de uma mutação constitucional quanto ao tema.

**Palavras-chave:** Marco temporal. Direitos indígenas. Mutação constitucional.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduado em Direito Público. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (área de concentração em Direitos Humanos). Professor na Pós-graduação em Ciências Criminais do Unipê – Centro Universitário de João Pessoa. Advogado. Procurador-geral adjunto do município de João Pessoa. Consultor legislativo da Assembleia Legislativa da Paraíba.

## ABSTRACT

In Raposa Serra do Sol Case, the STF has established the thesis that the indigenous communities only have the rights of the lands they traditionally occupy, if such occupation could be verified on the date of the promulgation of the Constitution of 1988. This work aims to verify whether this unique time frame for the identification and demarcation of indigenous lands respects the constitutional and conventional protection parameters. The analysis will take into account the principle of proportionality, the protection frameworks of the Inter-American Court of Human Rights, the retrocession prohibition, the counter-majoritarian nature of human rights and the principle of maximum effectiveness. Examining the issue under each of these five approaches, it is possible to demonstrate the need for a constitutional mutation in the subject.

**Keywords:** Time frame. Indigenous rights. Constitutional mutation.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AgR – Agravo Regimental

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNV – Comissão Nacional da Verdade

CVTDE – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

ED – Embargos de Declaração

Funai – Fundação Nacional do Índio

OIT – Organização Internacional do Trabalho

Pet – Petição

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

1. Introdução
2. Marco temporal fixado pelo STF
3. Análise do marco temporal
  - 3.1 Princípio da proporcionalidade
  - 3.2 Marcos de proteção da CIDH
  - 3.3 Princípio da proibição de retrocesso
  - 3.4 Proteção da vítima como fim dos direitos humanos
  - 3.5 Princípio da máxima efetividade
4. Proposta de mutação constitucional
5. Considerações finais
- Referências

### 1. INTRODUÇÃO

No julgamento da Pet n. 3.388 (2009), no qual se discutiu a demarcação da Terra Indígena (TI) Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima, o Plenário do STF fixou parâmetros com a pretensão de revelar o regime constitucional das demarcações de TIs no Brasil. Tais parâmetros, denominados salvaguardas institucionais, passaram, a partir de então, a funcionar como verdadeiras condicionantes de validade dos processos demarcatórios de TIs no Brasil.

Entre tais salvaguardas, ficou assentado que a data da promulgação da Constituição seria o marco temporal único e insubstituível para a aferição se determinada terra é ou não tradicionalmente ocupada por índios. Noutras palavras, estabeleceu-se que só podem ser consideradas terras tradicionais as que estavam sendo habitadas por índios na data de 5 de outubro de 1988, salvo se, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a ocupação indígena só não ocorresse por efeito de renitente esbulho por parte de não índios.

O objetivo do presente artigo é verificar se a definição da data de promulgação da Constituição de 1988 como marco temporal único e insubstituível para a identificação de TIs, conforme assentado pelo STF no caso Raposa Serra do Sol e com as conseqüentes implicações em outros processos em que se discute o direito de comunidades indígenas às terras que reivindicam, está em consonância com os parâmetros constitucionais e convencionais de proteção dos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A questão tem fundamental relevância, pois a tese do marco temporal único de 1988 é apontada com um dos principais empecilhos à concretização do indigenato (direito de posse permanente dos índios às terras que tradicionalmente ocupam), já que impede demarcações para etnias que só conseguiram retornar às suas terras tradicionais depois dessa data e desconsidera a falta de reconhecimento pelo Estado de todas as violações sofridas pelas comunidades indígenas antes e durante a ditadura militar que precedeu a Constituição brasileira atual, ignorando as dificuldades dos índios de terem sua autonomia reconhecida pelo Estado Brasileiro, em razão de que, até então, prevalecia uma concepção integracionista, segundo a qual os índios estariam vocacionados a ser integrados à sociedade nacional.

A decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol não tem efeito vinculante, mas, nos dizeres do próprio tribunal, ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões. Por isso, tem servido como paradigma para outras decisões de casos em que se debate a demarcação de TIs, o que reforça a importância da discussão em tela. De fato, o marco temporal único de 1988, depois de assentado pelo STF no julgamento da Pet n. 3.388/RR (2009), já foi utilizado em outras ocasiões pela Segunda Turma do STF, para anular as demarcações da TI Guyraroka, da etnia Kaiowá, no julgamento do RMS n. 29.087 (2014), bem como da TI Limão Verde, da etnia Terena, no ARE n. 803.462 AgR (2014), ambas em Mato Grosso do Sul.

O presente artigo científico visa a contribuir para a discussão da matéria, analisando a questão à luz da Constituição, dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário e de princípios que regem a aplicação e concretização de direitos humanos.

Na primeira parte, apresentaremos os principais pontos dos julgamentos do STF nos casos de demarcação das TIs Raposa Serra do Sol, Guyraroka e Limão Verde, especificamente no que tange à definição do marco temporal para a aferição da ocupação indígena, com vistas a tornar bem clara e delimitada a problemática enfrentada ao longo do trabalho.

Na segunda parte, buscaremos satisfazer a proposta do trabalho propriamente dita, realizando uma análise constitucional e convencional da condicionante do marco temporal, a partir do princípio da

proporcionalidade, dos marcos de proteção da CIDH, da proibição de retrocesso, da natureza contramajoritária (função de proteger as minorias) dos direitos humanos e do princípio da máxima efetividade.

Com os dados fornecidos na primeira parte do trabalho e as conclusões a que chegaremos na segunda, buscaremos apresentar, na terceira seção, a interpretação do *caput* e dos parágrafos do artigo 231 da Constituição que mais apropriadamente concretiza os direitos ali enunciados.

## 2. MARCO TEMPORAL FIXADO PELO STF

No julgamento da Pet n. 3.388 (2009), o Plenário do STF não apenas decidiu as balizas da demarcação da TI Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima, como também, verdadeiramente, buscou revelar (ou estabelecer) o regime constitucional das demarcações de TIs no Brasil, com pretensão de validade geral e aplicação a processos futuros.

O voto do relator, ministro Ayres Britto, fez agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais, segundo ele ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa, as quais acabaram por ser ampliadas a partir do voto-vista do ministro Menezes Direito e deslocadas para a parte dispositiva da decisão. A partir de então, passaram a funcionar como verdadeiras condicionantes de validade dos processos demarcatórios de TIs no Brasil, porque, no entender do STF, essas diretrizes derivam, essencialmente, do próprio texto de nossa Lei Fundamental.

É certo que o próprio relator, em seu voto, consignou que “a presente ação tem por objeto tão somente a TI Raposa Serra do Sol” (STF, 2009, Pet n. 3.388, relator o ministro Ayres Britto). Além disso, o STF, ao apreciar, em 2013, os embargos declaratórios interpostos em face do acórdão proferido na Pet n. 3.388, declarou a ausência de eficácia vinculante do que decidido, consideradas as condicionantes fixadas. Salientou que a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico, e que os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar.

Entretanto, ainda nos aclaratórios, o STF reafirmou a extração eminentemente constitucional das chamadas salvaguardas institucionais, assinalando-lhes a condição de pressupostos legitimadores de validade dos procedimentos administrativos de demarcação das terras alega-

damente indígenas, e consignou que “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões” (STF, 2013, Pet n. 3.388 ED, relator o ministro Roberto Barroso). Com base nesses argumentos, o tribunal, sobretudo por sua Segunda Turma, tem aplicado as condicionantes delineadas no caso Raposa Serra do Sol a outros processos.

Entre tais condicionantes, está aquela segundo a qual a data da promulgação da vigente Constituição é o marco temporal único e insubstituível para a aferição se uma determinada terra é ou não tradicionalmente ocupada por índios. Nas palavras do relator da Pet n. 3.388 (2009), “o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígene”.

A Constituição de 1988 exige que as terras sejam habitadas em caráter *permanente* pelos índios para que possam ser caracterizadas como tradicionalmente ocupadas (artigo 231, § 1º), ao mesmo tempo em que reconhece o indigenato, afirmando que essas terras se destinam à posse *permanente* dos índios (artigo 231, § 2º). Por conta disso, ao definir o marco da tradicionalidade, no caso Raposa Serra do Sol (2009), o STF decidiu que “é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”, como consignou na própria ementa do julgado.

Contudo, contraditoriamente, definiu a Excelsa Corte que o critério para a verificação dessa ocupação duradoura é uma data precisa, um momento único, instantâneo. A utilização da metáfora da chapa radiográfica pelo relator demonstra bem isso. Noutras palavras, de acordo com o que ficou decidido, só podem ser consideradas terras tradicionais aquelas que estavam sendo habitadas por índios na data precisa de 5 de outubro de 1988.

A única exceção a essa regra consiste na hipótese em que, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a ocupação indígena não ocorresse por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. Conforme restou ementado no acórdão daquele caso de demarcação da TI Raposa Serra do Sol (2009), “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior

de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”.

Essa, aliás, era a hipótese, no entender do Supremo, das “fazendas” situadas nas glebas em discussão naquela Pet n. 3.388 (2009), cuja existência não foi capaz de apagar a presença e a resistência dos índios em toda a extensa região, que restou caracterizada como tradicionalmente ocupada e foi demarcada de forma contínua, formando o complexo geográfico da TI Raposa Serra do Sol.

Há ressaltar, porém, que, após a decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol, as condicionantes ali delineadas têm sido utilizadas em detrimento dos índios. Como se disse antes, o fato de o STF ter definido que o acórdão do caso Raposa Serra do Sol não se aplicaria automaticamente a outras terras não tem impedido a corte, especialmente sua Segunda Turma, de utilizar as condicionantes ali traçadas em outros processos.

Deveras, o acórdão proferido no julgamento da Pet n. 3.388 (2009) foi utilizado como paradigma pela Segunda Turma do Supremo para, por exemplo, anular as demarcações da TI Guyraroka, da etnia Kaiowá, no julgamento do RMS n. 29.087 (STF, 2014, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes), bem como da TI Limão Verde, da etnia Terena, no julgamento do ARE n. 803.462 AgR (STF, 2014, relator o ministro Teori Zavascki), ambas em Mato Grosso do Sul, assim como da TI Porquinhos, da etnia Kanela Apanyekrá, no Maranhão, no julgamento do RMS n. 29.542 (STF, 2014, relatora a ministra Cármen Lúcia). Tais decisões causaram grande insegurança e instabilidade às comunidades indígenas. As duas primeiras, com base no marco temporal, objeto de análise neste trabalho; a última, na condicionante que veda a ampliação de terras já demarcadas, que, apesar de relacionada, foge à problemática agora enfrentada.

No RMS n. 29.087 (2014), combatia-se acórdão do STJ que denegara mandado de segurança impetrado contra a Portaria n. 3.219, de 7 de outubro de 2009, do ministro de Estado da Justiça, a qual declarara a posse permanente da TI Guyraroka, situada no estado de Mato Grosso do Sul, à etnia Guarani-Kaiowá.

Conforme narrado pelo relator do caso no Supremo, ministro Ricardo Lewandowski, para denegar a segurança, o STJ assinalara que a existência de propriedade, devidamente registrada, não tem o condão de inibir a Funai de investigar e demarcar terras, quando

constatar a ligação anímica com a comunidade indígena, tendo em vista que, segundo o artigo 231, §§ 1º e 6º, da CF/1988, pertencem aos índios as terras por esses tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade. Entendera a Corte da Cidadania que, uma vez constatada a posse imemorial na área, não se havia de invocar em defesa da propriedade o título translativo registrado, sendo ainda inservível a cadeia sucessória do domínio, documentos que somente serviriam para demonstrar a boa-fé do impetrante, sem eliminar o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a tornar-se empregados nas fazendas, para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de suas vidas. E concluía que a pretensão deduzida pelo impetrante não encontrava respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela Funai, o que demonstrava a inadequação do *writ*.

O ministro Ricardo Lewandowski, mantendo o entendimento espousado na Corte da Cidadania, votou negando provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, por não vislumbrar a presença de direito líquido e certo na hipótese, já que o direito pleiteado dependia de realização de provas.

O ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, abriu divergência, para conceder a segurança, sendo essa a posição que prevaleceu. A decisão concluiu pela desnecessidade de instrução probatória, por entender ser possível julgar o remédio heroico a partir dos dados insertos no laudo antropológico que subsidiou o processo de demarcação.

O dado determinante para o desfecho do RMS n. 29.087 (2014) em desfavor da comunidade indígena – conforme se percebe a partir do voto do ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos demais integrantes da Segunda Turma – foi o de que a comunidade Kaiowá não ocupava a terra reivindicada na data de promulgação da Constituição de 1988, marco temporal erigido no julgamento da Pet n. 3.388 para o reconhecimento da posse tradicional indígena. O laudo da Funai indicava, na verdade, que os índios Kaiowás encontravam-se na área a ser demarcada desde os anos 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras na década de 1940, por pressão de produtores rurais, sendo que algumas famílias permaneceram na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes de seus ancestrais e mantendo laços com a terra.



A Segunda Turma do STF, por maioria, prolatou decisão em favor dos fazendeiros, em função da aplicação, pela Segunda Turma do STF, da condicionante do marco temporal de ocupação das terras e também porque não considerou que havia, na hipótese, a caracterização de renitente esbulho, a despeito de a ministra Cármen Lúcia, em voto que convergiu para as conclusões do voto vencedor, reconhecer que “o agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios na região tem sido noticiado regularmente pelos veículos de comunicação, que relatam a crescente hostilidade entre índios e proprietários/posseiros e denunciam atos de barbárie ali havidos”, informando, inclusive, que “vidas têm sido ceifadas brutalmente em ambos os lados do conflito e que a descrença na solução da controvérsia tem conduzido a suicídios como formas de protestos”.

Também no ARE n. 803.462 AgR (2014), a condicionante do marco temporal constituiu um impedimento à demarcação de terras reivindicadas por índios. Cuidava-se de agravo regimental interposto pelo proprietário da fazenda Santa Bárbara, situada no município de Aquidauana, estado de Mato Grosso do Sul, em face de decisão que negara conhecimento a recurso extraordinário seu, visando à retirada da sua propriedade da área demarcada como sendo a TI Limão Verde, reconhecida à comunidade indígena da etnia Terena.

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, na esteira do que fora decidido no RMS n. 29.087 pela mesma Segunda Turma do STF poucos meses antes, invocou o entendimento de que a Corte, ao julgar a Pet n. 3.388 (2009), assentara que o artigo 231, § 1º, da CF/1988 estabelece, como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como TI, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, com a ressalva de que não descaracteriza a tradicionalidade da posse nativa eventual situação de esbulho renitente cometido por não índios.

A partir daí, salientou que a última ocupação indígena na área objeto daquela demanda deixara de existir desde 1953, ano em que os últimos índios teriam sido expulsos da terra. O fato de não haver ocupação efetiva em 1988, dessa forma, impediria, a princípio, a demarcação, restando apenas averiguar a existência do que, no julgamento da Pet n. 3.388, se denominou esbulho renitente.

No julgamento da referida petição, o STF assinalou que, nos locais onde a reocupação das TIs, ao tempo da promulgação da Lei Maior

de 1988, somente não ocorrera por efeito do renitente esbulho por parte dos não índios, não seria hipótese de perda da tradicionalidade da posse nativa, mas, sim, de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto pela jurisdicional.

No caso debatido no ARE n. 803.462 AgR (2014), os dados apresentados no laudo antropológico da Funai e levados em consideração nas anteriores decisões judiciais davam conta de que, na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas pelo menos desde 1865/1866. A partir da década de 1890, iniciou-se um processo de colonização, com a constituição da vila de Aquidauana, e de titulação de propriedades que se chocavam com terras de ocupação tradicional indígena em diversos pontos. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até 1953, quando, em meio ao processo de demarcação, ocorreu a expulsão dos índios da área. O magistrado de primeiro grau constatou, em inspeção judicial, que, a partir do ano de 1953, os índios, não por vontade própria, ficaram impedidos de utilizar as terras da área litigiosa, porque, além da divisa natural, representada pela serra de Amambaí (onde os índios até hoje praticam atividade de caça e coleta), foram instaladas cercas em todo o perímetro da fazenda.

Além disso, os autos também informavam que os índios Terenas pleitearam a órgãos públicos, desde o começo do século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a fazenda Santa Bárbara. Nesse sentido, destacam-se: (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984 pelo cacique Amâncio Gabriel à presidência da Funai.

Com base em todos esses dados, as instâncias judiciais inferiores haviam considerado que estava comprovado o renitente esbulho praticado pelos não índios. A Segunda Turma do STF, entretanto, ao apreciar o ARE n. 803.462 AgR (2014), entendeu de modo diverso, expressando a compreensão de que:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo

iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

O STF deu interpretação restritiva à expressão “esbulho renitente”, como controvérsia possessória persistente, comprovada por circunstâncias de fato ou judicializada. Além disso, utilizou também o marco temporal de 5 de outubro de 1988 para estabelecer a necessidade de resistência física dos índios à data da promulgação da Constituição como pressuposto à caracterização do esbulho renitente.

Consoante tal interpretação, as provas de desocupação forçada, de utilização de cercas para impedir o acesso às terras e de reivindicações ao longo de décadas após a expulsão não foram suficientes para que o STF reconhecesse, no ARE n. 803.462 AgR (2014), o esbulho renitente. Nem mesmo as manifestações formais de inconformismo, durante as décadas de 1960, 1970 e 1980, foram consideradas aptas a caracterizar tal requisito, que só estaria configurado, no entender da Excelsa Corte, se houvesse conflito possessório de fato ou judicial que perdurasse até o marco temporal da promulgação da Constituição de 1988.

Levando em conta que as últimas ocupações indígenas na fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953 e considerando que não teria havido esbulho renitente caracterizado por situação de disputa possessória, fática ou judicializada persistente até a data da promulgação da Constituição, a Segunda Turma do STF deu provimento ao agravo regimental e, em consequência, ao recurso extraordinário interposto pelo proprietário rural, para retirar a área de sua fazenda da demarcação da TI Limão Verde.

A breve análise desses três casos já demonstra as consequências danosas que a tese do marco temporal de 1988 tem acarretado para as etnias que, expulsas de suas terras, não conseguiram a elas retornar antes de 5 de outubro de 1988 ou não conseguem comprovar um conflito possessório com seus usurpadores que tenha persistido até essa data.

Já permite, também, dar um entendimento mínimo para que passemos a enfrentar o objetivo a que nos propomos no presente trabalho: analisar a condicionante do marco temporal à luz dos parâmetros de proteção delineados na Constituição e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

### 3. ANÁLISE DO MARCO TEMPORAL

A análise constitucional e convencional que faremos no presente trabalho terá como base o princípio da proporcionalidade, os marcos de proteção da CIDH, a proibição de retrocesso, a natureza contra-majoritária (função de proteger as minorias) dos direitos humanos e o princípio da máxima efetividade.

#### 3.1 O princípio da proporcionalidade

Apesar de norteados pela dignidade da pessoa humana, os direitos humanos constituem-se como categoria heterogênea, expressando pretensões muitas vezes conflitantes. Além disso, têm estrutura de normas eminentemente principiológicas e expandiram-se para quase todas as searas da vida humana. Por essas razões, dão ensejo, muitas vezes, aos chamados *hard cases*, a exigir do aplicador do direito a atividade de ponderação de interesses.

A DUDH prevê, em seu artigo XXIX, que todo ser humano tem deveres para com a comunidade e, no exercício de seus direitos e liberdades, estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. O artigo XXX, por sua vez, determina que nenhuma disposição da declaração pode ser interpretada como reconhecimento a Estado, grupo ou pessoa do direito de exercer atividade ou praticar ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades estabelecidos.

Tais disposições evidenciam a limitabilidade dos direitos humanos, característica que implica o “reconhecimento de que a essencialidade dos direitos humanos e sua superioridade normativa não impedem a existência de limites impostos a um direito em nome da preservação de outro” (RAMOS, 2016, p. 238).

A questão que se coloca, portanto, é como justificar, de forma racional, transparente e convincente, a prevalência de um direito em detrimento do outro, evitando o recurso a fundamentações vazias, que poderiam justificar as mais diversas e antagônicas posições jurídicas, como o simples apelo à dignidade humana e à proteção de direitos humanos.

Tal justificação, geralmente, se faz por meio do princípio da proporcionalidade, que é decomposto, habitualmente, pela doutrina e pela jurisprudência, em três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação exige que a solução para o conflito de direitos seja útil, idônea, apta a atingir o resultado proposto. Por seu turno, o juízo de necessidade exige que seja escolhida a medida menos gravosa ou restrita entre as de possível adoção. Já a proporcionalidade em sentido estrito consiste na valoração comparativa entre as vantagens e os prejuízos decorrentes da decisão adotada. A análise da proporcionalidade sob cada um desses enfoques é diuturnamente objeto de decisões das cortes constitucionais e das cortes de direitos humanos.

Nas lides em que a tese do marco temporal de ocupação para a demarcação de TIs tem sido aplicada, há de ter em mente a existência, em regra, de interesses contrapostos: os dos detentores de títulos dominiais sobre as terras reivindicadas, que invocam o direito de propriedade privada; e os das comunidades indígenas, que invocam o direito de posse permanente e usufruto exclusivo sobre as suas terras tradicionais (propriedade comunal).

Consoante assinalado pela CIDH no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* (2005), quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, devem ser adotadas as seguintes diretrizes para definir as restrições admissíveis ao gozo e ao exercício desses direitos: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais; e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.

Assim, os Estados devem avaliar, em cada caso, as restrições resultantes do reconhecimento de um direito sobre o outro. Nesse mister, devem ter em conta que os direitos fundiários indígenas constituem condição fundamental para a reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para levar a cabo seus planos de vida. Por isso, desconhecer os direitos originários indígenas sobre suas terras ancestrais pode representar a negação a outros direitos básicos, como o direito à preservação de sua identidade e de seu patrimônio cultural e o direito à própria subsistência das comunidades indígenas e de seus membros.

Por outro lado, a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares – igualmente amparada pelo artigo 21 da CADH –

pode ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista; e proporcional, caso seja feito o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, de acordo com o artigo 21.2 da CADH.

Isso não significa que, sempre que estejam em conflito os interesses fundiários particulares ou estatais e os dos membros das comunidades indígenas, prevaleçam os últimos sobre os primeiros. Nesse sentido, quando os Estados estiverem impossibilitados, por razões concretas e justificadas, de adotar medidas para permitir o retorno dos povos indígenas às terras das quais foram deslocados, bem como demarcá-las, deve existir uma compensação orientada pelo significado que possui a terra para elas, a teor do que dispõe o artigo 16.4 da Convenção n. 169 da OIT:

Quando o retorno não for possível (...), esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam, pelo menos, iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

A escolha dessas medidas compensatórias ou reparatórias – entrega de terras alternativas e/ou o pagamento de uma justa indenização – não fica sujeita a critérios meramente discricionários do Estado. As medidas devem ser estabelecidas, segundo uma interpretação integral da Convenção n. 169 da OIT e da Convenção Americana, a partir de consenso com os povos interessados, conforme seus próprios procedimentos de consulta, valores, usos e direito consuetudinário.

A Constituição, por sua vez, parece ter predefinido uma solução para esse conflito de interesses entre os detentores de títulos dominiais e as comunidades indígenas, ao declarar, no artigo 231, § 6º, nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio a posse ou a ocupação de terras tradicionalmente ocupadas por índios, ressaltando, ainda, que a nulidade não gera o direito à indenização contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. Tal previsão, inclusive, já estava presente no regime constitucional anterior, em que havia norma semelhante (CF/1969, artigo 198, §§ 1º e 2º) à que hoje se acha consubstanciada no artigo 231, § 6º, da Constituição de 1988.

Essa solução, contudo, não coincide com a definida pelo STF por meio da tese do marco temporal. A exigência da efetiva ocupa-

ção indígena, na terra a ser demarcada, na data da promulgação da Constituição de 1988, prestigia o direito de propriedade privada em detrimento do indigenato, condicionando o exercício dos direitos originários dos índios a eventual processo de desapropriação, que, por sua vez, depende, além da vontade política, de pagamento de justa e prévia indenização ao “proprietário” das terras.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do voto do ministro Celso de Mello no julgamento do RMS n. 29.087 (2014), assinalando a mesma interpretação assinada anteriormente pelos ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia:

(...) eventuais necessidades, presentes ou futuras, das comunidades indígenas em geral poderão (e deverão) ser atendidas pela União Federal, que dispõe, para tanto, de outros instrumentos administrativos, especialmente a desapropriação, para equacionar questões pertinentes à localização dos povos indígenas naqueles casos em que não se comprovar a ocupação do espaço geográfico, por determinada etnia, na data de 05 de outubro de 1988, erigida, pelo Supremo Tribunal Federal, como “insubstituível referencial” para efeito de reconhecimento, em favor dos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (Voto do ministro Celso de Mello, p. 12).

Noutras palavras, enquanto a Constituição determina que primeiro se garantam os direitos originários dos índios, mediante demarcação de suas terras, e depois se pague ao detentor de título de boa-fé indenização pelas benfeitorias necessárias, o STF tem decidido que primeiro deve ser garantida a justa e prévia indenização ao detentor de título de boa-fé, para que, somente depois da desapropriação, a qual depende da prévia vontade política e disponibilidade financeira, os índios possam gozar dos direitos originários que a Constituição lhes assiste sobre suas terras<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Vale salientar que tanto a demarcação como a desapropriação foram elencadas pela Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul como alternativas possíveis para a resolução dos conflitos agrários entre índios e proprietários rurais naquele estado, conforme noticiou a ministra Cármen Lúcia, no voto que proferiu no julgamento do RMS n. 29.087 (2014). Essa comissão, notadamente heterogênea, para representar todos os interesses pautados, foi instituída pelo então presidente do Conselho Nacional de Justiça, ministro Cezar Peluso, pela Portaria n. 60, de 30 de junho de 2011 (modificada pelas Portarias n. 53 e 71/2013), sendo formada por membros do Comitê Executivo Nacional do Fórum de Assuntos Fundiários, da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, da Funai, do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, representantes das comunidades indígenas e dos proprietários rurais da região, além de estudiosos de reconhecida competência sobre a questão indigenista em Mato Grosso do Sul.

### 3.2 Marcos de proteção da CIDH

Conhecer a posição dos intérpretes internacionais torna-se imprescindível à definição da norma mais favorável em direitos humanos, tendo em vista que, geralmente, os parâmetros mais elevados de proteção de direitos humanos são consolidados no âmbito dos sistemas internacionais, a partir das melhores experiências (*best practices*) apresentadas pelos Estados nos relatórios que enviam e nas vitorias a que são submetidos. Na realidade, não só são destacadas as melhores práticas a serem perseguidas e reproduzidas como também são estabelecidos os parâmetros mínimos de proteção para qualquer Estado. Nesse sentido, ensina Maia (2004, p. 137/138):

Os sistemas internacionais funcionam baseados fortemente na cooperação recíproca entre os membros da sociedade internacional – Estados, organizações internacionais etc. (...) Esses sistemas cumprem como funções principais as de definir parâmetros mínimos de direitos humanos a serem observados pelos Estados, e de realizar o monitoramento da observância daqueles parâmetros. Além disso, cumprem a função educativa de difundir tais parâmetros, mediante realização de conferências, seminários, e promoção de cursos.

O conhecimento da posição dos intérpretes internacionais no que tange à interpretação dos direitos humanos impõe-se como medida essencial não só para a definição da norma mais favorável no caso concreto como também para resguardar os Estados da responsabilização internacional, eis que, “no DIDH, os processos internacionais de direitos humanos geram a interpretação internacionalista desses direitos, o que impede que os Estados deixem de cumprir suas obrigações internacionais por intermédio de uma interpretação nacional peculiar e divergente” (RAMOS, 2016, p. 70). Dessa forma, “desvincular o texto do tratado da interpretação dada pelos órgãos internacionais significa correr o risco da adoção de interpretação divergente, implicando a violação de direitos protegidos (sob a ótica internacional)” (RAMOS, 2016, p. 330).

Nesse aspecto, não se pode deixar de mencionar que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados (CVTDE), de 1969, ratificada e incorporada pelo Brasil em 2009, dispõe que um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, salvo na hipótese de violação manifesta a norma de direito interno de importância fundamental sobre competência para concluir tratados (artigos 27 e 46).



A CVDTE estabelece diversas regras sobre a interpretação dos tratados e constitui a orientação básica para a doutrina e a jurisprudência internacional de direitos humanos. Nesse sentido, a CIDH já assinalou que “los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre el tema” (CIDH, Parecer Consultivo n. 3, de 8 de setembro de 1983, parágrafo 48).

Dessa forma, o conhecimento da posição dos intérpretes internacionais no que tange à interpretação dos direitos humanos impõe-se como um pressuposto à tarefa de definir a norma mais favorável no caso concreto, na medida em que, na jurisprudência internacional, são definidos os *standards* mínimos – os quais, no plano doméstico, só podem ser majorados – de proteção de direitos humanos. Ao mesmo tempo, constitui medida essencial para resguardar os Estados da responsabilização internacional.

Em matéria de reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, é fundamental saber que, no caso *Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua* (2001), que constituiu um *leading case* sobre o direito da propriedade comunal de terras ancestrais pelos membros de comunidades indígenas, a CIDH assinalou que, para os membros dessas comunidades, a relação com suas terras não se esgota em uma simples questão de posse e produção, mas constitui um elemento material e espiritual básico de sua cultura, essencial para a preservação de seu legado e para a transmissão para as gerações futuras. Nesse aspecto, a questão da propriedade das terras ancestrais assume importância fundamental, inclusive para a preservação do direito à vida em sentido amplo, abarcando as condições de uma vida digna e a necessária preservação da identidade cultural (BURGORGUE-LARSEN; TORRES, 2008, p. 549).

Seguindo tal entendimento de que a noção indígena de posse não corresponde necessariamente à concepção clássica, a CIDH, no caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006), interpretando o artigo 21 da Convenção Americana à luz da Convenção n. 169 da OIT<sup>3</sup>, formou o entendimento de que, enquanto o vínculo espiritual

<sup>3</sup> Além de permitir-lhe conhecer de violações aos instrumentos interamericanos, ainda que não lhe atribuam expressamente tal competência, a CIDH tem sistematicamente utilizado o artigo 29 da CADH para invocar instrumentos nacionais e, até mesmo, outros tratados de fora do âmbito interamericano. Por exemplo, no caso *Comunidade*

e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação de suas terras (CIDH, 2006, parágrafo 131).

Além disso, na apreciação do caso *Comunidade Moiwana vs. Suriname* (2005), a CIDH também interpretou o direito à livre circulação previsto no artigo 22 da CADH no sentido de nele incluir o direito aos membros de povos indígenas de retornar às suas terras ancestrais (BURGORGUE-LARSEN; TORRES, 2008, p. 547).

Dessa forma, a exigência formulada pelo STF com a fixação da condicionante do marco temporal – no sentido de só poder reconhecer como TIs as terras efetivamente ocupadas no momento de promulgação da Constituição de 1988 ou as que estivessem em conflito possessório com não índios naquela data – não se coaduna com os *standards* de proteção aos direitos indígenas já reconhecidos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apontando para um desrespeito ao princípio da primazia da norma mais favorável.

### 3.3 Princípio da proibição de retrocesso

O princípio da proibição de retrocesso se destina a garantir a contínua elevação dos parâmetros de proteção dos direitos humanos, proibindo que um *standard* de proteção já alcançado no plano interno ou internacional diminua em razão da superveniência de um novo diploma normativo ou de uma interpretação menos garantista.

Consoante Ramos, a proibição do retrocesso, também conhecida como efeito *cliquet*, veda que os Estados “diminuem ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos. Mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção de direitos humanos já alcançadas” (2016, p. 290).

No que tange ao reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cumpre dizer que já eram

---

Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001, parágrafo 153), a Corte invocou o artigo 29.b para permitir-lhe o uso da Constituição da Nicarágua como ferramenta interpretativa para a solução do caso. Já no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* (2005, parágrafo 130), a corte utilizou a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais para interpretar o direito à propriedade privada, previsto no artigo 21 da CADH, mas fazendo a ressalva de que a referida convenção da OIT fora ratificada pelo Estado processado.

garantidos anteriormente à Constituição de 1988. Nesse sentido, resalta o advogado e professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP José Afonso da Silva (2016), em recente parecer jurídico da sua lavra, que a proteção dos direitos dos índios sobre suas terras já existia desde a legislação colonial e foi alçada ao nível constitucional em 1934, sendo repetida em todas as Constituições seguintes.

Como explica o ilustre constitucionalista, no período colonial, o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas foi a Carta Régia de 30 de julho de 1611. Depois, adveio o Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o *indigenato*. Por sua vez, a Lei de 6 de junho de 1775 também o reconheceu, ao determinar que, na concessão de sesmarias, se respeitassem o direito dos índios, *primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas*.

A Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, em seu artigo 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”, regra que, em essência, foi mantida e aprimorada nas Constituições subsequentes, até chegar ao enunciado previsto no artigo 231, *caput*, da Constituição de 1988, demonstrando que a atual Lei Fundamental é “o último elo do reconhecimento jurídico constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet n. 3.388” (SILVA, 2016, p. 9).

Na Ação Cível Originária n. 323-7/MG (1993), de que foi relator o ministro Francisco Rezek, essa circunstância foi reconhecida pelo Tribunal Pleno do STF, que declarou a nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais concedidos pelo governo do estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios Krenaks e outros grupos. Na oportunidade, salientou-se que, desde 1934, o direito constitucional brasileiro consagrava a posse indígena e o domínio da União sobre terras tradicionalmente ocupadas, motivo por que quaisquer títulos concedidos sobre essas terras a partir de então são nulos, e o fato de ter havido a retirada forçada dos índios de suas terras não lhes retira a natureza de TIs.

Já no Mandado de Segurança n. 21.575 (1994), julgado pelo Tribunal Pleno do STF, decidiu-se pela inadequação da via eleita, porque

se teve o entendimento, expresso na ementa do julgado, de que era necessário apurar se, conquanto desocupadas pelos índios há cerca de cinquenta anos, como alegado, as terras em questão, em alguma época, teriam saído do domínio da União, circunstância sem a qual não se poderia reconhecer legitimidade à alienação que, segundo se alegava, delas fez o estado-membro, iniciando a cadeia dominial exibida pelos impetrantes.

Como se pode perceber, a jurisprudência do STF, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, possibilitava que se reconhecesse a uma etnia indígena as terras as quais seus integrantes haviam deixado anteriormente, desde que tal retirada tivesse se dado por expulsão e em momento posterior a 1934. Desse modo, fica claro que constitui retrocesso à proteção dos direitos dos índios a exigência da efetiva ocupação indígena, na terra a ser demarcada, na data da promulgação da Constituição de 1988 ou de, pelo menos, um conflito possessório persistindo até aquela data considerada atualmente pelo STF como marco temporal insubstituível para a aferição da tradicionalidade das terras.

Considerava a Excelsa Corte que a validade dos títulos de domínio sobre terras demarcadas ou reivindicadas por índios e a verificação da natureza dessas terras deveria ser aferida com base na ordem constitucional vigente à época da expedição desses títulos, o que condiz com a ideia de que o ato editado sob a vigência de uma determinada Constituição deve ter a sua constitucionalidade verificada com base nela mesma, já que, se era incompatível com a Constituição vigente quando da sua edição, não poderá ser recepcionado pela nova ordem constitucional, mesmo sendo com ela compatível, já que o vício de inconstitucionalidade é congênito e não se convalida com o advento de uma nova Constituição (não há constitucionalidade superveniente).

Consoante o princípio do não retrocesso, portanto, deve prevalecer o entendimento anterior do STF (mais favorável à proteção dos direitos indígenas), segundo o qual não há somente um marco temporal, mas vários, pois, a partir de 1934, todas as Constituições reconheciam os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupavam tradicionalmente, deslegitimando quaisquer títulos de domínio particular sobre elas, consideradas intransferíveis (CF/1934, artigo 129; CF/1937, artigo 154; CF/1946, artigo 216; CF/1967, artigo 186; CF/1969, artigo 198, *caput* e §§ 1º e 2º; CF/1988, artigo 231, *caput*

e §§ 1º, 2º e 6º). Dessa forma, a aferição de ocupação indígena para fins de reconhecimento de suas terras pode ser feita em qualquer momento desse período, desde que atendidos os demais requisitos constitucionais necessários à caracterização da ocupação tradicional.

### 3.4 Proteção da vítima como fim dos direitos humanos

Os direitos humanos, por natureza, têm função contramajoritária, isto é, destinam-se principalmente à proteção dos indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, mesmo contra o Estado e os grupos nele hegemônicos. Os direitos humanos são titularizados por todos os seres humanos. Contudo, em regra, devem ser interpretados em prol das minorias (grupos não hegemônicos, ainda que numericamente superiores), tendo em vista que as majorias em geral são bem-sucedidas no processo sociopolítico e já auferem a proteção pretendida sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, composto, em regra, de membros não eleitos e dotados de garantias que lhes permitem tomar decisões independentemente da vontade e das paixões momentâneas da maioria.

As minorias, isto é, os indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, são geralmente as vítimas de violações de direitos humanos. Por isso, Piovesan afirma que, “na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima” (2016, p. 179).

As comunidades indígenas, ao longo da história brasileira, foram alvo de inúmeras violações de direitos humanos<sup>4</sup>. Constituem grupos minoritários, em situação de vulnerabilidade, motivo por que as normas de direitos humanos, especialmente as voltadas à proteção dos direitos indígenas, devem ser interpretadas sempre com vistas à melhor proteção do índio e de suas comunidades, e as lides envolvendo direitos indígenas devem ser solucionadas, em regra, com vistas à concretização da norma mais favorável a esses grupos.

<sup>4</sup> A CNV constatou inúmeras graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, inclusive genocídio, e reconheceu a responsabilidade do Estado Brasileiro por ação direta ou omissão no esbulho das TIs ocupadas ilegalmente. Traçou, também, uma série de recomendações para o Estado Brasileiro, entre as quais a demarcação, desintrusão e recuperação ambiental das TIs como “a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988” (CNV, 2014, p. 253/254).

Contudo, na fixação do marco temporal nos moldes delineados no julgamento da Pet n. 3.388 (2009), é fácil perceber que o objetivo almejado não foi a proteção dos direitos dos índios, mas, sim, a busca pelo fim das disputas sobre terras entre índios e fazendeiros, sem levar em conta as normas constitucionais que fundamentam e até exigem a proteção dos índios, quando determinam competir à União demarcar as suas terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (CF, artigo 231, *caput*), declarando que as TIs são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis (CF, artigo 231, § 4º), bem como que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras (CF, artigo 231, § 6º).

O voto do relator foi claro em mostrar que o marco temporal tem o intuito de pôr fim às disputas por terras e às discussões quanto à sua ocupação. Nesse sentido, afirmou que o estabelecimento daquele marco objetivo refletiria o propósito constitucional de “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior”. Salientou que tal demarcação temporal evitaria, a um só tempo, “a fraude da subitânea proliferação de aldeias” que teriam o propósito de “artificializar a expansão dos lindes da demarcação”, bem como “a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição” (STF, Pet n. 3.388, 2009).

Corroborando tal entendimento, convém transcrever uma passagem do voto do ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do RMS n. 29.087 (2014). Comentando o que fora decidido no caso Raposa Serra do Sol, no que tange ao marco temporal de ocupação de TIs, o ministro afirmou que “o objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre as terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas”.

Fica claro, por esses trechos, que o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, mas, sim, o de dar fim a disputas duradouras sobre as terras, não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores de hoje e de outrora, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas, ou seja, em descompasso com a função contramajoritária dos direitos humanos de socorrer os que estão em situação de vulnerabilidade.

O fato de o STF ter excepcionado a regra do marco temporal através da tese do chamado renitente esbulho não enfraquece a conclusão acima, uma vez que o conceito de renitente esbulho tem sido trabalhado pelo Tribunal de forma bastante prejudicial aos índios. De fato, no ARE n. 803.462 (2014), a Excelsa Corte firmou a orientação de que o renitente esbulho só se caracteriza pelo efetivo 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.

Esse conceito traz diversos problemas, porque atribui um ônus desproporcional aos índios, ao transmitir a ideia de que o conflito, mesmo iniciado no passado, tem de persistir até o marco temporal, com a exigência, ainda, de que seja materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. José Afonso da Silva (2016) soube condensar muita bem o prejuízo dos índios diante desse entendimento:

(...) forja-se um marco temporal deslocado para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu os direitos indígenas, deixando ao desamparo os direitos que as Constituições anteriores reconheceram, e daí se exige que os índios sustentem um conflito ao longo do tempo, inclusive na via judicial, para que seus direitos usurpados sejam restabelecidos.

Ilustrativamente, no já referido caso discutido no ARE n. 803.462 (2014), o acórdão objeto do recurso reconheceu que a última ocupação indígena na região deixara de existir em 1953, ano a partir do qual os índios perderam acesso à área em litígio, que foi cercada na forma de uma fazenda. Entretanto, reputara que, ainda que os índios tivessem perdido a posse por longos anos, teriam indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorresse de tradicional, antiga e imemorial ocupação. A Turma afirmou que esse entendimento, todavia, não se mostraria compatível com a pacífica jurisprudência do STF, consubstanciada no enunciado 650 de sua Súmula (“Os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”).

De acordo com a Segunda Turma do STF, a terra demandada não poderia se enquadrar no conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, que não abrangeria aquelas que fossem ocupadas pelos nativos no passado, mas apenas aquelas ocupadas em 5/10/1988. Por outro lado, o renitente esbulho não poderia ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Também não

poderia servir como comprovação de esbulho renitente a sustentação desenvolvida no acórdão recorrido de que os índios teriam pleiteado junto a órgãos públicos, desde o começo do século XX, a demarcação das terras da região, nas quais se incluiria a referida fazenda. Nesse sentido, sublinhou que manifestações esparsas poderiam representar anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área, mas não a existência de uma efetiva situação de esbulho. Dessa forma, proveu recurso extraordinário para desconsiderar a natureza indígena de área não ocupada por índios em 5/10/1988, onde localizada determinada fazenda.

Em suma, a conjugação do paradigma do marco temporal com o conceito de renitente esbulho definido pelo STF vem dando ensejo a que sejam subtraídos os direitos dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo de suas terras. Nesse aspecto, resolvendo os conflitos em detrimento das comunidades indígenas, o STF não confere interpretação mais favorável ao *caput* e aos parágrafos do artigo 231 da Constituição, que constituem dispositivos destinados à proteção dos índios, mas estão sendo interpretados pelo Supremo em sentido que lhes nega os direitos originários – que as Constituições anteriores, desde 1934, lhes reconheceram – sobre as terras por eles ocupadas.

### 3.5 Princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade ou do *effet utile* recomenda que juízes e tribunais interpretem as normas de direitos humanos com vistas à sua ótima concretização; ou seja, de forma que as disposições convencionais e constitucionais produzam todos os efeitos que delas se esperam, evitando que se tornem meramente programáticas.

Trata-se de princípio bastante utilizado no direito constitucional e também invocado no DIDH, com o intuito de “contribuir para o aumento da proteção dada ao ser humano e para a plena aplicabilidade dos dispositivos convencionais” (RAMOS, 2016, p. 144). Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (1993, p. 227). Discorrendo sobre o tema, Denise Vargas afirma (2010, p. 181):

Entre as interpretações alternativas e plausíveis, deverá o intérprete prestigiar aquela que conceda à norma constitucional maior efetividade, sem



alterar seu conteúdo. Essa é a ideia central do princípio da máxima efetividade, que se revela um subprincípio da força normativa da constituição.

No julgamento do Habeas Corpus n. 96.772 (2009), o STF salientou que o Poder Judiciário, no processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável – que tanto pode estar prevista no tratado internacional como se achar positivada no direito interno do Estado –, deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Entre as facetas do princípio da máxima efetividade, destaca-se a proibição de que sejam impostas restrições que não estejam expressamente previstas a direitos e garantias reconhecidos.

No que tange ao reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, assegurado pela Constituição de 1988 no *caput* do artigo 231, a própria Lei Fundamental define que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas “habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (CF, artigo 231, § 1º).

Como se percebe, na sua definição autêntica do que são as terras tradicionais indígenas (CF, artigo 231, § 1º), a Constituição não traz condicionante alguma que faça referência ao tempo em que deve ser verificada a ocupação das terras pelos índios, mencionando apenas que tal ocupação indígena pode ser caracterizada por sua habitação em caráter permanente, pela utilização para suas atividades produtivas, pela imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ou pela necessidade para a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A interpretação do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, à luz do marco temporal de 1988, assim, constitui restrição indevida aos direitos originários que a Constituição reconhece aos índios.

Por outro lado, a Constituição, no § 4º do mesmo artigo 231, afirma que os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são *imprescritíveis*, a revelar que o não exercício desses

direitos em determinado momento histórico – isto é, a não ocupação das terras na precisa data de 5/10/1988 – não retira das comunidades indígenas os direitos originários sobre as terras que ocupavam tradicionalmente em momento anterior, mas das quais foram expulsas, quando tais direitos já eram constitucionalmente reconhecidos. Noutras palavras, ao deslocar o marco temporal para a data da promulgação da Constituição de 1988, o STF retira os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas, direitos esses que as Constituições anteriores, desde 1934, já reconheciam.

Também declara o § 4º do artigo 231 da Constituição que as terras tradicionalmente ocupadas por índios são *inalienáveis e indisponíveis*. Dessa forma, a posse de não índio sobre TIs não pode ser legitimada. A própria Constituição diz ser nula, sem nenhum efeito (CF, artigo 231, § 6º).

O entendimento do STF sobre o marco temporal de ocupação, que, em vez de reconhecer os direitos dos índios sobre as suas terras, tem sido utilizado para reconhecer tais direitos àqueles que foram responsáveis por expulsar os índios de suas terras ou aos atuais sucessores da cadeia dominial originada pelos usurpadores das terras, praticamente inutiliza os mencionados §§ 4º e 6º do artigo 231, preceitos constitucionais de fundamental importância para as comunidades indígenas.

Por tais razões, a fixação do marco temporal formulada pelo STF opõe-se ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

#### 4. PROPOSTA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No capítulo anterior, pudemos verificar que a fixação de um marco temporal específico para a identificação de TIs, nos moldes assentados pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, não guarda consonância com os parâmetros constitucionais e convencionais de proteção, sob diversos enfoques.

No referido julgamento, ao estabelecer o parâmetro do marco temporal para a demarcação de TIs, o STF afirmou que

a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (STF, Pet n. 3.388, 2009).

Para chegar a tal conclusão, argumentou-se que o verbo “ocupar” foi conjugado no tempo presente pela Constituição, quando reconhe-

ceu aos índios “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente *ocupam*” (artigo 231, *caput*). É o que se percebe do voto do relator, ministro Ayres Britto, quando salientou:

Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. (Grifo no original).

Deveras, afora esse, não há nenhum outro indicativo explícito ou implícito de que a Constituição trabalha com essa data como referencial único para o reconhecimento dos direitos dos índios às suas terras. Pelo contrário, analisando os dispositivos constitucionais relacionados ao tema, é possível chegar a solução completamente oposta. Estabelece o artigo 231, *caput*, 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.

Ora, se são “reconhecidos” (e não conferidos ou constituídos) os direitos “originários” (e não transitórios ou posteriores) dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, é porque esses direitos já existiam, consoante a própria Constituição de 1988, antes da sua promulgação.

Nesse sentido, o próprio STF decidiu que “os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva” (Pet n. 3.388, item 12), denotando, portanto, o reconhecimento de uma situação jurídica ativa preexistente, qual seja, a titularidade de direitos “originários” dos índios às suas terras tradicionais, direitos esses mais antigos que quaisquer outros, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios, os quais a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do artigo 231 da CF).

Conforme já salientado anteriormente, esses direitos já existiam no ordenamento pátrio desde o período colonial, e tinham reconhecimento em patamar constitucional desde 1934, sendo previstos e aperfeiçoados em todas as Constituições subsequentes, até a atual Constituição Cidadã.

A própria significação do termo “marco” demonstra a inadequação do uso da data da promulgação da Constituição de 1988 como marco temporal para o reconhecimento dos direitos dos índios às suas terras. É que o termo, em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia uma situação nova na evolução de algo, o que não se verifica em relação à Constituição de 1988 quanto aos direitos dos índios em relação às terras por eles tradicionalmente ocupadas (SILVA, 2016, p. 9).

Nesse sentido, pode-se considerar um marco temporal do reconhecimento jurídico-formal dos direitos dos índios sobre as terras que ocupam a Carta Régia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III, porque foi o documento que deu início ao tratamento jurídico dos direitos dos índios sobre suas terras no Brasil<sup>5</sup>, ou a Constituição de 1934, que, pela primeira vez, alçou aqueles direitos ao patamar constitucional com a supremacia que lhe é própria. Mas não a Constituição de 1988, que, apesar de ter acrescentado o reconhecimento de outros direitos aos índios, apenas deu continuidade à consagração – já prevista nas Constituições anteriores – dos seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O sistema constitucional brasileiro deu essa proteção continuamente. Romper essa continuidade significa abrir brechas para a usurpação dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como provam decisões como as que foram prolatadas pelo STF, em 2014, nos já mencionados casos julgados no RMS n. 29.087 e no ARE n. 803.462 AgR.

Por tais razões, e também para evitar que comunidades indígenas continuem sendo, desnecessária e desproporcionalmente, aviltadas em direitos básicos como o direito à existência digna e à preservação da sua identidade e do seu patrimônio cultural, intimamente ligados com a sua relação com as terras que tradicionalmente ocupam; para compatibilizar a práxis constitucional brasileira ao entendimento da CIDH segundo o qual, enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras

<sup>5</sup> José Afonso da Silva, no parecer anteriormente citado, revela que a Carta Régia de 30 de julho de 1611 continha a seguinte previsão: “os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer”.

tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação delas; para garantir que as disposições dos §§ 4º e 6º do artigo 231 da Constituição não sejam inutilizados, mas, pelo contrário, para que deles se possa extrair a sua máxima efetividade; enfim, para concretizar normas de decisões mais favoráveis à proteção dos direitos humanos dos índios, faz-se necessária uma mutação constitucional do artigo 231, *caput* e § 1º, da Constituição que afaste a condicionante do marco temporal de 1988 como referencial único e insubstituível para o reconhecimento da ocupação indígena em terras que são reivindicadas como de ocupação tradicional, isto é, afastando a exigência de que os índios estivessem efetivamente ocupando determinada área na exata data de 5 de outubro de 1988 para que se possa aferir a tradicionalidade ou não dessa área.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tudo o que foi exposto ao longo do trabalho, concluímos que a fixação da data da promulgação da CF (5/10/1988) como referencial temporal único e insubstituível para a verificação da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios não está em consonância com os parâmetros constitucionais e convencionais de proteção dos direitos originários dos povos indígenas às terras reivindicadas como de ocupação tradicional.

A adoção pelo STF, no caso Raposa Serra do Sol, da tese do marco temporal de 1988, conjugada com o conceito de renitente esbulho que a Corte vem adotando, não significou a concretização da norma mais favorável à proteção dos direitos indígenas, como era de se esperar, em razão da natureza contramajoritária dos direitos humanos. Pelo contrário, representou mais um retrocesso aos parâmetros de proteção dos direitos indígenas, visto que impede demarcações para etnias que só conseguiram retornar às suas terras tradicionais depois da promulgação da Constituição de 1988, enquanto a jurisprudência anterior da Excelsa Corte, amparada na proteção contínua conferida pelo sistema constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934 e mesmo após a vigência da atual Constituição, admitia o reconhecimento a uma etnia indígena de terras reivindicadas como tradicionais, das quais seus integrantes haviam sido expulsos em momento posterior a 1934.

É possível também verificar que tal limitação aos direitos indígenas não se mostra proporcional, pois atinge direitos básicos desses

povos, como o direito à preservação de sua identidade e de seu patrimônio cultural e o direito à própria subsistência das comunidades indígenas e de seus membros, para preservar o direito à propriedade privada de particulares, que poderiam mais facilmente ser compensados de eventuais prejuízos através do pagamento de indenizações, como recomenda a Constituição de 1988 em seu artigo 231, § 6º.

Além disso, a adoção do marco temporal de 1988 não está em consonância com os parâmetros de proteção estabelecidos internacionalmente pela CIDH, a qual possui precedentes assinalando que, para os índios, a relação com suas terras não se esgota em uma simples questão de posse e produção, mas constitui um elemento material e espiritual básico de sua cultura, essencial para a preservação de seu legado e para a transmissão às gerações futuras, motivo por que, enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação delas.

A leitura que propomos do artigo 231, *caput* e § 1º, da CF é de que a verificação da tradicionalidade de uma terra não esteja previamente condicionada ao fato de existência efetiva de ocupação indígena ou de conflito possessório na data precisa da promulgação da Constituição atual, em 5 de outubro de 1988.

Nesse sentido, a data de efetiva ocupação só poderia constituir empecilho ao reconhecimento e demarcação de terras alegadamente tradicionais nos casos em que os índios tivessem deixado de ocupá-las por vontade própria e em passado remoto, ali retornando após decurso de tempo suficiente para justificar o título de domínio defendido pelos atuais proprietários.

Essa releitura, além de coadunar-se com os padrões de proteção internacional, encontra amparo na própria Constituição, que, em sua definição autêntica sobre o que são as terras tradicionais indígenas (CF, artigo 231, § 1º), não traz nenhuma condicionante que faça referência ao tempo em que deve ser verificada a ocupação das terras pelos índios, mencionando apenas que tal ocupação pode ser caracterizada pela habitação indígena em caráter permanente, pela utilização para suas atividades produtivas, pela imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ou pela necessidade para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ademais, no § 4º do artigo 231, afirma a Lei Fundamental que as terras tradicionalmente ocupadas são *inalienáveis* e indisponíveis e os direitos originários dos índios sobre elas *imprescritíveis*, a revelar, por um lado, que a posse de não índio sobre TIs é nula, sem nenhum efeito e não pode ser legitimada (CF, artigo 231, § 6º), e, por outro, que o não exercício desses direitos em um determinado momento histórico – isto é, a não ocupação das terras na precisa data de 5/10/1988 – não retira das comunidades indígenas os direitos originários sobre as terras que ocupavam tradicionalmente em momento anterior, mas das quais foram expulsas, quando tais direitos já eram constitucionalmente reconhecidos.

Em suma, a conjugação do paradigma do marco temporal com o conceito de renitente esbulho definido pelo STF vem dando ensejo a que sejam subtraídos os direitos dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo de suas terras. Nesse aspecto, resolvendo os conflitos em detrimento das comunidades indígenas, a Excelsa Corte não aplica adequadamente o *caput* e os parágrafos do artigo 231 da Constituição, que, embora constituam dispositivos destinados à proteção dos índios, estão sendo interpretados pelo tribunal em sentido que lhes nega os direitos originários – que as Constituições anteriores, desde 1934, lhes reconheceram – sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

## REFERÊNCIAS

1. BRASIL. *Constituição (1934)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
2. \_\_\_\_\_. *Constituição (1937)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
3. \_\_\_\_\_. *Constituição (1946)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
4. \_\_\_\_\_. *Constituição (1967)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
5. \_\_\_\_\_. *Constituição com Emenda de 1969*. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituiacao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiacao67EMC69.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

6. \_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

7. \_\_\_\_\_. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014. v. II, p. 253-254. Disponível em: <[http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_2\\_digital.pdf](http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

8. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 323-7*. Relator: Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266076>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

9. \_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462*. Relator: Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 9/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

10. \_\_\_\_\_. *Embargos de Declaração na Petição n. 3.388*. Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

11. \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança n. 21.575*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 3/2/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=855555>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

12. \_\_\_\_\_. *Petição n. 3.388*. Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/3/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

13. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 16/9/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

14. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.542*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado



- em 30/9/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218303>>. Acesso em: 25 mar. 2017.
15. BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*. Bruxelles: Bruylant, 2008.
16. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
17. MAIA, Luciano Mariz. Direitos humanos e mutação constitucional. In: REGIS, André; MAIA, Luciano Mariz. *Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais: uma coletânea de artigos*. Organização, supervisão e edição: Heldio Villar. Recife: Base; João Pessoa: Universitária, 2004.
18. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
19. \_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
20. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, adotada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
21. \_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 29 de março de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
22. \_\_\_\_\_. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.
23. \_\_\_\_\_. *Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/con>

- teudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.
24. \_\_\_\_\_. *Parecer consultivo sobre as restrições à pena de morte*. Parecer n. 3, de 8 de setembro de 1983. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_03\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf)>. Acesso em: 5 fev. 2017.
25. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais*, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
26. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. edição rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
27. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
28. SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre o marco temporal de 1988*. São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.
29. VARGAS, Denise. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

# MARCO TEMPORAL COMO RETROCESSO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS<sup>1</sup>

LIANA AMIN LIMA DA SILVA<sup>2</sup>

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO<sup>3</sup>

## RESUMO

Os direitos originários dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam estão consagrados no artigo 231 da Constituição brasileira. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), por sua vez, reconhece os direitos das comunidades quilombolas à propriedade definitiva das terras ocupadas. O Supremo Tribunal Federal, no caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3.388-4/RR), estabeleceu a data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) para verificação da posse pelos povos indígenas para fins de demarcação e titulação das terras. O critério do *marco temporal* foi discutido em outras decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo afetado processos de reconhecimento e demarcação de Terras Indígenas (TIs) dos povos Terena, Guarani e Kaiowá. Contudo, o posicio-

---

<sup>1</sup> Versão revisada e atualizada do artigo de mesmo título, originalmente publicado em: WOLKMER, Antonio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal*. Goiânia: PUC-Goiás, 2016. p. 55-83.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Socioambiental e Sustentabilidade (PUCPR). Professora colaboradora da Licenciatura Indígena Políticas Educacionais e Desenvolvimento Sustentável (UFAM). Bolsista de Pós-doutorado (PNDE-CAPES), professora visitante do PPGD-PUCPR.

<sup>3</sup> Professor titular de Direito Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD-PUCPR). Doutor em Direito (UFPR). Foi presidente da Funai, procurador-geral do Inera e procurador do Estado do Paraná. Autor dos livros: *O renascer dos povos indígenas para o Direito* (Juruá, 1998); *Bens culturais e sua proteção jurídica* (Juruá, 2005); *A função social da terra* (Sergio Fabris, 2003); *A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais* (IBAP, 2011).

namento da aplicação do marco temporal se mostrou superado pela Suprema Corte no julgamento da ADI n. 3.239 sobre a constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, que trata dos procedimentos de titulação das terras quilombolas. Consideramos que a desconstrução teórico-jurídica do critério do marco temporal passa pelo pressuposto de que os direitos originários são conexos ao direito à vida, à existência e à integridade física, cultural e espiritual dos povos indígenas, dos quilombolas e das comunidades tradicionais. O direito à terra existe desde o momento em que a comunidade se forma, ou seja, como direito congênito existe desde o surgimento ou nascimento da própria comunidade. A continuidade de existência da comunidade depende do lugar de sobrevivência. Por isso há uma estreita vinculação entre o direito à terra como direito originário e o direito à existência dos povos indígenas e tradicionais. Tal negação os mantém na invisibilidade, quando os próprios instrumentos normativos tentam legitimamente trazê-los à visibilidade jurídica.

**Palavras-chave:** Direitos territoriais. Povos indígenas. Comunidades quilombolas. Marco temporal.

## ABSTRACT

The originary rights from indigenous peoples to the lands they traditionally occupy are enshrined in Article 231 of the Brazilian Constitution. Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act (ADCT), in turn, recognizes the rights of quilombolas communities to the definitive ownership of occupied lands. The Federal Supreme Court, in the Raposa Serra do Sol case (Pet n. 3.388-4/RR), established the date of the promulgation of the Constitution (October 5, 1988) to verify the possession of land by indigenous peoples for demarcation and titling purposes. The criterion “temporal mark” has been discussed in other decisions of the Federal Supreme Court, affecting processes of recognition and demarcation of indigenous lands of Terena, Guarani and Kaiowá peoples. However, the positioning of the application of the temporal mark was overcome by the STF in the judgment of ADI n. 3.239 on the constitutionality of Decree n. 4.887/ 2003, which deals with the titling procedures of the quilombola lands. We consider that the theoretical and juridical on the assumption that the original rights are rights related to the right to life, existence and physical, cultural

and spiritual integrity of indigenous peoples, quilombolas and traditional communities. The territorial rights exists since the moment the community is formed, that is, as a congenital right it exists since the emergence or birth of the community itself. The continuity of community existence depends on the place of survival. Therefore, there is a close link between the right to land as an original right and the right to existence of indigenous and traditional peoples. Such negation keeps them invisible, when the normative instruments themselves legitimately attempt to bring them into legal visibility.

**Keywords:** Land rights. Indigenous peoples. Quilombolas communities. Temporal mark.

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. Indigenato: entre o passado, o presente e o futuro
    - 2.1 O STF e a reafirmação do direito originário: casos Pataxó Hã-Hã-Hãe e Krenak
    - 2.2 O STF e a invenção do marco temporal: caso Raposa Serra do Sol
    - 2.3 Julgamento da ADI n. 3.239 (terras quilombolas)
  3. Marco temporal e a PEC n. 215
    - 3.1 Violação ao direito de consulta prévia
  4. Existo porque resisto: povos e territórios originários contemporâneos
  5. Conclusão
- Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Um grande avanço na legislação e na ação governamental brasileiras ocorreu quanto à proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais durante o processo de redemocratização (1980-1988) como resultado da mobilização e organização dos povos indígenas. Finalmente coroando essa mobilização, a Constituição brasileira de 1988 garantiu a integridade dos territórios indígenas e, pela primeira vez desde a abolição da escravatura (1888), reconheceu a existência de comunidades quilombolas e seu direito a territórios.

Após quase trinta anos da promulgação da Constituição, uma investida do Poder Legislativo acompanhada por decisões de relativização de direitos territoriais coletivos vem ocorrendo com intensidade

nestes últimos anos. No campo legislativo há um conjunto de propostas de leis e alterações da Constituição para reduzir o poder da Administração de reconhecer e demarcar terras, reduzindo a possibilidade de efetivação do direito. Enquanto as decisões judiciais, especialmente da Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal – STF), tem tentado relativizar alguns direitos, como a decisão de apenas reconhecer direitos territoriais de povos que estivessem em pleno gozo de posse das terras em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, sem levar em conta o contínuo e violento desapossamento de terras ocorrido no passado remoto e recente.

Alguns dos dispositivos propostos legislativamente são claramente inconstitucionais. Ocorre que o guardião da constitucionalidade é justamente o STF, que, por sua vez, também tem tido uma política de fragilização de direitos, o que põe em risco os avanços adquiridos na luta social.

Entre as ameaças de violação de direitos no Legislativo, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 215/2000, que pretende alterar a competência de demarcação de terras, estabelecendo que só o Congresso Nacional pode fazê-la, o que é inconstitucional por violar a separação de poderes. Há outros exemplos de maior ou menor repercussão, todos dificultando ou diretamente propondo o uso não comunitário das terras.<sup>4</sup>

Além de não serem consultados, como determina a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, tem sido vedada a participação de representantes desses povos durante o processo legislativo, especialmente nos espaços das comissões que tratam e aprovam a matéria no âmbito do Congresso Nacional, o que gerou protestos e retomada da mobilização nacional indígena, que teve forte repressão policial na manifestação de dezembro de 2014 e na manifestação de 25 de abril de 2017 (Acampamento Terra Livre).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> A PEC n. 237/2013 visa tornar possível a posse indireta de TIs a produtores rurais na forma de concessão. Registra-se entre os projetos de leis, o PL n. 1.610/1996, que dispõe sobre mineração em TIs; o PL n. 273/2008, que trata das rodovias, ferrovias e hidrovias localizadas em TIs como áreas de relevante interesse público da União; e, ainda, o PL n. 349/2013, que tem como objetivo impedir que terras ocupadas por indígenas em processo de retomada sejam demarcadas ou continuem os estudos para constituição como TIs.

<sup>5</sup> Ver: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB). Mobilização Nacional Indígena. Acampamento Terra Livre. Notícias. Disponível em: <<https://mobiliza>

Sobre as decisões recentes do STF envolvendo assuntos indígenas, dois casos são emblemáticos: o que foi favorável à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol dos povos Macuxi, Wapixana, Ingariko, Patamona e Taurepang de Roraima (2009) e o da Terra Indígena Caramuru Catarina Paraguasu do povo Pataxó Hã-Hã-Hãe do sul da Bahia (2012). Em ambos, o STF confirmou a garantia constitucional do direito à terra indígena (art. 231, § 1º).

No caso Raposa Serra do Sol, o Tribunal previu 19 condicionantes que são restritivas aos direitos constitucionais indígenas, e no voto do relator, ministro Ayres Britto, surgiu também a tese do critério do “marco temporal” como requisito objetivo para a comprovação da posse indígena, relativizando o direito originário à terra estabelecido na Constituição.

Posteriormente, em julgado de 2012, caso Pataxó Hã-Hã-Hãe, o STF reconheceu o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionais, em conformidade ao que dispõe o *caput* do artigo 231 e § 6º, considerando nulos os títulos de propriedades de terras incidentes na Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu, apesar de os indígenas não estarem na terra em 1988, donde haviam sido retirados forçosamente três décadas antes.

Apesar da decisão de 2012, tem ganhado força a tese negativa dos direitos entre juízes, legisladores e integrantes do Poder Executivo interessados em minimizar direitos de indígenas e de outras populações tradicionais com o claro interesse de utilizar suas terras. A análise do marco temporal não resiste, porém, a uma análise isenta e mais aprofundada do direito das coletividades.

## 2. INDIGENATO: ENTRE O PASSADO, O PRESENTE E O FUTURO

O instituto do indigenato existe desde o período colonial, ao considerar as “*terras possuídas por hordas selvagens coletivamente organizadas*, cujas posses não estão sujeitas à legitimação, visto que o seu título não é a *ocupação*, mas o *indigenato* (Alvará de 1º de Abril de 1680)” (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 64).

---

caonacionalindigena.wordpress.com/2017/04/25/protesto-pacifico-de-povos-indigenas-e-atacado-pela-policia-na-frente-do-congresso>. Acesso em: 25 abr. 2017.

Os indígenas foram os “*primeiros ocupantes e donos naturais destas terras*”, como, expressamente reconhecia o Alvará Régio. O fundamento do direito deles às terras está baseado no “*indigenato*”, que não é direito adquirido, e sim congênito (TOURINHO NETO, 1993).

Tal direito – congênito e originário – dos indígenas sobre suas terras, independente de titulação ou reconhecimento formal, consagrado ainda no início do processo de colonização, foi mantido no sistema legal brasileiro, por meio da Lei de Terras de 1850 (Lei 601 de 1850), do Decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854 (que regulamentou a Lei de Terras), da Lei nº 6.001/73, das Constituições de 1934, 1937 e 1946 e da Emenda de 1969. Nos anos 1990, a garantia do direito originário dos povos indígenas às suas terras passou a se alicerçar sobre o estudo minucioso da territorialidade dos diferentes povos indígenas, considerando-se não apenas seus usos passados e presentes, mas também a perspectiva de uso futuro, tudo isso “segundo seus usos, costumes e tradições”, conforme o artigo 231 do texto constitucional. (FUNAI, 2014).

O direito originário (expressão utilizada pela Constituição de 1988) sobre as terras que ocupam está intrinsecamente ligado ao direito de organização social própria, ao direito de se constituírem como sociedades tradicionais autônomas, que não é outra coisa senão o velho *indigenato* juridicamente muito mais bem composto. Agora pode-se dizer que são direitos étnicos, reconhecidos internacionalmente.

Nesse sentido, Mendes Júnior (1912, p. 30) afirmava sobre o princípio da autonomia das tribos: “(...) a verdade é que ficou firmado o princípio da autonomia das tribos, desde que o próprio rei de Portugal as declarava isentas de sua jurisdição (Provisão de 09 de Março de 1718).”

E: “respeitando não só a autonomia como tribos enquanto não constituírem municipalmente, como também o seu domínio sobre as terras em que se acharem estabelecidos com posse congênita.” (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 67).

Para os povos indígenas, nunca houve uma preocupação em titular a terra nos moldes civilista, do direito das coisas, porque, para eles, a terra nunca teve essa concepção. “Nós não negociamos direitos territoriais porque a terra, para nós, representa a nossa vida. A terra é mãe, e mãe não se vende, não se negocia. Mãe se cuida, mãe se defende, mãe se protege.” (GUAJAJARA, 2013).

Não quero chegar até o ponto de afirmar, como P.J. Proudhon, nos *Essais d'une philos, populaire*, que “o *indigenato* é a única fonte jurídica da posse territorial”; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os filósofos gregos afirmavam que o *indigenato* é um título congênito, ao passo



que a ocupação é um título adquirido. Conquanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na frase do Alv. 1º de Abril de 1680, “a primaria, naturalmente e virtualmente reservada”, ou na phrase de Aristoteles (Polit., I, n. 8) – “um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento”. Por conseguinte, o indigenato não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem. (MENDES JUNIOR, 1912, p. 58).

Assim como estabelece o artigo 25 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), a posse permanente das TIs independerá de sua demarcação. E consagrado, desde então, está pela política indigenista do Estado brasileiro de que a demarcação não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites das TIs.

Tourinho Neto, já na década de 1990, analisando o direito constitucional indígena, demonstrava que o “conceito de posse civil não pode ser aplicado aos índios. Sua posse é imemorial, dentro de uma visão sociológica e antropológica”. Explicita ainda que:

para identificar se uma posse é indígena, é preciso observar se há, ainda, na área, palpitante influência indígena, demonstrativa de que, há não muitos anos, os índios ali tinham o seu *habitat* – tradicionalmente a ocupavam – e que dali foram expulsos, à força ou não. (TOURINHO NETO, 1993, p. 25).

Nesse sentido, as lições de Zea (2005) sobre os conceitos antagônicos de *civilização vs. barbárie*, que aponta para a compreensão dos processos e ideologias coloniais que permanecem até os dias atuais no tratamento de subalternização das gentes latino-americanas.

Estados Unidos –, de seu peculiar conceito de civilização, buscará impor-se sobre a barbárie, e mais do que sobre a barbárie, sobre a selvageria de povos nos quais verá algo menos que povos de homens, povos por isto de difícil incorporação à civilização da qual ela já é o centro, a civilização ocidental. Já não se falará de bárbaros, como parte da natureza da selva. De primitivos que não evoluíram biologicamente. Indígenas, gente que está ali, mas não se sabe o que é, nem se está seguro que forme parte da humanidade. Uma civilização que não contempla a incorporação de povos de etnia distinta. Uma civilização excludente. (ZEA, 2005, p. 185).

Esta visão marca a América inteira:

A aristocracia latifundiária da colônia, dona do poder, conservou intactos seus direitos feudais sobre a terra, e por consequência, sobre o índio. (...) A república devia elevar a condição do índio. E, contrariando seu dever, a república pauperizou o índio, agravou sua opressão e exasperou sua miséria. A república significou para os índios a ascensão da nova classe dominante que se apropriou sistematicamente de suas terras. Em uma

raça com costume e alma agrárias, como a raça indígena, esse despojo foi a causa de uma dissolução material e moral. A terra sempre foi toda alegria do índio. O índio desposou a terra, sente que “a vida vem da terra” e volta à terra. Finalmente, o índio pode ser indiferente a tudo, menos à posse da terra que suas mãos e seu alento lavraram e fecundaram religiosamente. (MARIÁTEGUI, 2010, p. 63).

O capítulo VIII da Constituição Federal, intitulado “Dos Índios”, em seu artigo 231, prevê o reconhecimento da organização social, costumes, crenças, tradições e os direitos originários das terras que os índios tradicionalmente ocupam.

O reconhecimento do direito originário deve ser feito com base no direito à memória, direito à verdade e à reparação, por meio dos depoimentos dos velhos, anciãos, rezadores, xamãs e sábios das aldeias, alguns quase centenários, que ainda vivos são testemunhas de massacres ocorridos e da expulsão de suas comunidades da terra tradicional.

O contrário disso é o discurso anti-indígena, inconcebível, de contrapor o direito originário à impossibilidade de desapropriar todo o território nacional ou afetar grandes cidades como São Paulo ou Rio de Janeiro, o direito originário às terras não significa restaurar um passado já irreal, mas garantir um futuro possível. É surpreendente que a Corte Constitucional reproduza discurso ideológico, leigo e vazio como esse, que busca, pelo absurdo, esvaziar o conteúdo da Constituição.<sup>6</sup>

A Constituição, em 1988, apontou para uma perspectiva descolonial ao não só permitir como também garantir que os povos indígenas, ou o que sobrou deles, pudessem seguir existindo com a liberdade de ser povo, culturalmente diferenciado da sociedade dominante.<sup>7</sup>

Os direitos territoriais das comunidades quilombolas, por sua vez, estão previstos no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ressalta-se ainda que a Constituição Federal, no capítulo III, em seu artigo 216, dispõe que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver. Com base na previsão constitucional,

<sup>6</sup> A população indígena no Brasil não chega a 0,5% da população nacional, conforme Censo 2010, tratando-se de minorias étnicas que nunca manifestaram interesse de reivindicar territórios de municípios, muito menos tornarem-se nações independentes, na concepção do direito internacional.

<sup>7</sup> São 305 etnias indígenas no Brasil, falantes de 274 línguas, conforme Censo 2010.

portanto, considera-se a concepção de direitos étnicos em que são indissociáveis os direitos culturais e os direitos territoriais.

Para Walsh (2012, p. 35), ao se negarem ser considerados como sujeitos individuais e postularem-se como povos e nacionalidades com direitos coletivos que, desde sua diferença cultural e epistêmica, propõem outras concepções de nação, democracia e conhecimento, não só para eles, mas também para o conjunto da sociedade, perturbam a lógica multicultural do capitalismo global, que parte da diversidade étnico-cultural e não da diferença colonial.

Aos povos indígenas, é assegurado o direito as terras, territórios e outros recursos, devendo essa especial relação ser respeitada, a fim de preservar as culturas e valores espirituais e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação (artigos 26 e 27 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas – ONU, 2007 – e artigos 13 e 14 da Convenção n. 169 da OIT, 1989).<sup>8</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001), julgando o caso *Mayagna Awas Tingni Indigenous vs. Nicarágua*, precedente a nível internacional, reconheceu que os povos indígenas, em virtude de sua existência, têm o direito de viver livremente em suas próprias terras e ter seus direitos ligados a ela. A Corte considera a estreita ligação dos povos com suas terras tradicionais, ampliando a interpretação do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) para atingir também os recursos naturais ligados à sua cultura e encontrados em seus territórios, assim como os elementos incorporados que se desprendam deles.<sup>9</sup>

A Corte passou a interpretar o artigo 21 da Convenção Americana (Pacto de São José) à luz do artigo 29.b da Convenção, o qual proíbe interpretar algum dispositivo da Convenção no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar

---

<sup>8</sup> A Convenção n. 169 da OIT foi ratificada pelo Brasil em 2002, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, sendo promulgada pelo Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004.

<sup>9</sup> OEA. Corte IDH. Caso *Mayagna Awas Tingni Indigenous Community*. Comunicado à Imprensa n. 23, de 28 de setembro de 2001. Posteriormente a Corte IDH firmou o mesmo entendimento em casos similares: OEA. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentença de 17 de junho de 2005; OEA. Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentença de 29 de março de 2006, § 118.; OEA. Corte IDH. Caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. Sentença de 28 de novembro de 2007.

reconhecido de acordo com as leis internas do Estado em questão ou de acordo com outra convenção na qual seja parte o Estado. Destaca-se, ainda, a interpretação da Corte IDH em convergência com os princípios e direitos previstos na Convenção n. 169 da OIT e Declaração da ONU de 2007.

## **2.1 O STF e a reafirmação do direito originário: casos Pataxó Hã-Hã-Hãe e Krenak**

Em ambos os casos, do povo Krenak, no estado de Minas Gerais, em 1993, e do povo Pataxó Hã-Hã-Hãe, na Bahia, em 2012, o STF entendeu que os povos haviam deixado fazia muito tempo suas terras, pressionados pelos respectivos governos estaduais, que chegaram a proceder a titulações como se terras devolutas fossem. Argumentou-se nos julgamentos no sentido de que a comunidade e a terra estão umbilicalmente ligados de tal forma que a perda da terra pode levar à extinção da comunidade no longo prazo, ou dito consoante à norma constitucional, para garantir o direito à existência da comunidade há que garantir o direito à terra (SOUZA FILHO, 2015).

O caso recente dos Pataxós Hã-Hã-Hãe é emblemático. O STF, ao julgar parcialmente procedente (ACO n. 312, em 2 de maio de 2012), reafirmou o instituto do indigenato na ação que reivindicava a demarcação do território do povo Pataxó Hã-Hã-Hãe, no sul do estado da Bahia, declarando a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estivessem localizadas dentro da área da Reserva Indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu do Povo Pataxó Hã-Hã-Hãe.

A decisão confirmou o direito congênito dos povos indígenas às suas terras e deu efetividade ao que dispõe o artigo 231 da Constituição, reconhecendo que as TIs são fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos indígenas. O voto do ministro Ayres Britto ratificou o entendimento do valor intrínseco e transcendente da terra ancestral para os povos indígenas, considerando que “a terra é um totem horizontal, é um espírito protetor, é um ente com o qual ele mantém uma relação umbilical”. Afirmou ainda que, “para o índio, a terra não é um bem mercantil, passível de transação”. Vale destacar a relevância dessa decisão, por ser posterior ao caso Raposa Serra do Sol, de que trataremos adiante.

## 2.2 O STF e a invenção do marco temporal: caso Raposa Serra do Sol

No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (povos Ingarikó, Taurepang, Patamona, Wapixana e Macuxi)<sup>10</sup>, em Roraima, apesar de ter sido favorável à demarcação da TI, num caso complexo, que envolve faixas de fronteiras, a decisão apresentou pontos polêmicos, como as 19 condicionantes propostas pelo ministro Menezes Direito.

Em relação às 19 condicionantes, o STF as considerou como necessárias para “explicitar o usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva graves controvérsias”. Contudo, considera-se uma interpretação restritiva da Constituição, pois o STF ignorou o direito à consulta prévia, ao criar norma abstrata de conduta e apontar no sentido oposto do que dispõe a Convenção n. 169, seja por não mencionar o direito à consulta prévia ou por violar expressamente, no sentido de vedar o direito de consulta e consentimento em situações específicas.

O posicionamento do ministro Menezes Direito<sup>11</sup> acabou por demonstrar que o STF segue na contramão do que dispõe a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre consulta e consentimento livre, prévio e informado.

Com base nas condicionantes fixadas pelo STF na Pet n. 3.388/RR, o advogado-geral da União, Luiz Inácio Adams, publicou a Portaria n. 303 da Advocacia-Geral da União (AGU), de 16 de julho de 2012, dispondo sobre as “salvaguardas institucionais às terras indíge-

---

<sup>10</sup> STF. Petição n. 3.388 Roraima, Relator: CARLOS BRITTO, data de julgamento: 3 abr. 2009, data de publicação: DJe-071 DIVULG 16 abr. 2009 PUBLIC 17 abr. 2009). Petição n. 3.388-4 Roraima. Referência à consulta prévia e Conv. n. 169 da OIT. Voto-vista ministro Marco Aurélio, p. 62, 63, 66.

<sup>11</sup> “Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção n. 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional” (fl. 408). Supremo Tribunal Federal (STF). Acórdão. Embargos de Declaração na Petição n. 3.388 Roraima; julgamento plenário, data: 23 out. 2013. Citações: parágrafo 67 (p. 29).

nas”, a fim de normatizar a atuação das unidades da AGU. A portaria, apontada como inconstitucional, foi suspensa até o julgamento dos embargos de declaração pelo STF sobre os limites da decisão no caso Raposa Serra do Sol.

Em relação aos embargos de declaração, destacou-se o questionamento da procuradora-geral da República, dra. Deborah Macedo Duprat, de que “não cabe ao STF traçar parâmetros abstratos de conduta, máxime em contexto em que os mesmos não foram sequer objeto de discussão no curso da lide” (fl.10158). Desse modo, o STF esclareceu que “a decisão proferida na Petição 3.388 não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas”.

Sobre as 19 condicionantes, consideradas “pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação”, a Corte Constitucional apregoou:

Embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões.<sup>12</sup>

O ponto controverso que nos interessa e que vem refletindo em outros casos de demarcação de terras surgiu no voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto, que fixou o marco temporal (marco objetivo) da ocupação para fins de demarcação das TIs como sendo a data da promulgação da Constituição Federal, que deverá ser verificado conjuntamente ao marco da tradicionalidade.

Ocorre que esse fundamento significa restrições aos direitos originários dos povos indígenas garantidos na própria Carta Constitucional, a exemplo do acórdão do STF que afeta os guaranis kaiowás (TI Guyraroka – Mato Grosso do Sul), no qual a Segunda Turma “reafirma as diretrizes que o Plenário do STF estabeleceu na decisão proferida na Pet 3.388/RR, notadamente aquela que definiu como marco temporal ineliminável, o dia 05/10/1988, data da promulgação da vigente Constituição da República”, declarando a nulidade do processo administrativo de demarcação da TI Guyraroka.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> STF. Acórdão. Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR; julgamento plenário, data: 23 out. 2013. Citações: parágrafos 49, 55, 58 (p. 21, 23, 25).

<sup>13</sup> STF. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, decisão em 16 set. 2014. Inteiro teor do acórdão. Extrato de Ata: p. 71-73.

Nos votos do ministro Gilmar Mendes e da ministra Cármen Lúcia, é retomado o fundamento do marco temporal. Desconsiderando-se que esses povos – Guarani e Kaiowá (sul de Mato Grosso do Sul) e Avá Guarani (do oeste do Paraná) – foram expulsos de suas terras ancestrais no período da ditadura militar no Brasil (o que ficou evidente no Relatório da Comissão Nacional da Verdade Indígena, publicado em dezembro de 2014)<sup>14</sup> e hoje muitas das comunidades se encontram em processos de reivindicação e reconquista de seus direitos territoriais que foram usurpados.

O voto do relator, ministro Gilmar Mendes, destaca que “o marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária”, não se compreendendo como posse imemorial.

Nesse sentido, o STF nega a existência jurídica de determinadas comunidades e povos, ao alegar que, mesmo a proteção do direito à terra indígena já estando garantida pela Constituição anterior, considera-se a data da promulgação da CF para fins de verificação do fato em si da ocupação fundiária. Essa posição, até o presente momento, refletiu em mais dois casos no que concerne a TIs: caso Guiraroka (Guarani Kaiowá, MS) e caso Limão Verde (Terena, MS)<sup>15</sup>; e a discussão apareceu também no julgamento sobre a constitucionalidade do decreto que regulamenta as terras quilombolas, de que trataremos adiante.

### 2.3 Julgamento da ADI n. 3.239 (terras quilombolas)

Registra-se a tensão vivida pelos quilombolas ao aguardar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.239, ajuizada em 2004 pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Partido Democrático (DEM), representando interesses da bancada ruralista no Congresso Nacional.

Nessa ação, questionava-se a constitucionalidade do Decreto n. 4.887, que regulamenta os procedimentos para identificação, reco-

<sup>14</sup> Texto 5: Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Expulsão, Remoção e Intrusão de Territórios Indígenas. In: *Relatório: textos temáticos/Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014. v. II, p. 208-217. Disponível em: <[http://www.cnv.gov.br/images/relatorio\\_final/Relatorio\\_Final\\_CNV\\_Volume\\_II.pdf](http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Volume_II.pdf)>.

<sup>15</sup> STF. ARE 803.462 AgR/MS. Decisão publicada no DJe de 12 fev. 2015. Relator Ministro Teori Zavascki. (V. *Informativo 771*). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo774.htm#transcricao1>>.

nhecimento, delimitação, demarcação e titulação de terras quilombolas. Entre os questionamentos, a ADI ataca o critério da autoatribuição incorporado pelo Decreto n. 4.887, com base na Convenção n. 169; alega que o decreto estaria ferindo o princípio da legalidade por ser um decreto autônomo e que aquelas normas deveriam ter passado pelo processo legislativo; que a caracterização do território quilombola fundado na reprodução física, social, econômica e cultural do grupo étnico é por demais abrangente e, finalmente; que o decreto cria uma nova modalidade de desapropriação inexistente no ordenamento jurídico, possibilidade apenas consignada à lei formalmente criada.

O julgamento somente foi concluído em 8 de fevereiro de 2018. Os votos publicados até a presente data foram o do então relator, ministro Cezar Peluso (em 18 de abril de 2012), pela inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887, e outro, da ministra Rosa Weber (em 25 de março de 2015), pela constitucionalidade. O último voto, apesar de bem fundamentado, inclusive citando os casos da Corte IDH<sup>16</sup>, mereceu atenção especial, porque a ministra retoma a interpretação do marco temporal para as terras quilombolas.

No voto do relator, observa-se a restrição da aplicação do artigo 68 do ADCT com a concessão das áreas de quilombos aos seus ocupantes tradicionais, que neles se encontravam radicados na data de promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

Ocorre que da interpretação literal da Constituição não se encontra menção à data da promulgação para finalidade de comprovação da posse. A confusão poderia estar sendo feita em relação ao artigo 67 do ADCT, em que a Constituição estabelece prazo para que a União conclua a demarcação das TIs (prazo de cinco anos a contar da promulgação da Constituição).

O artigo 68 estabelece: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

A Constituição não faz menção ao critério do marco temporal, sendo este uma invenção jurídica que vem sendo consolidada na inter-

---

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentença de 27 de junho de 2012 (serie C, n. 245). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)>. Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentença de 28 de novembro de 2007 (série C, n. 172). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>.



pretação do STF. Como observamos no voto da ministra Rosa Weber (STF, ADI n. 3.239, voto-vista, 25 mar. 2015, p. 44 (item 4.4.4):

A efetiva posse das terras em 05 de outubro de 1988 é requisito essencial à proteção do art. 68 do ADCT, porquanto consta expressamente do texto constitucional quando identifica seus destinatários. Tal emerge tanto da topologia da norma, situada no ADCT, vale dizer, voltada a situação temporalmente definida e que se pretende logo superada – quando da flexão verbal – “estejam ocupando”, a assinalar o **momento da promulgação da Constituição como o marco definidor de sua incidência**.

No voto da ministra Rosa Weber, consta expressamente que no texto constitucional não é a data da promulgação para efeito de verificação da posse, mas, sim, a identificação dos destinatários da norma (“remanescentes das comunidades dos quilombos”) e o requisito de contemporaneidade da territorialidade das comunidades (“que estejam ocupando suas terras”).

A ministra, por um lado, avançou ao afastar a data de 13 de maio de 1888 (promulgação da Lei Áurea, que oficializa a abolição da escravatura) para verificação da existência e definição do *status* dos quilombos, referindo-se à Lei Áurea como abolição formal da escravatura.

Esse mesmo raciocínio poderia ser aplicado ao marco temporal da data da promulgação da Constituição, qual seja, de que não se pode reduzir a eficácia de um direito fundamental a um marco formal, já que em muitos casos se torna difícil comprovar a existência de comunidades que até então eram invisibilizadas propositadamente pelo sistema jurídico vigente.

Decidindo sobre o caso emblemático Invernada Paiol de Telha, em 2013, os desembargadores do TRF da 4ª região, por 12 votos contra 3 votaram a favor da constitucionalidade do Decreto n. 4.887 em arguição de inconstitucionalidade suscitada em ação que questionava o processo administrativo de titulação da área da comunidade Invernada Paiol de Telha, no interior sul do estado do Paraná.<sup>17</sup>

As terras quilombolas expressas no artigo 68 não seguem o modelo jurídico engendrado para as TIs. A Constituição considera as TIs, determinadas pela ocupação tradicional, como bens da União com posse permanente e usufruto exclusivo do povo ocupante. O modelo é forte, mas juridicamente contraditório:

<sup>17</sup> TRF 4. Caso Invernada Paiol de Telha. Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.000387-9 (TRF). Processo n. 5014982-48.2011.404.7000 (Processo Eletrônico – E-Proc V2 – PR).

Foi atribuída à União a propriedade das terras indígenas, esta propriedade não tem nenhuma razão de ser porque todo o conteúdo do direito de propriedade é coletivo, do povo ocupante, com exceção da disposição, mas são terras indisponíveis. Este modelo não foi aplicado às terras quilombolas, a propriedade não foi repassada à União, mas à coletividade. O modelo federal indígena é do começo do século XX, quando o direito coletivo era impensável para o sistema jurídico; neste século XXI já está consagrado o direito coletivo para o meio ambiente, a natureza, o patrimônio cultural e de povos tradicionais. (SOUZA FILHO, 2015, p. 84-85).

O decreto não cria modalidade de desapropriação, apenas encaminha administrativamente para que utilizem os instrumentos de desapropriação disponíveis no sistema jurídico brasileiro para resolver o conflito. O teor dos argumentos da ADI é ideológico e se prende à ideia de que os quilombos não deveriam existir. O argumento se assenta no pressuposto de que, se alguém, em algum momento, desconhecendo ou desprezando a presença quilombola, concedeu um título de propriedade sobre a área desse povo, nenhum direito sobrevém ao povo. Dito de outra forma, se o Estado ou a União ou outros poderes nem sempre claramente definidos concedem sobre uma terra quilombola um título de difícil anulação, como de resto são quase todos os grilos de terra, nenhum direito remanesce aos quilombolas, ficariam atadas as mãos do Estado para cumprir a vontade constitucional.

Destaca-se que o artigo 68 (ADCT) é de aplicação imediata, pois a Constituição Federal de 1988 não permite que uma norma geradora de direitos fundamentais fique inaplicável por falta de lei regulamentadora, conforme o que dispõe o artigo 5º, § 1º.

Nesse sentido, apresenta-se o critério da autoatribuição na Convenção n. 169 da OIT: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”. Ou seja, são os próprios grupos que se autodefinem e se autodenominam, conforme sua identidade étnica.

Salienta-se que qualquer definição étnica que não seja por autoatribuição torna-se racismo, seja para negar, seja para determinar. No princípio consagrado da autoatribuição, não há dúvida de que a decisão é da comunidade; é ela, e somente ela, que define quem a integra como membro, e também é critério da comunidade a escolha de suas hierarquias internas e formas de tomada de decisão.

Em 8 de fevereiro de 2018, após catorze anos de tramitação da

ADI n. 3.239, o julgamento foi finalmente retomado e concluído. Em uma vitória histórica para a luta por direitos coletivos dos povos e comunidades quilombolas, o Decreto n. 4.887/2003 foi declarado constitucional, com a decisão por julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. A vitória ainda se deu de forma mais consistente, pela maioria de oito votos, e os(as) ministros(as) julgaram pelo afastamento da hipótese de se considerar um marco temporal para verificação da posse das terras quilombolas.

O ministro Ricardo Lewandowski, ao afastar a proposta do marco temporal apresentada pelo ministro Dias Toffoli, manifestou-se no sentido de que tal critério impunha às comunidades quilombolas a obrigação de produzir uma “prova diabólica”, impossível de ser obtida na prática. Obrigar as comunidades a provar que foram expulsas da terra de forma violenta seria, na verdade, impedir o exercício do direito e desconsiderar a notória opressão histórica a que as comunidades quilombolas estão submetidas (PRIOSTE, 2018).

Ressalta-se que o STF considerou o reconhecimento do acesso à terra como um direito humano. O ministro Celso de Mello reiterou sobre o *status* constitucional da Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, apontando para superação da jurisprudência do STF no que tange ao *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos.

O que se mostra como um fundamento de grande relevância em prol dos avanços no entendimento do STF; pois, para além da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, torna-se necessário que o STF reconheça que a Convenção n. 169 integra o bloco de constitucionalidade por dispor sobre direitos e garantias fundamentais para os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

### 3. MARCO TEMPORAL E A PEC 215

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 215 visa alterar o artigo 231 da CF e o artigo 68 do ADCT, representando um retrocesso nos direitos étnicos territoriais garantidos pela Constituição. O objetivo central é alterar a competência exclusiva do Poder Executivo federal para demarcação de TIs, transferindo-a ao Poder Legislativo (Congresso Nacional).

Não obstante esse intento, no recente parecer da PEC n. 215 publicado pelo relator, deputado Osmar Serraglio (2015), surgiram acrés-

cimos projetados no substitutivo, com base na orientação do STF quando do julgamento da Pet n. 3.388/RR, com base nas 19 condicionantes para a demarcação de TIs e no critério do marco temporal.<sup>18</sup>

O relatório se baseou no entendimento do STF de que a Constituição trabalhou com data certa, qual seja, a data da sua promulgação, 5 de outubro de 1988, “como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene”. Quando dos embargos declaratórios, o STF reconheceu a impossibilidade de transmutar em vinculante a decisão, mas assentou sua força jurisprudencial.

O relatório se baseia ainda na decisão recente (16 de setembro de 2014), da Segunda Turma do STF ao dar provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 29.087, reconhecendo não haver posse indígena em relação a uma fazenda, em Mato Grosso do Sul, que havia sido declarada pela União como área de posse imemorial (permanente) da etnia Guarani-Kaiowá, integrando a TI Guyraroká.

A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios. (RE 219.983, DJ de 17 set. 1999; Pet n. 3.388, DJE de 24 set. 2009).

A decisão no referido RMS n. 29.087-STF foi aprofundada no relatório da PEC n. 215, referindo-se ao argumento defendido pelo ministro Ayres Britto:

(...) Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos

<sup>18</sup> Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à PEC n. 215-A/2000, do Sr. Almir Sá e outros, que “acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º. No art. 231, da Constituição Federal” (inclui entre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei), e pensadas (PEC n. 215/2000). Câmara dos Deputados. 29 set. 2015.

índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras.

Nos termos da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “a comunidade Kaiowá encontra-se na área a ser demarcada desde os anos de 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras nos anos 40 por pressão dos fazendeiros”, mas que alguns permaneceram na região “trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra”, fato esse suficiente para legitimar a demarcação pretendida. Todavia, no STF, o ministro Gilmar Mendes defendeu o marco temporal, considerando a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária o dia 5 de outubro de 1988. Em complemento ao marco temporal, o ministro Ayres Britto destacou sobre o marco da tradicionalidade da ocupação.

O relator da PEC n. 215 na Comissão Especial, deputado Osmar Serraglio, defende a ideia de que se deve “permitir a duplicidade de oportunidades aos índios brasileiros, competindo-lhes escolher entre a permanência em condições típicas de suas etnias ou buscar a interação com os não índios, praticando atos tais quais estes engenham”. Tal entendimento é a antiga política integracionista dos índios à comunhão nacional, que vigorou até a Constituição de 1988.

Outro argumento do relator da PEC n. 215 é de se permitir “o ajuste de interesses, através de permuta por outras áreas, dizendo que “todo o direito necessariamente tem limites”. Ocorre que o relator demonstra não compreender a concepção e alcance dos direitos coletivos, como as terras tradicionais, em face de direitos individuais, como o direito à propriedade privada. Invertendo o argumento do deputado, por que considerar a propriedade privada que é um direito disponível prevalecer sobre direitos de povos que para sua existência física, cultural e espiritual dependem do sentido de pertencimento de suas terras ancestrais?

O discurso da importância econômica da produção rural não pode prevalecer sobre os interesses de demarcação de TIs, uma vez que o agronegócio concentra renda nas mãos de poucos, enquanto a função socioambiental das TIs como áreas de preservação e conservação da sociobiodiversidade é interesse de todos.

No que se refere ao direito originário às TIs, o deputado se manifesta ironicamente, dizendo: “Alguém dispõe de poder para limitar sua dimensão. A menos que se pretenda seja todo o território nacional. As consequências dessa delimitação são tão graves que mais evidenciam a necessidade de participação do Congresso Nacional nesse deslinde”.

E, quanto à insistência de remover os povos indígenas de suas terras, referindo-se à ocupação de outra área, segundo julga o deputado, “mais adequada a seus desígnios”, mister se faz recordar o princípio da irremovibilidade dos povos indígenas de suas terras, consagrado no próprio artigo 231 da Constituição. Esse princípio possui amparo na noção de que o vínculo que o povo indígena tem com sua terra ancestral é insubstituível e a sua existência enquanto povo depende da garantia de sua posse permanente e usufruto exclusivo dos recursos naturais necessários à sua subsistência física e cultural.

Outro argumento destacado pelo relator refere-se a que “sobre interesses indígenas, quem decide é o Congresso Nacional”. O autoritarismo dessa afirmativa fere o princípio da livre determinação dos povos indígenas e se olvida de que a leitura da Constituição (no que concerne ao uso dos recursos minerais e hídricos de TIs) deve ser feita em conjunto com a Convenção n. 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, tratado de direitos humanos, que dispõe sobre o direito fundamental à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado, especialmente nesses casos em que há risco de afetar a integridade dos povos. Além do mais, há uma divisão de Poderes que deve ser observada, a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a legislação sobre povos indígenas, não a execução dessa legislação como pretende o parlamentar.

A incorporação do critério do marco temporal em propostas de emendas constitucionais, afeta também as terras quilombolas (art. 3º da PEC n. 161/2007, que intenta modificar o processo de reconhecimento das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos – art. 68 do ADCT).

Observa-se que os ataques aos direitos étnicos na Constituição vêm sendo orquestrados pela Frente Parlamentar do Agronegócio, que tem a PEC n. 215 como seu maior triunfo. Ocorre que a PEC n. 215 é gritantemente inconstitucional: além de violar o princípio da separação dos poderes, a proposta viola os direitos e garantias fundamentais, o que é inadmissível, com fulcro no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição (cláusulas pétreas).

### 3.1 Violação ao direito de consulta prévia

O Brasil é signatário da Convenção n. 169 da OIT. O Poder Judiciário tem sido ainda muito tímido para reconhecer violações a essa convenção e outros tratados, o que tem levado o Estado Brasileiro a responder petições e processos internacionais perante a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O direito à consulta prévia está previsto na Convenção n. 169, mediante procedimentos apropriados, através das instituições representativas dos povos indígenas e tribais, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (artigo 6).

A consulta prévia se fundamenta no direito à livre determinação dos povos indígenas e tradicionais, considerando a perspectiva dos direitos de minorias étnicas, a fim de verificar o direito de decidir suas próprias prioridades no que concerne ao modelo de desenvolvimento que os afetem, o que está previsto no artigo 7º da Convenção.

Nota-se que a versão da Convenção n. 169, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5.051/2004, contou com uma tradução errônea de tal dispositivo, utilizando o verbo “escolher” (“direito de escolher”), contrastando com as versões oficiais na língua inglesa e espanhola, nas quais consta expressamente “direito de decidir”, o que reforça o princípio da autodeterminação.

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.<sup>19</sup> “O direito à livre determinação é um direito fundamental, sem o qual não podem exercer plenamente os direitos humanos dos povos indígenas, tanto os coletivos, como os individuais” (ANAYA, 2009, p. 12-20).

As propostas que tramitam no Congresso Nacional agridem o direito à consulta prévia aos povos indígenas, quilombolas e tradicionais. O Estado Brasileiro segue descumprindo a Convenção n. 169, especialmente no que tange à efetivação do direito à consulta prévia.

A Convenção n. 169 da OIT é autoaplicável, e o Congresso Nacional não pode seguir na omissão como se esse tratado não existisse,

---

<sup>19</sup> Artigo 4, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais (ONU, 2007).

já que foi ratificado pelo Brasil em 2002. E o pior: impondo práticas repressivas que criminalizam o movimento indígena quando este tenta, por meio de seus representantes legítimos e lideranças indígenas, exercer o direito de participação e ingressar no parlamento e se fazer presente nas audiências das comissões e plenário, para que seus direitos sejam respeitados, evitando qualquer tipo de retrocesso constitucional.

Outro grave problema é a ausência de representatividade das minorias étnicas no Congresso Nacional.<sup>20</sup> O que poderia ser objeto de emenda constitucional, no âmbito de uma reforma política. Cumpre-nos salientar, no entanto, que, mesmo havendo algum tipo de representatividade política no futuro, essa não equivale nem substitui os processos de consulta prévia referente a cada medida legislativa que venha afetar os povos e grupos étnicos.

#### **4. EXISTO PORQUE RESISTO: POVOS E TERRITÓRIOS ORIGINÁRIOS CONTEMPORÂNEOS**

Convidamos à análise do que dispõe a Constituição, com uma mirada do direito no século XXI, a fim de superarmos a ideologia dominante da modernidade, pois aqui estamos tratando de direitos coletivos de sociedades que sempre estiveram alheias ao direito hegemônico.

Tratamos, portanto, da superação da perspectiva da terra como propriedade privada, assim como lançamos olhares ao direito à vida em sua interpretação ampla. Referimo-nos ao direito à existência enquanto coletividade com identidade étnica, ou seja, enquanto povo.

Seguimos à análise das expressões que têm gerado controvérsia quanto à recente interpretação pelo STF e consequente tentativa do Legislativo em incorporar a tese do marco temporal à Constituição, por meio da PEC n. 215. Tais expressões são equivalentes para qui-

---

<sup>20</sup> Na composição do Congresso Nacional na atual Legislatura, a Frente Parlamentar da Agropecuária, contando com seus grupos aliados, alcançou maioria dos parlamentares na Câmara dos Deputados (257 do total de 513 deputados). Não há nenhuma representatividade indígena ou quilombola no Congresso Nacional brasileiro, diferentemente de outros países da América Latina. Por exemplo, na Colômbia (em que os povos indígenas e as comunidades afrocolombianas também são minorias étnicas), a Constituição (artigo 171) prevê 2 vagas para comunidades negras e 1 para indígena na Câmara de Representantes, além de 2 senadores eleitos por circunscrição nacional especial por comunidades indígenas.



lombolas (“que estejam ocupando suas terras”) e para povos indígenas (“as terras que tradicionalmente ocupam”).

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os *direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Art. 68 (ADCT). Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que *estejam ocupando suas terras* é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

O sentido das expressões “estar ocupando” e “ocupam” significa as terras que dão conteúdo ao grupo étnico. Tratando-se de TIs e terras quilombolas, não se pode restringir a interpretação como se a Constituição se referisse ao sentido jurídico de se comprovar a posse civil.

Os verbos no presente não se referiram à data da promulgação da Constituição. O tempo verbal no presente do indicativo remete à existência contemporânea dos povos indígenas e quilombolas. Assim, o marco temporal como critério objetivo é uma invenção jurídica na interpretação pelo STF.

Logo, na interpretação literal da Constituição, não encontramos fundamento para o marco temporal de comprovação da “posse indígena” na data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988). Diferentemente, o que a Constituição dispõe no artigo 67 do ADCT é o prazo de 5 anos do dever da União em concluir as demarcações de TIs a partir da promulgação, o que não foi cumprido pelo Estado Brasileiro.

Os processos históricos de esbulho, invasão de terras e expulsão de comunidades foram na maior parte legitimados por títulos concedidos pelo Estado como se o território ocupado por povos e comunidades tradicionais tratassem de terras devolutas, assim como legitimada e legalizada tem sido a grilagem de terra.<sup>21</sup>

Os povos e comunidades tradicionais seguiram e seguem no limbo da invisibilidade jurídica por serem expoliados e expulsos de suas terras, seja por violência pública, seja por violência privada. Tais povos,

<sup>21</sup> Nesse sentido, afirma o pesquisador Ariovaldo Umbelino (USP): “metade dos documentos de posse de terra no Brasil é ilegal”. Disponível em: <<http://www.carta-capital.com.br/sustentabilidade/metade-dos-documentos-de-posse-de-terra-no-brasil-e-ilegal-7116.html>>. Projetos de Pesquisa (Geografia Humana, USP): Atlas da Terra do Tocantins: estrutura fundiária e grilagem das terras públicas (2014) e Atlas da Terra Brasil (2011).

resistindo à opressão sofrida, podem temporariamente se distanciar de suas terras originárias, mas não perdem sua identidade étnica, identidade que está intrinsecamente ligada à terra que originou a concepção de povo, que originou a própria comunidade.

Em suma, é no reconhecimento do sentido de pertencimento à terra que a comunidade se autorreconhece enquanto povo.

que direito está protegido? E a resposta continua a mesma, o que deve ser protegido é a existência, preservação e manutenção da comunidade em toda a sua condição social, econômica e, especialmente, cultural. O que se está preservando é a comunidade, portanto. A terra é condição para a manutenção da comunidade a quem a lei estabelece o direito. É claro que a expressão “ocupam terras” ou “estejam ocupando” não é o mesmo que mantenham posse atual, como tecnicamente seria dito caso o que se estivesse protegendo fosse a posse atual ou contemporânea a 1988. (...) O Direito justamente está reconhecendo a existência de povos que vivem fora do sistema, que nunca se integraram e, exatamente, se está garantindo o direito de nunca se integrarem, se não quiserem, é o direito de ser coletivamente. (SOUZA FILHO, 2015, p. 87).

Logo, para fazer valer os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição de 1988, mister se faz garantir o direito à verdade, à reparação e à restituição de terras nos casos de povos indígenas e quilombolas que seguem resistindo, ao lutarem por sua própria existência. Ou seguiremos omissos testemunhando ataques, massacres e o genocídio em curso, como no caso dos Guaranis e Kaiowás, no sul de Mato Grosso do Sul, e Avás, no oeste do Paraná.

Na fundamentação de decisões no âmbito dos tribunais, não deve haver espaço para argumentos do senso comum e racistas, como o que restringe a interpretação do direito originário à terra com a posse imemorial e pré-colonial, no sentido de que os povos indígenas poderiam reivindicar todo o território do país e, especialmente o território onde se desenvolveram cidades e metrópoles brasileiras. Esse discurso político em tom fascista é vazio e absurdo em termos jurídicos não evendo ser propagado e repetido como argumento no âmbito dos tribunais superiores.

Assim como atualizadas as definições de povos e de propriedade no século XXI, também devemos atualizar a interpretação do direito originário à terra, no sentido do direito à terra desde o surgimento de determinado povo ou comunidade. O sentido de direito congênito permanece, pois trata-se de direito que nasce com o nascimento da própria comunidade.

O direito à terra se vincula aos povos e comunidades tradicionais, assim como tais grupos étnicos se vinculam ao seu território de origem. Esses grupos podem se afastar do seu território, mas não perdem a identidade ligada ao seu lugar de origem, território no qual forjaram sua cultura e sua sociedade.

É preciso, portanto, um esforço descolonial para interpretação e aplicação das normas que tratam dos direitos coletivos dos povos e comunidades tradicionais. No sentido de compreender a dimensão e alcance de determinados termos e categorias jurídicas que não devem se limitar ao olhar do direito moderno que regulamenta direitos e garantias na perspectiva individual.

Um exemplo de direcionamento de uma interpretação própria aplicada aos direitos dos povos indígenas e tribais é a leitura da Convenção n. 169 da OIT quando, em seu artigo 1-3, dispõe que a utilização do termo “povos” não deverá ser interpretada no sentido dos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

## 5. CONCLUSÃO

Com base nas reflexões e argumentos expostos no presente trabalho, entendemos que se deve reconhecer a posse da terra ancestral não com critérios restritivos civilistas que têm como base parâmetros e invenções de novos critérios que visam somente à garantia da segurança jurídica no âmbito dos direitos individuais. Tal leitura restritiva de direitos coletivos mais corresponde à ideologia da dominação, da exclusão, extinção e integração dos indígenas e outros povos e comunidades invisibilizadas.

A posse ancestral deve ser reconhecida, não no passado remoto, mas no futuro dos povos e comunidades que sobreviveram e resistiram, sobrevivem e resistem à mesma espoliação de que seus antepassados foram vítimas. Deve-se reconhecer a posse do território tradicional, com base no direito à existência coletiva e étnica que se vincula à terra, que por sua vez, é a base onde (re)nasce a identidade de cada povo indígena, de cada comunidade quilombola.

Nesse sentido, para os quilombolas, igualmente há de se entender um direito originário sobre a terra, já que na origem de criação da comunidade há um território que a abriga. A continuidade de existência da comunidade depende do lugar de sobrevivência. Por isso, ao se

negar o direito à terra como originário, nega-se o direito à existência desses povos e comunidades. Os direitos de uns e de outros, indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais estão equiparados na Convenção n. 169 da OIT.

O direito à terra é um direito congênito, ele existe desde que o povo ou a comunidade nasce, desde sua ressignificação de existência, com a ligação intrínseca ao território que a abriga, autoidentificado pela comunidade como sua terra ancestral, como a terra que já abrigava seus antepassados, como o território em que resgata sua história de resistência e luta para seguir existindo no presente e no futuro.

Nesse sentido, é válido lembrar: a demarcação e a titulação não criam o direito, que é originário, preexistente; o procedimento de demarcação e titulação de terras indígenas e quilombolas é simplesmente o reconhecimento externo, amparado pela Carta Constitucional.

## REFERÊNCIAS

1. ANAYA, James. Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12º período de sesiones, Tema 3 de la agenda. 2009. p. 12-20.
2. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 215-A, de 2000, do Sr. Almir Sá e outros, que “acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º. No art. 231 da Constituição Federal” (PEC 215-00). Osmar Serraglio, Deputado Relator. Câmara dos Deputados. 29 set. 2015.
3. FUNAI. (2014) *Direitos originários*: Em que consiste o direito originário dos povos indígenas às terras que ocupam? Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
4. GUAJAJARA, Sonia. Discurso na Comissão Especial sobre a PEC 215. Mobilização Nacional Indígena convocada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, APIB, Brasília, 2013. In: *Índio, Cidadão?* – O Filme. Direção por Rodrigo Arajeju, 2014. Disponível em: <<http://indiocidadao.org/>>. Acesso em: 20 set. 2015.

5. MARIÁTEGUI, José Carlos. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. Tradução de Felipe José Lindoso. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Clacso, 2010.
6. MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.
7. PRIOSTE, Fernando. *Decreto quilombola é constitucional sem aplicação do marco temporal, afirma STF*. Artigo. Terra de Direitos. 9 fev. 2018. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/acervo/artigos/decreto-quilombola-e-constitucional-sem-aplicacao-do-marco-temporal-afirma-stf/22732>>. Acesso em: 9 fev. 2018.
8. SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direito internacional dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais na América Latina. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina. *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. V. VI. Curitiba: Juruá, 2015.
9. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A constitucionalidade do direito quilombola. In: GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; SANTOS, Anderson Marcos dos (Org.). *Direitos em conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Estudos de casos judicializados. V.1. Curitiba: Kairós, 2015.
10. \_\_\_\_\_. *A liberdade e outros direitos*. Ensaios socioambientais. Curitiba: Letra da Lei, 2011.
11. \_\_\_\_\_. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.
12. TOURINHO NETO, Fernando da Costa (Juiz). Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. *Cartilha jurídica*, n. 20, Brasília, Tribunal Regional da 1ª Região, nov. 1993.
13. WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y (de)colonialidad*. Ensayos desde Abya Yala. Quito: Abya-Yala, 2012.
14. ZEA, Leopoldo. Discurso desde a marginalização e a barbárie; seguido de *A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

# MARCO TEMPORAL PARA AQUÉM DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO TRADICIONAL

REBECA ARIEL APARECIDA DE CAMPOS FERREIRA<sup>1</sup>

## RESUMO

A reflexão que ora se apresenta aborda questões relacionadas aos direitos dos povos indígenas ao território, analisando, em especial, a tese do marco temporal como condicionante para determinar a tradicionalidade dessas terras. Partindo de uma perspectiva da Antropologia do Direito e da crítica da Sociologia Jurídica, consideram-se não somente as normas mas também seus processos de produção e de reprodução. Retoma-se a construção desse direito em uma análise etno-histórica e conjuntural, apresentando-se as formas pelas quais a questão indígena foi tratada no ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o atual contexto das demarcações das terras indígenas e da política indigenista. Ao empenhar-se na compreensão a respeito dos modos como as lutas, as leis e o discurso jurídico agem e dos mecanismos de ruptura e continuidade de paradigmas que operam, realiza-se uma reflexão sobre os efeitos sociais e as implicações das condicionantes do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol para o trato presente e futuro dos direitos dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas.

**Palavras-chave:** Demarcação de terras indígenas. Marco temporal. Direitos indígenas. Territorialização.

---

<sup>1</sup> Rebeca Campos Ferreira, graduada em Ciências Sociais, graduanda em Direito, mestre e doutoranda em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora do Núcleo de Antropologia do Direito (USP), do Centro de Estudos de Religiosidades e Culturas Negras (USP) e do Coletivo Quilombola (Unicamp). Perita em Antropologia do Ministério Público Federal (MPF).

## ABSTRACT

This article deals with the rights of indigenous peoples to the territory, analyzing, in particular, the thesis of the temporal framework as a condition to determine the traditionality of these lands. Starting from a perspective of the anthropology of law and the critique of juridical sociology, it is considered not only the norms but also its processes of production and reproduction. The construction of this right is resumed in an ethno-historical and conjunctural analysis, showing how the indigenous question was treated in the Brazilian legal system until the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and the current context of the demarcations of indigenous lands and indigenous politics. The aim is to understand the ways in which struggles, laws and legal discourse act and on the mechanisms of rupture and continuity of paradigms that operate, a reflection is made on the social effects and implications of the determinants of the case of the Indigenous Land Raposa Serra do Sol for the present and future treatment of indigenous rights to the lands traditionally occupied.

**Keywords:** Demarcation of indigenous lands. Time frame. Indigenous rights. Territorialization.

## SUMÁRIO

1. Introdução: yvy ju [cântico guarani por uma terra sem males]
2. O histórico da dominação: vânh-génh tu vâjé [canto de guerra kaingang]
3. O histórico da resistência: xondaro i kuery [cântico guarani “guerreiros da paz”]
4. O cenário das vitórias: yvy orembaé [cântico guarani mbyá “a terra é nossa”]
5. O cenário das ameaças: peme'endyyvy oreyvy [“devolvam nossa terra”, guarani mbyá]
6. O julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: wawiiz dykytkau [cântico wapichana “nossa terra demarcada”]
7. Pá de cal e lamento: ja'eo rekoaxy [cântico de choro guarani mbyá]
8. Da violação à Constituição: xappirimu hhutukara [cântico yanomani do céu que cai]
9. Da violação do passado e do futuro: ikii [cântico de tristeza yanomami]
10. Da violação cultural: tekoá porã [cântico guarani mbyá “nosso lugar é sagrado”]
11. Conclusão: nea yama shava mesteno inhawe [o mundo está fraco e nós vamos fortalecê-lo, katukina]

Referências

## **1. INTRODUÇÃO: YVY JU [CÂNTICO GUARANI POR UMA TERRA SEM MALES]**

A liberdade não é um dado, mas uma conquista, e coletiva.  
(BOURDIEU, 1987, p. 26).

A terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas é hoje assegurada constitucionalmente e reconhecida como um direito que não procede do reconhecimento pelo Estado nem é anulado pelo não reconhecimento. É um direito anterior à própria lei (escrita e ocidental), que tem origem na formação social e existência enquanto povo etnicamente diferenciado da sociedade envolvente, antes que esta colonizasse e impusesse suas leis aos povos originários do território. Também referido como instituto do indigenato, criação doutrinária de João Mendes Junior em 1912, que consiste no argumento de que os títulos dos indígenas sobre suas terras não necessitariam de revalidação, haja vista serem congêntos (PACHECO DE OLIVEIRA, 1998; SOUZA FILHO, 1999; VIEGAS, 2015).

A Constituição Federal de 1988, no art. 231, para além do indigenato e para muito além do fato indígena, consagra a territorialização como instituto jurídico (PACHECO DE OLIVEIRA, 1998; VIEGAS, 2015) e o reconhecimento dos povos indígenas enquanto sujeitos plenos de direitos. Entretanto, a consolidação desse entendimento não é fruto apenas da tradição jurídica normativa brasileira; é resultado de séculos de resistência e luta desses povos, do fortalecimento do movimento indígena nacional e das instituições de apoio, bem como da conjuntura internacional.

## **2. O HISTÓRICO DA DOMINAÇÃO: VÃNH-GÊN H TU VÃJÉ [CANTO DE GUERRA KAIGANG]**

A reflexão que segue permite compreender as circunstâncias históricas em que os povos indígenas foram legalmente rotulados e as formas pelas quais a cultura hegemônica restringiu-lhes a autonomia, impondo-lhes métodos violentos de integração à suposta “comunhão nacional” e submetendo-os à política assimilacionista, em vigor até a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988. O exercício dessa análise etno-histórica dos direitos indígenas no Brasil é base



para a compreensão da amplitude das mudanças recentes nas políticas indigenistas, entre as quais se insere a tese do marco temporal.

Os indígenas, desde a colonização portuguesa, foram tidos ora como selvagens, empecilhos para a civilização e para o desenvolvimento, ora como incapazes, como primitivos e bárbaros, sempre na perspectiva de um sistema classificatório previamente dado a partir de concepções evolucionistas e integracionistas. E assim, ora em nome da fé, ora em nome do progresso, foram dizimados e expropriados de suas terras. Segundo Carneiro da Cunha (1992), as categorizações oscilavam em binômios: bons selvagens para uso na filosofia moral europeia ou abomináveis antropófagos para uso na colônia; quando extintos, símbolos nobres do Brasil independente e, quando vivos, ferozes obstáculos ao desenvolvimento.

As primeiras diretrizes da relação da metrópole portuguesa com os povos ameríndios foram estabelecidas em Regimento de 1548, prevendo a possibilidade de apropriação do território daqueles “gentios” que oferecessem resistência às pretensões portuguesas. Com fundamento teológico que justificava as violências, as espoliações nada mais eram do que “guerras justas”. A política territorial imposta era o instituto do Aldeamento, conjugado à conversão ao cristianismo e, conseqüentemente, à formação de uma reserva de mão de obra escravizada indígena. Em Lei de 1570 e na Carta Régia de 1609, a ordem de escravizar indígenas quando “tomados em guerra justa” foi reafirmada, recomendando-se a destruição de aldeias (PERRONE-MOISÉS, 1992; SILVEIRA, 2010; VILARES, 2009).

Em 1755, com o Marquês de Pombal, a escravidão indígena foi definitivamente proibida a partir da Lei das Liberdades, e prevista a libertação dos que estavam nessa situação. Entretanto, iniciou-se um debate sobre o controle da população indígena liberta para evitar evasão dos centros coloniais e, conseqüentemente, do trabalho. Como medida preventiva estabeleceu-se que os indígenas “alforriados” receberiam salários irrisórios e deveriam permanecer junto aos seus antigos senhores por seis anos. Como garantia, foram colocados sob o Regimento dos Órfãos e sob a tutela do juiz dos Órfãos (ALMEIDA, 2006; BUCHILLET, 1996; FARAGE e CUNHA, 1987; RESENDE, 2014).

Com a legislação pombalina, iniciam-se os projetos de assimilação dos indígenas por meio de medidas de incentivo à miscigenação, como a Lei dos Casamentos de 1755, que oferecia benefícios aos

que se casassem com índios, sendo proibido, entretanto, práticas dos costumes indígenas e obrigatório o uso da língua portuguesa. Aos que se casassem com indígenas ficava assegurada a “preferência para qualquer emprego, honra ou dignidade”, sendo “proibido, sob pena de procedimento, dar-lhes o nome de caboclos, ou outros semelhantes” (ALMEIDA, 2006, p. 110). Também em 1755, o Alvará de 1680 foi confirmado em Lei, firmando o princípio de que “nas terras outorgadas a particulares seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”. É a tese do indigenato, o qual, por um lado, representa um instrumento para o reconhecimento, até os dias atuais, de um regime jurídico favorável mas, por outro, estava relacionado ao confinamento em pequenas áreas, de modo que fosse facilitada a dominação, a catequese e imposição de práticas colonizadoras (RESENDE, 2014).

Em 1757 foi elaborada nova legislação indigenista, o Diretório dos Índios, pelo então governador da Província do Grão-Pará, irmão do Marquês de Pombal. Primeiramente foi aplicada à região Norte, área estratégica à definição de fronteiras, e em seguida tornou-se lei geral para todo o Brasil. O principal objetivo era transformar as aldeias em vilas produtivas, mantendo as diretrizes básicas das legislações anteriores, tais como a divisão dos índios em “mansos” e “selvagens”, o trabalho compulsório e a condição de tutela. É esse o momento da planificação da diversidade cultural, a evidenciar a prática disciplinadora e colonizadora que seria acentuada a partir de então e permaneceria vigente até 1988. Em Carta Régia de 1798 foi abolido o sistema de Diretório, retomando-se práticas violentas de contato com os indígenas, com autorização do uso da força e permissão da escravização dos índios feitos prisioneiros em guerras. Na Carta Real de 1808, Dom João VI declarou que as terras indígenas conquistadas em “guerra justa” eram devolutas (ALMEIDA, 1997; BUCHILLET, 1996; RAMOS, 1999; RESENDE, 2014).

Na Constituinte de 1822, cinco projetos sobre a temática indígena foram enviados à Corte Portuguesa. Entre eles, o mais destacado foi o de José Bonifácio de Andrada e Silva, “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”, 43 itens que tratavam do “modo de catequizar e aldear os índios bravos do Brasil”, considerados “vagabundos, beligerantes, dados ao roubo e à preguiça”, uma vez que “não possuem freio religioso e civil”, e de propostas

que estimulavam o matrimônio entre “índios e brancos e mulatos”. Na Lei de 1831, os índios “em servidão” – escravizados – foram declarados “desonerados”, mas deveriam permanecer “aldeados”. Pelo Decreto n. 426 de 1845, o “Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios”, foram estabelecidas as diretrizes do sistema de aldeamento e da política de “assimilação completa” dos índios, consolidando-se o arrendamento e o aforamento das terras indígenas (CARNEIRO DA CUNHA, 1992; LACERDA, 2007).

Com a Lei n. 601 de 1850, a Lei de Terras, foram legalizadas a mercantilização e as expropriações dos territórios indígenas. Reafirmou-se o assentamento de “hordas selvagens” em terras devolutas e reforçou-se o confinamento dos índios nos aldeamentos, cujas terras eram destinadas ao usufruto do índio e inalienáveis até que o Governo Imperial lhes desse a propriedade individual, o que ocorreria quando os índios fossem considerados integrados. Pela Decisão n. 92 de 1850, do Ministério dos Negócios do Império, as terras indígenas foram incorporadas aos “Próprios Nacionais” e foram excluídos da tutela imperial os indígenas que vivessem “dispersos e confundidos na massa da população civilizada”. A política da miscigenação colhia seus frutos. Uma vez excluídos da tutela imperial, ficaram desoneradas suas terras. A partir de então, fortaleceram-se os atos no sentido da descaracterização das populações indígenas sob o argumento de que haviam deixado de ser indígenas, fazendo-se uso da mestiçagem para deslegitimar grupos e expropriá-los de terras. Após a Lei de Terras, várias aldeias foram declaradas extintas, sob tal alegação (CARNEIRO DA CUNHA, 1992; VIEGAS, 2015; VILARES, 2009).

Na primeira constituinte republicana, em 1890, um projeto sobre os povos indígenas foi proposto pelo Apostolado Positivista, prevendo a participação dos índios na composição dos dois tipos de Estados Confederados, que formariam os Estados Unidos do Brasil. Os indígenas “miscigenados” integrariam os “Estados Ocidentais Brasileiros” ao passo que as “Hordas Fetichistas” comporiam os “Estados Americanos Brasileiros”, ambos participantes do pacto federativo (CARNEIRO DA CUNHA, 1992). O projeto não foi, entretanto, implementado. A Constituição de 1891 previu garantia à propriedade “em toda a sua plenitude” e, apesar de não dissertar sobre direitos territoriais indígenas, indiretamente os afetou quando determinou a transferência das terras devolutas (categoria na qual estavam as terras

indígenas) para os Estados, que intensificaram, a partir de então, os processos de expropriação (VIEGAS, 2015).

Em 20 de junho de 1910, por meio do Decreto n. 8.072, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/ITN ou, simplesmente, SPI), novamente com colaboração do Apostolado Positivista, cujo pressuposto fundava-se na ideia de que os indígenas representavam um estágio inferior e eram dotados de “primitivismo” que os impedia de ter capacidade para a prática de todos os atos. Com esse argumento, impunha-se a incorporação desses povos ao processo “civilizatório”. Presidido pelo então tenente-coronel Cândido Rondon, o SPI inicialmente foi um órgão vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, em um contexto de expansão econômica e das fronteiras agrícolas, o que levava à necessidade de arregimento de mão de obra e à retirada de indígenas de áreas de interesse nacional.

Essa conjuntura fica evidente nas finalidades previstas no Regulamento do Decreto: a prestação de assistência aos índios que vivessem “aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados”, a criação de centros agrícolas onde deveriam ser assentados e a “mudança de certas tribos” quando “conveniente”. Segundo a perspectiva que norteou a atuação do SPI, ainda muito presente no senso comum e no sistema de justiça, os povos indígenas deveriam ser atraídos pacificamente e integrados à dinâmica da sociedade como trabalhadores rurais. Criaram-se reservas administrativas, sem nenhuma atenção às formas tradicionais de uso da terra, em espaços reduzidos destinados ao exercício de práticas de cultivo. Assim, produzia-se um isolamento entre indígenas e “sociedade nacional” para dar cabo à integração paulatina e não violenta (ARAÚJO, 2004; LACERDA, 2007; LIMA, 1995).

Na Constituição de 1934, ficaram reconhecidas aos “silvícolas” suas posses, de forma transitória, até que fossem incorporados à comunidade nacional. Ficou estabelecida a competência privativa da União para legislar sobre a matéria e sobre os projetos para “incorporação” dos índios à sociedade. Também em 1934, pelo Decreto n. 24.700, o SPI foi transferido ao Ministério da Guerra em decorrência da significativa presença de indígenas em áreas de fronteira “que convém aproveitar e educar pelos métodos próprios, chamando-os à nossa nacionalidade antes que os países limítrofes os chamem a sua”. Pelo

Decreto-Lei n. 1.736, de 3 de novembro de 1939, o SPI passou ao Ministério da Agricultura, para que os índios se tornem “úteis ao país e possam colaborar com as populações civilizadas que se dedicam às atividades agrícolas”. Novamente consoante a política da época, a Marcha para Oeste, motor da retórica estado-novista (LIMA, 1995).

Nos anos seguintes, consideradas a conjuntura internacional do pós Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, as políticas indigenistas brasileiras passaram a compreender que “as terras ocupadas pelos indígenas deveriam lhes assegurar uma transformação social autogerida e paulatina, em harmonia com o seu modo de relacionamento com a natureza”. Na época, com as propostas em torno da região do Xingu reafirmou-se a ideia de segregar os povos indígenas em áreas de parque, para onde deveriam ser deslocadas e territorializadas diversas etnias, com vistas à preservação da natureza. Nesses locais seria viabilizada uma aculturação paulatina, garantida intensa presença militar para supostamente evitar a presença de não indígenas. O Parque Indígena do Xingu inaugurou esse modelo de terras indígenas, com porções consideravelmente maiores, padrão que veio a ser o paradigma da ação fundiária protecionista consolidada na década de 1970 (LIMA, 1995; RESENDE, 2014).

Em 1963, pelo Decreto n. 52.665, fica estabelecido novo Regimento do Conselho Nacional de Proteção aos Índios, vinculado ao Ministério da Agricultura, que manteve a perspectiva integracionista, prevendo o aproveitamento econômico das terras indígenas e o encaminhamento dos índios ao exercício de atividades econômicas “até que integrassem a civilização”. Enquanto “incapazes fossem”, permaneceriam submetidos ao SPI, cujo regimento fora publicado na mesma data, pelo Decreto n. 52.668 (LIMA, 1995).

Após o golpe militar, a primeira figura legal sobre a questão indígena data de 5 de dezembro de 1967, Lei n. 5.371, que extinguiu o SPI, em virtude de uma série de irregularidades que levaram a denúncias do Estado Brasileiro no plano internacional. Criou-se a Funai, com o objetivo de conferir visibilidade positiva ao Estado, no interior de um movimento mais amplo de redefinição da burocracia, quando se preparava mais um fluxo de expansão econômica e da fronteira agrícola no país. O novo órgão indigenista não alterou a relação do Estado com os indígenas, a qual continuou voltada a estratégias de viabilizar a utilização da mão de obra. Teve continuidade a ideologia

de transformar os indígenas em produtores rurais, o “processo evolutivo natural” a partir do qual superariam a “condição de indígenas” (LIMA, 1995; RESENDE, 2014; SANTANA, 2015).

Na Constituição de 1967 e na Emenda n. 1 de 1969, previu-se a garantia da posse, o usufruto exclusivo das riquezas e a inalienabilidade das terras indígenas, que pertenceriam à União. Previu-se a relativização da posse e do usufruto diante do interesse nacional. Assim, durante toda a ditadura militar, as políticas indigenistas permaneceram integralmente subordinadas aos planos de defesa nacional, à construção de estradas e hidrelétricas, à expansão agrícola e à extração de minérios. A Funai subordinava-se ao Conselho de Segurança Nacional (CSN), ao Plano de Integração Nacional (PIN), ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

As pressões sobre terras indígenas e seus recursos naturais, em virtude da proposta de desenvolvimento econômico adotada pelo regime militar, aumentaram. Na década de 1970, estabeleceu-se a política do contato com os povos em isolamento e a política de integração rápida dos indígenas já contatados, projeto para suposta emancipação dos indígenas e liberação de suas terras aos interesses econômicos. Em 1970, assumiu a presidência da Funai o general Oscar Jerônimo Bandeira de Mello, ex-oficial da inteligência militar, que consolidou a mudança de direção na administração e na filosofia do órgão. Segundo ele, a partir de então, a política indigenista seria conduzida dentro do quadro do Programa de Integração Nacional, firmando-se um contrato com a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) que financiaria “a pacificação de quase trinta tribos indígenas que viviam ao longo do traçado projetado para a Transamazônica” (DAVIS, 1978, p. 84 apud RESENDE, 2014).

Nesse contexto foi gestado o Estatuto do Índio e o intencional escalonamento do tratamento diferenciado de acordo com o grau de integração do indígena: se isolados, integrados ou em vias de integração. A identidade indígena foi tida como algo transitório, e a condição de indígena pautada na relativa incapacidade, sobre as orientações legais do então vigente Código Civil de 1916. Uma vez que a condição de indígena cessaria quando integrados, as terras que ocupassem voltariam à União. Como política de Estado eram previstas ações para agregar indígenas em torno de pontos de atração, com o objetivo de reuni-los

em espaços delimitados e retirá-los das áreas de interesse estratégico. Para tanto, os militares aprofundaram o monopólio tutelar: centralizaram os projetos de assistência, saúde, educação, alimentação e habitação ao redor dos postos indígenas; cooptaram lideranças para usá-las na atração e no amansamento de índios “arredios”; limitaram o acesso de pesquisadores e organizações de apoio às áreas indígenas (CAVALCANTE, 2013; HILGERT e NOLAN, 2016; SANTILLI, 1991).

Durante todo o regime militar, diversos foram os empreendimentos que desagregaram grupos e territórios indígenas. Para trazer empiria à reflexão, citam-se a Rodovia Transamazônica, que corta o território do povo Tenharim; a BR-364 e a BR-425 (Rondônia); a BR-165 (Santa-rém-Cuiabá); a BR-174 (Manaus-Boa Vista); e a BR-080 (Xavantina à Colônia de Cachimbo/MT), que corta o Parque Nacional do Xingu e atingiu diretamente os Txukahamaes, os quais, em 1973, estavam à beira do extermínio após uma epidemia de sarampo (DAVIS, 1978; RESENDE, 2014).

Em 1974, o ministro do Interior, Rangel Reis, aderiu ao projeto de emancipação dos indígenas afirmando que “se não emancipar comunidades indígenas até o final do governo, estará frustrada a política indigenista do governo Geisel”. Com a suposta “emancipação”, a União poderia dar uso da forma como lhe fosse conveniente às áreas que para eles estivessem reservadas. Em dezembro de 1974, o presidente Geisel anunciou o Polamazônia, “polos de desenvolvimento na Amazônia para estimular pecuária, mineração e extração de madeira”. O Incra anunciou seu apoio ao modelo agroindustrial, prevendo “21 milhões de hectares de terras na Amazônia para grandes empresas madeiras e de pecuária” (DAVIS, 1978, p. 143; HILGERT e NOLAN, 2016).

No início da década de 1980, o governo Figueiredo anunciou novo programa de desenvolvimento e integração nacional: o Programa Integrado de Desenvolvimento do Noroeste do Brasil (Polonoroeste), para a colonização de área de 410 mil km<sup>2</sup> em Rondônia e oeste de Mato Grosso, articulado principalmente no eixo da BR-364 (Cuiabá-Porto Velho). Na área de influência, viviam, estima-se, cerca de 8 mil índios reunidos em 58 aldeias. A maioria desses povos era, na época, ainda desconhecida, como os Uru-Weu-Wau-Waus, com os quais a Funai forçava o contato (FERREIRA, 2016a; RESENDE, 2010).

Houvera um afluxo populacional descontrolado para Rondônia, que foi o estado (a época ainda um território) com o maior e mais rápido

crescimento demográfico do país e o maior índice de desmatamento do mundo. O resultado do projeto, além da expropriação de indígenas, de contatos forçados com povos isolados e de milhares de mortes causadas por epidemias e embates, foi a taxa de 80% de abandono dos lotes, o que levou a crescente pecuarização da área e concentração fundiária. No mesmo período, o Conselho de Segurança Nacional apresentou o Projeto Calha Norte (PCN), pautado na ocupação militar da zona fronteira ao norte do rio Amazonas-Solimões, onde viviam 63 mil índios, distribuídos em 54 grupos étnicos (RESENDE, 2014).

Até 1985, implementaram-se diversos projetos desenvolvimentistas que tinham nos indígenas e em suas terras obstáculos, superados à custa de atrocidades e violências legitimadas pela concepção de desenvolvimento usada como retórica. Foram inúmeros casos de prisão, tortura, perseguição, mortes, utilização de indígenas em guerrilhas, expulsão e remoção forçada de suas terras, entre outras tantas violações, tal como podem ser lidas no relatório final da Comissão Nacional da Verdade (2014) e no Relatório Figueiredo e tal como podem ser ouvidas, ainda hoje, em relatos dos indígenas sobreviventes desse período recente da história brasileira.

### **3. O HISTÓRICO DA RESISTÊNCIA: XONDARO I KUERY [CÂNTICO GUARANI “GUERREIROS DA PAZ”]**

O exercício realizado no item anterior é fundamental para a compreensão da conjuntura política e social na qual emerge o art. 231 da CF de 1988, indicando que o reconhecimento dos direitos indígenas não foi mera positividade realizada pelo Estado Brasileiro. Antes mesmo dos debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, fatos históricos contribuíram para a atual construção normativa constitucional. A consagração dos direitos indígenas deve ser compreendida considerando, primeiramente, as lutas históricas dos povos indígenas, o fortalecimento do movimento indígena nacional e as dinâmicas globais subjacentes a tal consagração no campo do direito internacional.

Tem destaque a Declaração dos Antropólogos e Sociólogos do “Simpósio sobre Fricção Interétnica na América do Sul”, de 1971, conhecida como Declaração de Barbados I, com críticas ao papel centralizador dos Estados latino-americanos, à pretensão de “integração social” e às obras evangelizadoras que “significaram uma



imposição de critérios e padrões alheios às sociedades indígenas dominadas e que encobriram, sob um manto religioso, a exploração econômica e humana das populações indígenas”. Fica reconhecida a anterioridade do direito dos povos indígenas, em consagração do entendimento de que o Estado deve garantir a “propriedade coletiva contínua, inalienável e suficientemente extensa para assegurar a manutenção das populações indígenas”. Em 1977, novo encontro, gerando a Declaração de Barbados II, na qual são enfatizadas estratégias e instrumentos emancipatórios, relacionados à autodeterminação dos povos e ao autogoverno, bem como denúncias de atos repressivos impetrados contra os povos indígenas pelos Estados nacionais (BARRE, 1983; LACERDA, 2007).

Em 1981, em reunião internacional patrocinada pela Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales e pela Unesco, na Costa Rica, afirma-se, pela Declaração de San José, o etnodesenvolvimento como um direito dos grupos indígenas, a ampliação e consolidação das esferas de cultura própria através do fortalecimento da capacidade autônoma de decisão, capazes de orientar o próprio desenvolvimento e o exercício da autodeterminação, qualquer que seja o nível que as considera, o que implica uma organização equitativa do poder.

Firma-se a doutrina da etnicidade, consolidada na Antropologia desde a teorização de Barth (1969), segundo a qual o grupo étnico deve ser tomado enquanto unidade político administrativa, com autoridade sobre o seu território e capacidade de decisão no âmbito do seu projeto de desenvolvimento dentro de um processo de autonomia e autogestão e que os povos, nações e etnias indígenas da América são considerados titulares, coletiva e individualmente, de todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A consagração desse entendimento levou as Nações Unidas ao processo de revisão da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em vigor desde 1957. Entendeu-se que o “enfoque integracionista da Convenção [107] estava obsoleto e que sua aplicação era prejudicial no mundo moderno” (TOMEI; SEWPSTON, 1999, p. 20). A partir da década de 1980, passou-se a defender a ideia segundo a qual os povos indígenas deveriam ter controle sobre seu desenvolvimento econômico, social e cultural, interagindo com a sociedade nacional de forma equânime por meio de suas próprias instituições. A partir de 1985, intensificaram-se os debates que deram

origem à Convenção 169 da OIT, que inaugurou nova perspectiva do direito dos povos indígenas e tradicionais (FIGUEROA, 2009).

No cenário nacional, em 1985, a União Nacional Indígena (UNI) encaminhou à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais requerimento para que fosse assegurada representação indígena na Assembleia Nacional Constituinte. O pedido foi indeferido com base na concepção de que os indígenas eram tutelados pela Funai, e por esta representados. A proposta de uma Subcomissão do Índio foi também negada, e as pautas foram tratadas na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (HILGERT; NOLAN, 2016). Ainda assim, a luta indígena marcou o espaço da constituinte, com “sucessivas delegações indígenas que mantinham intensa vigília nos corredores do congresso e gabinetes dos constituintes e lideranças partidárias” (LACERDA, 2014, p. 194).

#### **4. O CENÁRIO DAS VITÓRIAS: YVY OREMBÁÉ [CÂNTICO GUARANI MBYÁ “A TERRA É NOSSA”]**

Com a promulgação da CF em 5 de outubro de 1988, há, inegavelmente, o estabelecimento de um marco, superando-se o paradigma que excluiu e violentou indígenas ao longo de 488 anos e introduzindo-se novo paradigma do pluralismo jurídico. Ao se romper com as perspectivas assimilacionistas e integracionistas, inaugura-se no constitucionalismo brasileiro uma fase de reconhecimento e respeito às diversidades étnicas e culturais: é consagrado o direito à diferença. Os povos indígenas conquistam um capítulo especial, no qual foi cuidadosamente inserida a expressão de que seus direitos “são reconhecidos”, e não discutíveis, sejam eles: organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las e proteger e fazer respeitar todos os seus bens. O alcance da expressão “reconhecer” ali empregado é de legitimar o que já existia anteriormente (COLAÇO, 2013; SCHNEIDER e VERA NETO, 2015).

Em linguagem jurídica, significa dizer que os direitos indígenas são originários, que antes da promulgação desta ou daquela lei já dispunham esses povos de direitos próprios, para além, inclusive, do delineado no texto constitucional. Daí dizer que os direitos indígenas não foram constituídos e sim apenas reconhecidos pelo texto consti-

tucional (HILGERT; NOLAN, 2016). Dessa forma, entende-se que o direito ao território tradicionalmente ocupado é inato, e o Estado apenas faz reconhecer as terras indígenas; ou seja, os atos administrativos de demarcação territorial são de natureza jurídica meramente declaratória, e não constitutiva de direito. Ademais, ao estar garantido, no bojo do art. 232 da CF, que os indígenas, suas comunidades e suas organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus interesses, há o reconhecimento da plena capacidade de direitos e deveres na ordem civil (SANTANA, 2015).

O verdadeiro paradigma inaugurado na Carta Magna de 1988 foi aquele que representou não só o abandono da tutela, o abandono do projeto integracionista, de maneira que não só a pessoa indígena passou a ser considerada como sujeito de direitos, mas também a compreensão de cultura foi modificada: a cultura passa, então, a ser entendida como algo não estático, e por sua vez, fluido, de modo a se reformular de acordo com os contatos históricos de cada povo. (...) A conquista dos povos indígenas com a CF 1988 relaciona-se ao abandono do critério integracionista que é, por sua vez, o abandono da visão evolucionista de cultura. A concepção de cultura, com a CF 1988, dá significado jurídico ao conceito antropológico, compreendida como uma concepção de mundo próprio de cada povo. O reconhecimento da pluralidade de culturas e o entendimento de que todos os povos têm cultura e que nenhuma delas é superior às demais leva ao reconhecimento jurídico da diferença. (HILGERT; NOLAN, 2016, p. 6).

Enfim, após quase quinhentos anos da perspectiva integracionista em nome da qual populações indígenas foram dizimadas, expropriadas e violentadas, o texto da CF de 1988 inova, acatando às lutas históricas dos indígenas e adequando-se à conjuntura internacional. No entanto, a reivindicação por direitos não se encerrou com a promulgação do texto constitucional. Hoje, em quase três décadas de garantias formais aos direitos dos povos originários, vê-se que carecem de efetivação do ponto de vista material.

Daí a relevância da compreensão do contexto apresentado. Se, por um lado, é inaugurado um novo paradigma cultural, se finalmente os anseios dos povos indígenas e suas lutas e resistências foram positivadas na Carta Magna da nação que outrora os pretendeu assimilar, por outro lado, determinadas práticas internas pouco se alteraram e, a despeito da superação de termos, o próprio Estado ainda faz uso dos conceitos discriminatórios da política indigenista passada. Tal fato, na prática, gera injustiças e impede o acesso dos povos indígenas aos

direitos que lhes foram constitucionalmente reconhecidos. Também a morosidade administrativa e a ampla judicialização dos casos de demarcação de terras prolongam, indefinidamente, o reconhecimento do direito ao território tradicionalmente ocupado, potencializando a violência e a exclusão social.

## **5. O CENÁRIO DAS AMEAÇAS: PEME'ENDYVY OREYVY [“DEVOLVAM NOSSA TERRA”, GUARANI MBYÁ]**

A tese do marco temporal deve ser analisada na conjuntura dessa mudança de paradigma da política indigenista nacional que passa da violência do assimilacionismo ao reconhecimento jurídico da diferença e da autonomia dos povos indígenas. Entretanto, segundo a teoria de Kunh (1991), a mudança de paradigma não é um processo cumulativo e, por isso, a despeito da evolução constitucional, as práticas do direito seguem na vigência do padrão obsoleto. Analisando o conteúdo de decisões judiciais, Hilgert e Nolan (2016, p. 10) concluem que “quase não foi de fato alterada a visão colonial sobre os povos indígenas (...) Persistem rotulações que nada mais refletem senão a subalternidade das culturas dos povos indígenas à cultura hegemônica”. Aparício (2016, p. 22) ratifica que “ainda não se alterou significativamente o processo jurídico e suas categorias de séculos de finalidades assimilacionistas”.

Além dessa defasagem, não se pode negligenciar a mobilização de setores conservadores da sociedade no sentido de revogar os direitos territoriais indígenas ou atribuir novos significados que limitem sua aplicação. Conforme aponta Matos (2006), há o fortalecimento do bloco parlamentar conhecido como Bancada Ruralista, que faz oposição direta aos direitos indígenas, a partir de uma série de estratégias políticas e práticas vinculadas ao agronegócio, “com a finalidade de expandir seu domínio e enfraquecer os dispositivos constitucionais que asseguram os direitos territoriais e étnicos de povos indígenas e populações tradicionais” (ALMEIDA, 2010, p. 103).

Bonilla e Capiberibe (2015) indicam a existência de 31 instrumentos em tramitação no Congresso Nacional prejudiciais aos direitos indígenas, enquanto apenas 7 seriam favoráveis. Essa discrepância é ilustrativa da condição de vulnerabilidade em que se encontram os povos indígenas do Brasil e é indissociável da conjuntura na

qual se deve analisar a tese do marco temporal, pois, segundo Rosa (2016), vê-se nas ofensivas legislativas contra os direitos indígenas a centralidade da questão territorial. São investidas simultaneamente no plano objetivo e material, no plano discursivo e ideológico. Por um lado, disputa-se explicitamente a posse e gestão desses territórios e, por outro, busca-se reimplantar no imaginário coletivo a figura do índio selvagem e incapaz, reafirmando-se a necessidade do poder tutelar diretamente sobre o indígena e indiretamente sobre suas terras. “Implícita há a suspeita de uma natural perversão e irracionalidade dos indígenas, crença que serviu de álibi para que contra eles no passado fossem usadas sistematicamente a força bruta, a escravização e a pedagogia do medo” (PACHECO DE OLIVEIRA apud ROSA, 2016, p. 59).

Além das investidas no Legislativo, existem outras no âmbito do Executivo, tal como a Portaria Interministerial n. 419/2011 e a Portaria n. 303/2012 da Advocacia Geral da União (AGU). A primeira regulamenta a atuação dos órgãos da administração pública federal envolvidos no licenciamento ambiental e considera terras indígenas apenas aquelas que tenham a portaria publicada no Diário Oficial da União, limitando significativamente o rol das áreas que podem ser consideradas impactadas por empreendimentos e passíveis de ações compensatórias. A segunda estende a aplicação das condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol para todas as demais terras indígenas do país, determinando que haja a revisão mesmo quando os processos demarcatórios já tenham sido finalizados.

A despeito da previsão constitucional, a atual realidade das demarcações de terras indígenas revela a ineficácia da norma. Embora o Decreto n. 1.775/1996 estabeleça prazo de alguns meses para a conclusão do processo de demarcação, trata-se de um procedimento longo e burocrático que costuma ser ainda mais prolongado devido a várias intervenções judiciais, em sua maioria, protelatórias. O conjunto de atos administrativos que se encerram na homologação pelo presidente da República tem, nessa última etapa, não somente uma mera formalidade burocrática mas sim um momento no qual o Governo Federal controla e, não raro, exerce o poder de veto, ainda que indiretamente, engavetando as demarcações (PACHECO DE OLIVEIRA, 1998). Mesmo quando os processos são concluídos

e homologados, nem sempre os indígenas conseguem ter a posse plena, seja pela demora da Funai na realização da desintrusão da área, o que implica a indenização das benfeitorias, seja por força de decisões liminares do Judiciário que suspendem os efeitos dos atos administrativos (CAVALCANTE, 2013).

Além disso, se consolidada a interpretação restritiva do art. 231 pelo STF, ficam inviabilizadas novas demarcações e ameaçados os territórios já demarcados. O próprio caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol exemplifica tal realidade: seu processo de demarcação iniciou-se em 1977 e somente em 2005 foi homologado por decreto presidencial. Ottomar Pinto, então governador de Roraima, decretou 7 dias de luto no Estado, e 5 dias após a homologação foi ajuizada ação popular (Petição n. 3.388/RR) que solicitava a suspensão do decreto e a nulidade da demarcação (SILVEIRA, 2010).

O levantamento mais recente, de junho de 2016, diagnostica o total de 1.116 terras indígenas no Brasil, das quais 398 (35,66%) estão registradas e 352 (31,54%) permanecem sem nenhuma providência; nem sequer tiveram iniciado o procedimento no órgão indigenista. Ademais, 175 (15%) constam na programação da Funai para identificação prioritária; 69 (6,18%) estão declaradas, 53 (4,74%) estão reservadas, 44 (3,94%) estão identificadas, 14 (1,25%) estão homologadas e 5 (0,44%) têm grupo de trabalho constituído. Ainda, 6 dessas terras (0,53%) têm algum tipo de restrição (CIMI, 2016).

Em Rondônia, são exemplos os casos do povo Migueleno e do povo Puruborá, ambos com Relatório de Fundamentação Antropológica publicado desde 2007 e com Grupos de Trabalho instituídos, respectivamente, em 2010 e 2011, sem nenhuma ação concreta até o presente momento. Também o povo Kujubim, cujos estudos de qualificação da reivindicação territorial foram publicados em 2012, aguarda sem previsão alguma a demarcação de seu território. Vale ser posto que, atualmente, o povo Puruborá encontra-se desterritorializado e disperso por diversos municípios; o povo Kujubim divide-se entre a TI Rio Guaporé, local para onde foram compulsoriamente deslocados pelo Estado Brasileiro, e os centros urbanos; e o povo Migueleno concentra-se em diminuta área do território tradicional, insuficiente para sua reprodução física e cultural (FERREIRA, 2016b; 2016c; 2016d).

Nesta conjuntura atual de paralisação das demarcações, vê-se o aumento da violência contra os povos indígenas e das ameaças às

condições de sobrevivência e de manutenção desses grupos. São muitos os interesses em disputa quando se trata da demarcação das terras indígenas. Grosso modo, são justificados em termos racistas (“muita terra para pouco índio”), sob a compreensão de que os indígenas seriam entraves ao desenvolvimento, argumentos que não diferem daqueles que legitimaram violências no passado. As terras indígenas, tal como noutras épocas, permanecem na pauta dos interesses privados e dos projetos governamentais desenvolvimentistas, com destaque às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (SCHEINDER; VERAS NETO, 2014).

Ações do governo que evidenciam um comprometimento político com setores da economia e da política ligados ao latifúndio, ao agronegócio, às empreiteiras, mineradoras e empresas de energia hidráulica, que visam à exploração da natureza em terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas. (KRAUTLER, 2013, p. 9).

Barretto Filho (2015) aponta “indícios de uma articulação poderosíssima costurando as três esferas de poder para descaracterizar os povos indígenas como sujeitos de direitos”. Tais investidas são oriundas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário e colocam no centro da discussão os diversos interesses que cercam as terras indígenas, seus recursos naturais, minerais e sua biodiversidade. Aliada a essas agroestratégias de desterritorialização, está a construção discursiva para legitimar a negação de direitos e a intervenção autoritária do Estado no cotidiano das terras indígenas (ROSA, 2016). A presente conjuntura econômica e política causa consequências diretas sobre os processos de organização social das populações indígenas, afetando suas práticas, relações e concepções econômicas, cosmológicas e territoriais.

Como adverte Pacheco de Oliveira (2015, p. 196), o momento atual é marcado pela maior ofensiva contra a política indigenista da história brasileira no que tange principalmente à questão territorial, seja na demarcação das terras tradicionalmente ocupadas, seja na gestão desses territórios, por meio de projetos de leis, propostas de emendas constitucionais e decisões judiciais que limitam o acesso e o exercício do direito, “associam procedimentos legais e não legais, interferindo sistematicamente na aplicação das normas e procurando permanentemente modificá-las ou anulá-las”.

## 6. O JULGAMENTO DO CASO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL: WAWIIZ DYKYTKAU [CÂNTICO WAPICHANA “NOSSA TERRA DEMARCADA”]

Considerando a herança colonialista, os quase cinco séculos de tentativas de integração do indígena e anulação de sua cultura, faz-se necessário um olhar atento ao julgamento realizado pelo STF em 2009 na apreciação da Petição n. 3.388. É nessa conjuntura presente de violações ao direito conquistado e no contexto da evolução do direito indígena que devem ser analisadas as condicionantes advindas do paradigmático caso da ação popular ajuizada contra a União em 2005 com vistas à impugnação da demarcação da TI Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima, aos povos Macuxi, Ingarikó, Patamona, Taurepang e Wapichana.

Na ação alegaram-se vícios no processo demarcatório, desvantagens econômicas, riscos à segurança nacional, prejuízos aos não indígenas e ofensa ao princípio de razoabilidade ao se privilegiar “a tutela do índio em detrimento da iniciativa privada”, entre outros argumentos que embasaram a solicitação de que a demarcação ocorresse de forma descontínua, em “ilhas”, com exclusão de áreas de fronteira, de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934, de terras tituladas pelo Incra antes de 1988 e de áreas de plantações de arroz e de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo (ROSA, 2016).

O julgamento iniciou-se em agosto de 2008 e se estendeu por oito meses. Na quarta e última sessão, em março de 2009, o STF decidiu, por maioria de votos, que a ação popular era parcialmente procedente. Embora a Suprema Corte tenha decidido pela legalidade do processo demarcatório, estabeleceu o chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas”. O acórdão foi publicado em setembro de 2009 com mais de 700 páginas do processo, que totalizou 55 volumes (PEGORARI, 2017; ROSA, 2016). Na ocasião, o tribunal definiu 19 condicionantes, das quais 2 serão aqui analisadas: aquela relacionada ao marco temporal da ocupação e a relacionada à vedação da ampliação de terras indígenas.

Para a análise das categorias que perpassam o saber jurídico e o estabelecimento de um marco temporal para a caracterização da tradicionalidade de determinado território, segue-se uma abordagem hermenêutica a partir da doutrina de Geertz (1978), tomando-se a decisão da Suprema Corte como um fenômeno cultural, e não como



mero demonstrativo de códigos e leis. Com a teorização de Foucault (1968), permite-se refletir sobre “compreensões”, pois “é só a partir do reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que se pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza” (GADAMER, 2005, p. 360). Ademais, uma vez que decisões judiciais são ordens e indissociáveis de processos políticos e históricos, recorre-se também a Bourdieu (1987) e sua teoria acerca do campo jurídico e do exercício do poder simbólico pelos operadores do direito: o poder de construção da realidade.

\*\*\*

No acórdão da Petição n. 3.388, item 11, “O conteúdo positivo do ato de demarcação de Terras Indígenas”, o ministro relator, Ayres Britto, dispôs que a Constituição Federal trabalhou com a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como “insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene”. Desse excerto já se observa a escolha da Suprema Corte em utilizar a mesma expressão que rotula os indígenas desde o período colonial: aborígene. Nesse trecho do acórdão – e também em outros –, é nítida a perspectiva evolucionista na distinção entre índios e silvícolas, como se este fosse um estágio anterior ao suposto processo que o ministro denomina “aculturação”:

O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. (BRASIL, 2009).

As expressões “silvícola”, “aborígene”, “primitivo”, “nativos”, “gentil”, “brabo”, “aculturado”, “misturado”, “mestiço” estão associadas a uma ideia primitivista de idealizar os índios como seres que habitam a selva, os selvagens, como elementos do atraso e da desordem, algo entre os primatas e os não índios. As distinções estabelecidas pelo STF revelam a mesma ideologia utilizada para negar a existência de um povo de outrora sendo aplicada para negar-lhe o território tradicionalmente ocupado (LIMA, 2005; ROSA, 2016; SOUZA FILHO, 2002). O recurso aos termos do “arquivo colonial” e o emprego de

determinadas expressões pelos atores do Judiciário (cujos conceitos, diga-se, não coincidem com seus cognatos na Antropologia) indicam o reflexo da política colonialista de outrora no discurso jurídico do presente, o ranço da perspectiva etnocentrista evolucionista ainda fortemente presente no imaginário social e na jurisprudência.

Trata-se muito mais de uma questão ideológica e historicamente construída do que de mera diferença ontológica. A interpretação constitucional realizada pela Suprema Corte não pode ser separada de um processo essencialmente político e social. Não se pode ignorar os sistemas de símbolos por meio dos quais essas estruturas são elaboradas, modificadas e reproduzidas, haja vista que o homem não nasceu governado, tornou-se governável coletivamente, envolvendo-se em uma série de formas significativas ou teias de significação que ele próprio teceu (GEERTZ, 1978). Considerando que todo e qualquer sistema legal é sempre influenciado pela organização social e por suas relações de *status*, que são fixas, permanentes e múltiplas (GLUCKMAN, 1989), não se pode olvidar que até 1988 operava ainda o determinismo biológico como substrato da incapacidade dos indígenas, “ora nobres selvagens, na infância do mundo, ora seres inferiores, infiéis e traiçoeiros” (LACERDA, 2007), em um “meio-termo entre os homens e os animais” (TODOROV, 1988), daí a relevância da análise etno-histórica e da conjuntura realizada anteriormente.

Considerando ainda que enunciados, decisões e vereditos são a essência da palavra autorizada, pública, oficial, dita em nome de todos e diante de todos, tais declarações têm o poder de ser “universalmente” reconhecidas. A lei é, portanto, um poder simbólico que cria o que nomeia, em particular os grupos sociais. Sua classificação dá à realidade a permanência das coisas e assim, à medida que os juristas criam o direito, também instituem o mundo social (BOURDIEU, 1987; SCKELL, 2016). Representam, antes de pronunciados, uma luta discursiva, sempre condicionada ao contexto, através da qual a estrutura do campo social pode ser conservada ou transformada, perpetuando ou subvertendo as regras vigentes. Nessa perspectiva, os discursos jurídicos, enquanto fatos culturais, devem ser analisados como resultados de estratégias, escolhas e hábitos tomados por sujeitos situados, que ocupam uma determinada posição no campo de relações sociais, que empenham lutas discursivas a partir das quais se faz possível a produção de “novos” conhecimentos ou a manutenção de

“velhos” dogmas e verdades (LATOUR, 1994; RODRIGUES, 2010). Tal entendimento corrobora a análise da decisão do STF, que, ao criar soluções não previstas no ordenamento jurídico (SILVEIRA, 2010), vai além do caso e traz uma restrição do direito à terra para alguém do trazido, gramaticalmente, no texto constitucional (PEGORARI, 2017).

Segundo a teoria de Bourdieu (1987), há um efeito ideológico nos discursos dominantes que impõe sistemas de classificação sob a aparência legítima de taxinomias, sejam filosóficas, sejam jurídicas, sejam religiosas. É o poder simbólico, o poder da enunciação, que induz, influencia e transforma visões de mundo e, por consequência, as ações concretas, firmando-se e consolidando-se na relação entre aqueles que detêm e exercem o poder e aqueles que estão a ele sujeitos. O poder das palavras, das ordens, das decisões e da jurisprudência advém da crença na legitimidade naquele que as pronuncia e disfarça sua arbitrariedade, pois sua discricionariedade é ignorada pela massa da sociedade. O poder simbólico da enunciação é, portanto, uma forma transfigurada das outras formas de poder que permite obter o equivalente ao que é obtido pela força, econômica ou física.

O princípio da elucidação de cada discurso não está fora da ordem do discurso (FOUCAULT, 2005). O sistema de referência está no campo cultural (GEERTZ, 1978), no espaço de possíveis (BOURDIEU, 1987), no campo de possibilidades estratégicas (FOUCAULT, 2008). Por isso, a análise do discurso jurídico deve ser executada no contexto relacional e cultural no qual se acha inserido e que o determina, considerando que os sujeitos produtores dos discursos jurídicos estão situados em um espaço em que as relações entre eles assumem posições objetivas, “como, por exemplo, o jurista consagrado e o jurista polêmico, o juiz ‘caneta pesada’ e o juiz liberal, o criminalista renomado e o criminalista ‘porta de cadeia’ etc.” (RODRIGUES, 2010, p. 83).

Portanto, para compreender o discurso jurídico – assim como qualquer outra obra cultural –, é necessário situar o sujeito em suas relações objetivas; pois, conforme Bourdieu (1987), é somente no horizonte particular dessas relações de força específicas que podem ser compreendidas as lutas que têm por objetivo conservá-las ou transformá-las, por meio dos interesses específicos que são aí determinados e determinantes.

Até mesmo porque é necessário romper com o dogma fetichista que direciona o olhar interpretativo apenas na “essência” das obras jurídicas, na ânsia de assegurar a objetividade da leitura através de um purismo

normativo, onde os enunciados discursivos são vistos como significações a-históricas e formas puras, como resultado de um artificioso e insustentável movimento autopoietico. (RODRIGUES, 2010, p. 60).

A doutrina constitucionalista admite a influência da política no conteúdo dos direitos e leva em consideração que os juristas e os juizes não podem “evitar a política no sentido amplo da teoria política”. Qualquer crítica ao direito que não considere que ele é uma questão de política propiciará uma compreensão limitada (DWORKIN, 2002; TUSHNET, 2010). Ministros do STF, juizes e quaisquer homens são determinados pelo meio cultural no qual se encontram inseridos, meio esse que opera também noções de justiça que nada mais são do que um sistema de normas que representam, em sua essência, diferentes sistemas de significações construídos e localizados histórica e culturalmente. Não há, portanto, um significado constante e compartilhado sobre justiça. Não há, assim, um princípio de justiça universal e perene. Existem apenas juizes de valor compartilhados por determinada coletividade em determinada época, cujos significados são culturalmente orientados e variáveis conforme os grupos sociais em questão (LÉVY-BRUHL, 1997). A Justiça é polissêmica e a aspiração a ela é um dado antropológico fundamental (SUPIOT, 2007). O Direito, a justiça e os direitos estão imbrincados às outras várias instituições sociais e culturais que permeiam as relações humanas,

para além do que concebe o jurista adepto ao positivismo “puro e duro” ou para o “operador” do direito, aos quais importa apenas uma aplicação lógico-formal das leis e regras jurídicas, considerando os postulados autopoieticos do direito e sua busca pela neutralidade axiológica. (RODRIGUES, 2010, p. 46).

## **7. PÁ DE CAL E LAMENTO: JA'EO REKOAXY [CÂNTICO DE CHORO GUARANI MBYÁ]**

Lamentavelmente, a decisão do STF ainda trata e descreve fatos históricos e marcos legais de maneira evolucionista, sem nenhuma fundamentação científica válida na atualidade. A tese do fato indígena, em vez de “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena”, tal como propõe o ministro, coloca uma pá de cal nos direitos dos povos indígenas ao exigir uma posse anterior e ininterrupta, não condizente com a realidade.

(...) insiste o ministro relator que o marco temporal seria a solução constitucional, a pá de cal, para os problemas de demarcação. Segundo ele “Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União” (Brasil, 2009, p. 296). Observa-se que as metáforas utilizadas por Britto remetem a uma imagem de imobilidade. Pôr uma pá de cal por sobre um assunto seria o mesmo que vedá-lo, portanto, vedar a ocupação indígena no tempo-espaço. De semelhante forma, a imagem de uma chapa radiográfica também nos remete a uma figura imobilizada, a fotografia de um esqueleto que se congela materialmente. Seria possível, então, congelar no tempo-espaço os modos de uso indígena do solo, de habitação e perambulação sobre o continente? (ROSA, 2016, p. 35).

A substituição da teoria do indigenato pela teoria do fato indígena justifica-se, segundo o voto, para evitar “a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação” e “prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena” (BRASIL, 2009, p. 381). Contudo,

Poderíamos nos perguntar se o marco temporal não serviria, antes e sobretudo, para solucionar um problema maior: a dificuldade que tem a justiça de lidar com o tema das demarcações. Considerar seriamente a voz das populações indígenas e suas distintas compreensões sobre os modos de habitar uma terra; de conceber a territorialidade; seria uma tarefa exaustiva e especializada, pois além de tratar diretamente com aquilo que as populações ameríndias têm a dizer, haveria ainda de tomar a antropologia também a sério, tendo de admitir o fato de que há distintos saberes e perspectivas sobre o mundo, sobre o que é justo, sobre o que é verdadeiro, e assim, admitindo conseqüentemente, o fato de que o vínculo com uma terra não se dá de forma unânime para todas as populações ameríndias. Não seria uma tarefa simples para o Direito e seus operadores, e por assim dizer, ao Poder e seus operadores. Mais objetivo parece mesmo ser o ato de escolher uma data e a partir dela verificar, regularizar e uniformizar. (ROSA, 2016, p. 17).

A visibilidade conferida ao julgamento do caso da TI Raposa Serra do Sol acarretou significativo aumento das demandas ao Poder Judiciário, visando à extensão das condicionantes para outras terras indígenas (LOPES, 2013). Em 2013, foram interpostos embargos de declaração ao acórdão, questionando se os termos do julgado deveriam ser aplicados em outros processos de demarcação. Segundo a análise do ministro Barroso,

As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. (...) Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões. (Apud SANTANA, 2015).

Contudo, mesmo após a decisão segundo a qual se entendeu que as condicionantes não são vinculantes, diversos pedidos foram feitos com base no discurso de que a decisão embargada goza de “força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País”. Até mesmo o próprio STF se utilizou da referida força persuasiva para julgar outros procedimentos administrativos de demarcação em trâmite na Suprema Corte. E dessa compreensão advieram decisões mais atuais que com base nesse entendimento anularam demarcações de terras indígenas e negaram, mais uma vez na história, os direitos dos povos ao território tradicionalmente ocupado.

Tal é o caso da TI Limão Verde, do povo Terena. O STF declarou a nulidade do processo de demarcação, homologado havia mais de uma década. O relator, ministro Zavascki, pautado na tese do marco temporal limitou ainda mais o entendimento sobre ocupação tradicional e esbulho. No julgamento do caso da TI Raposa Serra do Sol havia a ressalva do renitente esbulho provocado por não indígenas ao expulsar os índios de suas terras impedindo que ali estivessem na data da promulgação da Constituição. Entretanto, no julgamento da TI Limão Verde, houve uma reinterpretação do significado, considerando esbulho somente se os indígenas estivessem judicialmente disputando a posse na data da promulgação da CF/1988.

No caso da TI Guyraroká, do povo Guarani-Kaiowa, o STF declarou a nulidade do processo administrativo de identificação e delimitação da terra e da portaria declaratória com base na tese do marco temporal, tal como ocorreu com a suspensão do registro em cartório imobiliário da área demarcada ao povo Kayabi, TI Kayabi. Também foi aplicada a tese do marco temporal no caso da TI Panambi-Lagoa

Rica, também do povo Guarani-Kaiowa, e no caso da TI Gamela, do povo Gamela. Quanto à TI Porquinhos, de ocupação tradicional do povo Kanela Apãnjekra, o STF declarou a nulidade do processo administrativo demarcatório com base na condicionante que veda a ampliação da área indígena (PEGORARI, 2017; SANTANA, 2015).

Além dessas, desde a decisão do caso da TI Raposa Serra do Sol, diversas outras sentenças já foram proferidas em prejuízo dos povos indígenas, tornando nulos processos e atos demarcatórios em curso e até mesmo já finalizados. “Os casos trazidos representam uma crise profunda, e sob efeito dominó, da proteção jurídica das terras indígenas no Brasil” (PEGORARI, 2017, p. 12).

\*\*\*

Junto à tese do marco temporal, há, na condicionante XVII do acórdão, a vedação da ampliação de terras indígenas. Esta tese embasou a suspensão do processo de demarcação da Terra Indígena Porquinhos, citada anteriormente, e tem sido empregada amplamente em outros casos. Diante desses riscos, é fundamental compreender que essa condicionante está restrita ao universo de análise da TI Raposa Serra do Sol, sob pena de cometimento de (mais) injustiças irreparáveis. Ademais, não se pode confundir ampliação de terra indígena com revisão de limites de uma terra indígena.

A revisão dos limites constitui ato administrativo necessário sempre que for constatado que a demarcação inicial ocorreu com vícios (SANTANA, 2015). Tais vícios são comuns, sobretudo nos casos das terras indígenas demarcadas antes de promulgada a Constituição, pois os parâmetros, na época, seguiam a concepção que pretendia transformar indígenas em “agricultores”, com vistas a civilizá-los. As áreas demarcadas em locais onde fosse possível realocar os indígenas são, em geral, de insuficiente extensão, delimitadas em locais que não condizem com os usos tradicionais, tal qual o caso dos Guaranis de Mato Grosso do Sul, cujas terras foram reservadas em diminutas áreas, tendo os lugares sagrados ficado de fora das reservas (SOUZA FILHO, 2013). O mesmo ocorreu com as TIs Panambizinho e Jaguari, em Mato Grosso do Sul (CAVALCANTE, 2013), e do povo Karitiana, em Rondônia (FERREIRA, 2017).

Deve-se considerar que foi apenas após a promulgação da CF que a demarcação das terras indígenas passou a levar em conta as

perspectivas dessas populações, seus usos, costumes e tradições, tal como normatizado no art. 231. Por isso, é imprescindível diferenciar ampliação da terra indígena e revisão de seus limites, o que vai muito além das discussões travadas no âmbito do caso da TI Raposa Serra do Sol e diz respeito ao reconhecimento e à reparação de erros históricos cometidos pelo Estado.

\*\*\*

Além de afetar outros processos demarcatórios, a tese do marco temporal foi incorporada à Proposta de Emenda à Constituição n. 215, maior ameaça, hoje, ao direito ao território tradicional dos povos indígenas, por prever ser da competência exclusiva do Congresso Nacional a aprovação da demarcação das terras indígenas e a ratificação das demarcações já homologadas. Na prática, isso significa que o reconhecimento do direito ao território tradicionalmente ocupado dos povos indígenas estaria sujeito às maiorias políticas e econômicas presentes no Legislativo. Vale lembrar que, na legislatura atual, 257 deputados (51% deles) representam a Frente Parlamentar da Agropecuária: a Bancada Ruralista.

Forças conservadoras alcançam também o Poder Executivo, que, em dezembro de 2016, propôs alteração do Decreto n. 1.775/1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, incorporando, entre diversos itens que paralisariam definitivamente os processos em andamento, as condicionantes postas pelo STF. Em 14 de janeiro de 2017, pela Portaria n. 68 do Ministério da Justiça, anunciou-se a criação de um Grupo Técnico Especializado (GTE) com o objetivo de fornecer subsídios para a decisão do ministro de Estado da Justiça e Cidadania em assuntos que envolvessem demarcação de terra indígena. O GTE deveria verificar no relatório circunstanciado o cumprimento da jurisprudência do STF sobre a demarcação, mas, após pressão e críticas do movimento indígena, organizações da sociedade civil e do MPF, houve publicação de nova portaria, a Portaria n. 80, na qual se excluiu o trecho que recomendava a observância às condicionantes, mantendo o GTE tal como antes.

Seguindo-se a lição de Bourdieu (1987), toma-se a jurisprudência como reveladora de disputas do campo político e social. Tais disputas, em movimento dialético, interferem e relativizam a autonomia do campo jurídico. Nesse sentido, deve ser empenhada a aná-



lise das normas jurídicas e seus efeitos sociais, seus desdobramentos no mundo real, de modo a romper com o legalismo e a estabelecer uma teoria adequada da prática, o que teoriza como “campo jurídico”<sup>2</sup>, que, segundo o autor, é ignorado tanto pelos formalistas como pelos instrumentalistas.

Essa criação do mundo social pelo direito não é de modo algum um processo unilateral. Ao contrário, Bourdieu quer mostrar que o direito e a sociedade se influenciam de modo recíproco e simultâneo. Por um lado, o direito é um discurso ativo que pode produzir efeitos e criar o mundo social; por outro lado, ele também é criado pelo mundo social. Nossos esquemas de percepção e apreciação, pelos quais criamos o mundo social, são estruturas estruturadas, historicamente construídas, que contribuem para a produção do mundo, mas apenas na medida em que se conformam às estruturas preexistentes que as produzem. Mesmo a versão subversiva de poder simbólico deve ser ajustada às estruturas objetivas do mundo social. Novos esquemas de percepção e apreciação só podem ter êxito se anunciam o que já foi desenvolvido. (SCKELL, 2016, p. 9).

## **8. DA VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO: XAPPIRIMU HHU-TUKARA [CÂNTICO YANOMANI DO CÉU QUE CAI]**

Segundo Bourdieu (2007), a força específica do direito advém dos efeitos de racionalização, universalização e normatização das codificações que os juristas realizam em suas decisões. A questão sobre se são as práticas coletivas que produzem a codificação jurídica ou se são as formas jurídicas que informam a prática não é a questão a ser formulada. Importa analisar o que chama de lógica interna do direito (a codificação) e lógica específica do trabalho jurídico (a formalização), práticas que estão intrinsecamente ligadas aos interesses sociais dos agentes formalizadores do campo jurídico e à relação entre estes e o campo de poder. Os detentores do poder simbólico do direito, que criam e aplicam o direito, têm afinidade com os detentores do poder temporal, político e econômico, mas o efeito simbólico do direito só

---

<sup>2</sup> O campo jurídico não se confunde com o corpo judiciário. A diferença entre os dois é considerável. Um campo não existe sem um corpo, mas não se reduz a um corpo, que não basta para constituir um campo. É à medida que se constitui o campo jurídico como um espaço unificado no qual as questões podem ser tratadas juridicamente “que se constitui um corpo de pessoas que têm interesse na existência deste campo e que devem sua existência legítima a este campo” (BOURDIEU, 1987, p. 26 apud SCKELL, 2016).

é possível se ele for socialmente aceito como uma resposta neutra e autônoma (SCKELL, 2016).

O estabelecimento de condicionantes para o reconhecimento do direito ao território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas pelo STF é tomado como codificação. Toda codificação deve ser acompanhada de uma teoria sobre seus efeitos para não substituir “a lógica da coisa (os esquemas práticos e a lógica parcial de práticas que eles geram) pela coisa da lógica (o código)” (BOURDIEU, 1987, p. 98 apud SCKELL, 2016). Também deve ser considerada enquanto propulsora de uma mudança no estatuto ontológico. O direito é um sistema de normas autônomas, que têm efeitos pela coerência e pela lógica. Não é um produto da razão universal, mas resultado de uma sistematização longa e cumulativa que produz coerência e racionalidade, gerando racionalização, universalização e normatização, estas que não são neutras nem, tampouco, universais.

Segundo a bibliografia específica sobre o tema na área das Ciências Jurídicas, é assente a ausência de justificativa interpretativa para admitir que o art. 231, § 1º, da CF tenha seu sentido alterado para afirmar a existência de uma limitação temporal do direito territorial dos povos indígenas, “principalmente porque foi justamente a reivindicação territorial desses povos que culminou com o próprio texto constitucional, que por sua vez legitimou a ação social posterior desses grupos étnicos” (VIEGAS, 2015, p. 85).

O marco temporal é um parâmetro interpretativo restritivo ao direito às terras dos povos indígenas, eivado de inconstitucionalidade, considerando que a Constituição diz que terras indígenas são aquelas habitadas pelos índios em caráter permanente e não exige que eles as estivessem ocupando, necessariamente, na data da promulgação da CF, interpretação que também está em desacordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (PEGORARI, 2017). Para Silva (2005), o conceito de terras tradicionalmente ocupadas está fundado em quatro condições, previstas no § 1º do art. 231 da CF/1988. O estabelecimento do marco temporal é inconstitucional na medida em que não há, em nenhum dispositivo da Constituição de 1988, a indicação, nem implícita nem explícita, da data de sua promulgação para a configuração da posse indígena.

Também para Santana (2015) a decisão está em desconformidade com as normas e os princípios da Constituição Federal de 1988, em

uma concretização desconstitucionalizante do texto constitucional ou uma desconstitucionalização fática, uma degradação semântica do texto da CF provocada por diversos fatores, com destaque para o econômico e para o político (NEVES, 1999; VIEGAS, 2015). Nessa degradação semântica, o STF retoma alicerces obsoletos do tradicional sujeito de direito branco, masculino, proprietário, e ignora os direitos conquistados pelos povos indígenas, ignora que a demarcação é um procedimento declaratório e não um processo constitutivo e provoca “a restrição deliberada de um direito originário por meio de um marco temporal irrefletido, que não tem qualquer vínculo racional com a situação jurídica analisada” (PEGORARI, 2017, p. 8).

O STF recupera velhos instrumentos legais de inspiração colonial para impedir a efetivação dos novos dispositivos constitucionais. Voltam e reproduzem-se mecanicamente os aparatos burocrático-administrativos do Estado, que se fortalecem em estratégias engendradas por interesses que historicamente monopolizaram a terra e hoje tomam a forma de novos grupos empresariais com os mesmos interesses de outrora.

## **9. DA VIOLAÇÃO DO PASSADO E DO FUTURO: IKII [CÂNTICO DE TRISTEZA YANOMAMI]**

Além de inconstitucional, considerada a história de formação do Estado Brasileiro e a violência institucionalizada a que foram submetidos os povos indígenas, o estabelecimento do marco temporal é, no mínimo, carregado de anti-historicidade. Anti-historicidade referente ao passado, porque ignora processos violentos ocorridos ao longo de quase cinco séculos de colonização, e também ao futuro, porque ignora processos históricos que culminaram na constituição de novas comunidades indígenas em datas mais recentes, negligenciando processos de etnogênese.

Para dar concretude ao argumento ora apresentado, vale citar, ainda que brevemente, alguns casos de esbulho, expulsão, massacre e remoção de grupos indígenas de suas terras, violências empenhadas pelo próprio Estado Brasileiro, antes da promulgação da CF/1988. Trata-se de violência que não se reduz à agressão física, mas deve ser considerada também em seu viés simbólico, com os convencimentos, a coação, o constrangimento, as ameaças, que devem ser caracterizados como atos violentos, configurando o “esbulho renitente”.

No estado de Rondônia, foram diversos casos ocorridos em passado recente, mas ainda presentes na memória dos indígenas anciãos, os quais relatam migrações compulsórias que retiravam indígenas de suas áreas tradicionais e acabaram por concentrar em um mesmo aldeamento – ou Posto Indígena – indígenas de grupos distintos, até mesmo inimigos entre si. Esse processo levou a dispersões, à separação de famílias e grupos e à formação de novos agrupamentos, com mistura entre indígenas e seringueiros, quilombolas, ribeirinhos (FERREIRA, 2016a). Nesses locais, os indígenas não podiam falar a própria língua, pois era obrigatório o uso da língua portuguesa. Também eram proibidos rituais e festas, e os indígenas, que não podiam sair do local, eram submetidos a regime de trabalho análogo à escravidão.

Foi o que ocorreu com o povo Puruborá, movido para o posto Três de Maio, o qual ainda é lembrado pelos indígenas como “A Colônia”. O local abrigava, além dos Puruborás, os Cabixis, os Miguelenos, os Tuparis, os Arikapús, os Djeoromitxis, os Makuraps e os Kujubins. O posto onde esses povos foram “depositados” era administrado por José Felix do Nascimento, agente do SPI nomeado pelo próprio Rondon, que agenciava os indígenas para trabalhos nos seringais e as mulheres para casamentos com os soldados da borracha (FERREIRA, 2016c). Algo parecido ocorreu no Posto Indígena de Atração Ricardo Franco, criado pelo SPI, para onde foi realocada, na década de 1940, metade do contingente indígena da região do vale do Guaporé. Para lá foram levados, compulsória e violentamente, povos originários dos rios Mequéns, Colorado, Corumbiara e afluentes, formando ali uma colônia de trabalho com exploração de mão de obra indígena que servia a grandes interesses dos seringalistas; um balaio de gato, ou melhor, de índio, que hoje abriga as etnias Aicanã (Masaká), Arikapú, Aruá, Kanoé, Djeoromitxi (Jabutí), Makuráp, Tuparí, Wajurú (Ajurú), Wari (Oro nao), Txapakúra, Sakurabiat e Kujubim na Aldeia Ricardo Franco (TI Rio Guaporé) (FERREIRA, 2016b).

Souza Filho (2013, p. 215) analisa outros casos em que governos retiraram indígenas de suas terras “para atender interesses privados de utilização agropecuária, em terras férteis dentro da fronteira agrícola. Há situações irreversíveis quando houve dispersão total do povo ou seu extermínio, o que é quase o mesmo”. O autor cita o caso do povo Krenak, retirado do vale do rio Doce pelo estado de Minas Gerais e pelo Governo Federal, “cedendo suas terras como se devolutas fossem”.

Além da remoção compulsória, esse povo foi mantido em regime de cárcere, sofrendo repressão na forma de confinamento em solitária e de castigos físicos, no Reformatório Indígena Krenak (“O Presídio”, como ficou na memória dos indígenas). Ali, eram-lhes impostas atividades na agricultura durante o dia, sob forte vigilância de soldados e índios agregados à Guarda Rural Indígena (GRIN), formada em 1969 por índios devidamente treinados nas práticas de tortura e encarregados de manter a ordem interna nas aldeias, coibir deslocamentos, impor trabalhos e levar os infratores aos militares (PARAÍSO, 1999; ZELIC, 2012).

Há registros de eventos de extermínio, como o implementado pelo major-aviador Luis Vinhas Neves, diretor do SIP que inoculou o vírus da varíola em duas aldeias pataxós na Bahia (ZELIC, 2012), ou as pelo menos duas expedições organizadas contra o povo Cinta Larga em 1963. Na primeira delas, indígenas receberam açúcar envenenado e roupas com vírus inoculado e uma aldeia foi atacada por um pequeno avião durante uma festa. Na segunda, os Cintas Largas foram atacados às margens do rio Aripuanã, na altura do Paralelo 11. Ali, milhares deles foram mortos com requintes de crueldade. O episódio, conhecido como Massacre do Paralelo 11, foi detalhado ao SPI quando um dos participantes, não tendo recebido o pagamento prometido, compareceu à sede para denunciar os mandantes. O crime teve repercussão internacional, mas os envolvidos nunca foram responsabilizados nem punidos.

É difícil identificar os fatos mais graves, considerando que a própria história de constituição do Estado brasileiro, de sua unificação territorial e de seu controle político, se assenta sobre a dominação e o extermínio dos povos indígenas (JUNQUEIRA; PAIVA, 1988). Todavia, é possível concluir, diante apenas dos casos citados, que o marco temporal é anti-histórico e oposto à veracidade dos fatos. “A data da promulgação da Constituição de 1988 fixada de forma arbitrária, embora com certo simbolismo, concede um caráter quase divino à Constituição e desconsidera a historicidade e soberbamente diminui o passado indigenista brasileiro” (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 151).

Reduz também o presente indigenista brasileiro. Nas duas últimas décadas, verificou-se contínuo crescimento da população indígena no Brasil, conforme mostram dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): houve, entre o censo de 1991 e o de 2000, o aumento de 150% de indivíduos que se autodeclararam indígenas.

No censo de 2010, o número de pessoas autodeclaradas indígenas foi de 817.963 (ROSA, 2016). Esse valor tem crescido porque as pessoas vão gradativamente tomando consciência de sua identidade e assumindo sua indianidade, em processo de emergência étnica no qual paulatinamente os indivíduos vão se reconhecendo e sendo reconhecidos como grupo. Tal fenômeno é denominado etnogênese: a emergência de grupos considerados extintos, aculturados, miscigenados, demandando reconhecimento e direitos com base em critérios étnicos (BARTOLOMÉ, 2006).

A própria Constituição de 1988 e o reconhecimento dos direitos que ela incorporou trouxeram a consciência da indianidade a muitos povos e a possibilidade da reivindicação de seus territórios tradicionais, dada a autonomia para que pudessem contestar os casos de espoliação aos quais foram submetidos no passado. Diante do histórico de repressão e criminalização, é de esperar que indígenas tenham omitido sua identidade.

Esse foi o caso dos Guarassungwês, em Rondônia, cujas primeiras referências remontam ao século XVIII e que, em 1870, eram um povo grande e bastante influente na região do Guaporé (NORDENSKIOLD, 2001). Após a década de 1970, verificou-se um prolongado silêncio bibliográfico sobre essa etnia, período que coincide com o do aumento das investidas contra sua população. Os Guarassungwês estavam considerados extintos até 2012, quando o linguista dr. Henri Ramirez encontrou um pequeno núcleo familiar na periferia do município de Pimenteiras do Oeste e, com base na análise da língua falada pelo grupo, concluiu que ela pertencia ao tronco tupi, família guarani, língua guarassungwê. Em levantamento genealógico realizado em 2015, concluiu-se que o Sr. José Frey, patriarca, era filho de Miguel Capitão, líder guarassungwê morto no fim da década de 1960. Sob a ameaça da morte e do fogo que queimava suas malocas, tal como narrado pelo Sr. José Frey, o grupo deixou seu território na década de 1980 e, desde então, vinha se refugiando ora na margem boliviana, ora na margem brasileira do Rio Guaporé, omitindo a identidade indígena como estratégia de sobrevivência (FERREIRA, 2015).

Os processos de etnogênese são plenamente compreensíveis diante das condições sócio-históricas e políticas que mantiveram os indígenas “escondidos” ao longo dos anos, protegendo-se da política indigenista baseada na ideia de “integração” à “comunhão nacional”. Aos indíge-

nas restavam poucas opções de resistência, e um dos mecanismos de proteção que eles adotaram foi justamente a ocultação e até mesmo a negação de sua identidade étnica. Fingiam não ser indígenas, evitavam falar suas línguas maternas, casavam-se com não índios, tudo para preservar, ainda que precariamente, a integridade física, à custa até da integridade cultural, uma vez que a territorial já se havia esvaído. Assim, esse indígena não mais índio deixava de ser perseguido pelo Estado. A estratégia que os protegeu do etnocídio das políticas integracionistas hoje não mais é necessária. Ao contrário, invertem-se os polos e o que era negativo, a indianidade, hoje é positivado, motivo de orgulho e fonte de direitos e políticas públicas. É assim que se explica o crescimento de tal fenômeno nas últimas três décadas e a emergência de diversos povos indígenas considerados extintos ou desconhecidos da historiografia oficial (FERREIRA, 2015).

A emergência étnica/ressurgência/resistência indígena é concebida e encarada como legítima por antropólogos, pelas entidades de apoio à questão, pelas instituições que atuam na causa e pelo movimento indígena. Do ponto de vista etimológico, esses termos denotam a mesma ideia: são as categorias politicamente corretas e atualmente empregadas para “substituir” denominações como “povos integrados” ou “aculturados”, hoje consideradas obsoletas. Entretanto, nesse diapasão, ressalta-se a situação de maior vulnerabilidade desses povos, inclusive perante outros grupos indígenas “consolidados”, pois estão, em sua maioria, dispersos e desterritorializados, em situação de marginalização sociocultural historicamente consolidada por meio do estigma de “aculturação”. Ademais, são indígenas que não contam nem com o “ranis” nem com a etnia no nome e são frequentemente discriminados, inclusive pelas próprias instituições indigenistas, tendo sua identidade questionada e seus direitos negados com base no estereótipo da pureza indígena. A consequência é a subcidadania.

O marco temporal, portanto, não encontra correspondência com a história vivida pelos povos indígenas nem antes nem depois da promulgação da CF/1988. As normas jurídicas do STF não estão em harmonia com a realidade e vão na contramão dos processos de expropriação e esbulho passados e dos processos de etnogênese presentes, que não podem ser compreendidas a partir da noção de um direito decorrente da ancestralidade, como se extraía do indigenato, muito menos do fato indígena. A cultura não se mantém *in vitro* e inexistente uma visão hege-

mônica quando se trabalha com fenômenos humanos, que comportam dimensões valorativas (PACHECO DE OLIVEIRA, 1997). Os esquemas tradicionais de resolução de conflitos interindividuais não servem e os órgãos do sistema de justiça devem reconhecer as limitações do conhecimento jurídico para procurar entender a realidade que os cerca e considerar a relevância de várias áreas do conhecimento, sobretudo da Antropologia, a fim de compreender como se organiza o povo.

A perícia antropológica confere elementos ao juiz para entender aquela ocupação/reivindicação e caminhos para o julgador distanciar-se de uma verdade oficial, absoluta, e cumprir o comando constitucional contido no art. 231, dentro de uma lógica que respeita as várias leituras dos diversos grupos que compõem a sociedade brasileira. Permite, também, o desfazimento de mal-entendidos que muitas vezes são levados ao Judiciário em decorrência do anseio de fazer plantar no julgador a dúvida a respeito de uma “autenticidade” de uma comunidade, como se ela devesse observar padrões de organização estáveis ao longo do tempo. É comum que se tente a todo momento descaracterizar a “tradicionalidade” daquele grupo ou colocar a sua “autenticidade” em risco. As práticas discriminatórias vão se assemelhar àquelas já feitas na história – e aqui relatadas – e ainda presentes no senso comum, de que o sujeito que adota determinado comportamento visto como “civilizado” não seria mais índio, logo não teria mais direito à terra. Por exemplo, tenta-se atribuir a um grupo a condição de não-índio em razão de certos hábitos – falar português, usar telefone celular – e direitos – possuir título de eleitor – ou mesmo apontar que o grupo não pratica tradições ancestrais daquela etnia. (ARAÚJO, 2004, p. 19).

Por fim, ressalta-se que o estabelecimento da data de 5 de outubro de 1988 legitima a desestruturação da vida comunitária de diversos povos indígenas pelo Estado, legitima essa remoção para que se constate, falsamente, que já não subsiste a presença indígena e permite o esvaziamento de identidades, tal como fora prática corrente em outros tempos, fazendo prevalecer, outra vez, a visão hegemônica não indígena e sua “verdade” registral. Apenas o estabelecimento dessa data, desconsiderando seus impactos, já é uma violência simbólica etnocida.

## **10. DA VIOLAÇÃO CULTURAL: TEKOÁ PORÃ [CÂNTICO GUARANI MBYÁ “NOSSO LUGAR É SAGRADO”]**

Além da inconstitucionalidade e da anti-historicidade, exigir uma permanência temporal em determinado espaço físico para reconhecimento da tradicionalidade da ocupação é mais uma violência gerada



por um ato de imposição cultural. É a definição e imposição da tradição a partir dos critérios ocidentais, em que a “mudança cultural e recriação da tradição só é aceita em relação à corrente civilizatória ocidental”, pois, quando se processa com outros povos, é estigmatizada e ilegítima (ARRUDA, 2002, p. 149). Da mesma maneira como a identidade não pode ser definida por imposição externa, sob o risco de reprodução do sistema colonial de dominação da sociedade envolvente, não pode a tradicionalidade de um território ser definida pela Suprema Corte Constitucional. É preciso evitar que, outra vez na história, uma perspectiva meramente não indígena venha impor aos índios soluções que não lhes são próprias.

Longe de se adequar ao pluralismo jurídico, o marco temporal é um retrocesso etnocêntrico colonial. O pluralismo jurídico reconhece que comportamentos humanos são orientados por mais de uma ordem jurídica ou normativa, e o STF, ao definir que tradicional é estar na área em data fixa, retoma a habitual concepção centralizadora do direito segundo a qual a ordem jurídica é identificada única e exclusivamente com o Estado e suas instituições de controle social, como leis escritas, juízes e tribunais (RODRIGUES, 2010). Entretanto, o direito não é limitado nem circunscrito às instituições legais do Estado. Há diversos campos sociais produtores de normatividades, há muitas ordens legais na sociedade.

A terra indígena deve ser aferida com base em relações simbólicas estabelecidas e constantemente reformuladas entre determinado povo indígena e o passado, no presente. Assim, a “ocupação tradicional” se revela em uma nova concepção semântica, na qual o “tradicional” é considerado atrelado a reivindicações atuais (ALMEIDA, 2008). Não se pode esperar que a atual ocupação indígena de um determinado espaço territorial seja tal qual ocorria no passado, nem, tampouco, que ela necessariamente tenha continuidade histórica imemorial. “[T]radições organizam o passado em relação ao presente, tornando o primeiro não primariamente preservado, mas, sim, continuamente reconstruído” (GRÜNEWALD, 2012, p. 186). A questão é qual noção de tradicionalidade está sendo operada pela Suprema Corte.

Segundo Hobsbawm (1998), a noção de “tradição” sempre é associada a um passado imemorial, tem sua expressão no domínio da cultura e independe de sua duração, de sua forma de transmissão, do grau de racionalidade em sua criação. Um processo que extrai sua autoridade

do passado, tanto quando pensada em termos de continuidade temporal de expressões culturais quanto em termos de elementos culturais e coesivos de campos políticos e sociais (GRÜNEWALD, 2012), se sustenta por memórias coletivas, tem conteúdo normativo e/ou moral que gera o caráter de vinculação de ações e comportamentos. As tradições podem ainda carregar verdades das quais não há como discordar ou que não há como contradizer; o sentido será dado àqueles que as levam, sobretudo quando são sociedades ágrafas (GIDDENS, 1998).

(...) a origem das práticas culturais é irrelevante para a experiência da tradição, a autenticidade é sempre definida no presente. Não é a existência de um passado ou a transmissão que define algo como tradicional. Tradição é uma designação simbólica, um significado designado antes que uma qualidade objetiva. (HANDLER; LINNEKIN, 1984, p. 285).

Os constituintes de 1987 optaram pela “posse tradicional”, desvinculada do tempo linear, associada ao modo de utilização da terra, como materialização do território simbolicamente exercido. Ao mencionar o qualificativo “tradicionalmente”, referiu-se ao modo de vida dos índios, e não à ocupação memorial ou histórica de suas terras. A tradicionalidade diz respeito não ao significado temporal do significante; não se refere ao tempo em que os índios habitam um território, e sim ao modo de vida tradicional das populações indígenas, que vai além de suas casas (BULOS, 2014; MOTA e GALAFASSI, 2009). Nesse sentido, afirma Duprat (2009):

muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa da vida desses povos. (...) Não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí por que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, de cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.

A tradicionalidade deve ser entendida sob o pano de fundo da organização social e simbólica do grupo étnico, o que Barth (1998) afirma como relevância contextual da organização social das tradições. Considerando que as tradições expressam uma continuidade com o passado e têm legitimidade para atuar com relação às ações futuras, sobretudo em sociedades orais (VANSINA, 1897), o valor simbólico não depende de uma relação objetiva com o passado (GRÜNEWALD, 2012), principalmente quando se considera o significado da terra para

as populações indígenas. A terra tradicional é parte da definição de um povo, base sobre a qual a existência dos próprios grupos se funda (LINNEKIN, 1983); são áreas necessárias à reprodução física e cultural, que “extrapolam a concepção capitalista de terra diretamente ligada à produção, pois inclui dentro dela a identidade do grupo” (EVANGELISTA, 2004, p. 61). Da terra depende a continuidade do grupo enquanto tal; a terra é o suporte da identidade (CARNEIRO DA CUNHA, 1992), está acima de qualquer valor econômico, representando o suporte de sua vida social (COLAÇO, 2013).

Almeida (2006) explica que, no caso das “terras tradicionalmente ocupadas”, o tradicional não se reduz ao histórico e incorpora principalmente reivindicações do presente com identidades coletivas redefinidas situacionalmente numa mobilização continuada. Nesse contexto, as formas de organização social não atendem a uma fórmula preestabelecida, porquanto cada grupo étnico vai se organizar de acordo com os seus próprios modos de vida, dentro de um momento histórico e conforme a realidade política e social. Nenhuma noção essencialista ou simplificadora pode dar conta desse dinamismo cultural.

E assim, na contramão da história da questão indígena e da teoria antropológica, vem o STF com a doutrina da “posse imemorial”, com referência ao tempo linear, num esforço de reconhecer o direito territorial apenas aos improváveis indígenas que tivessem conseguido vencer os colonizadores e se mantiveram em suas terras em 1988. O STF opera em uma noção de tradição estática, reificada para classificações descontextualizadas, ainda de acordo com o ultrapassado paradigma evolucionista. E o faz em contradição ao texto constitucional, que define a ocupação tradicional a partir dos modos de ocupação, não pelo tempo de ocupação. A CF não estabeleceu limite temporal para o início da ocupação tradicional, e sim desvinculou o direito das comunidades indígenas da perspectiva arqueológica e da linear idade temporal, não exigindo para o reconhecimento do direito territorial uma posse imemorial ou datada, e sim a tradicionalidade do seu uso. A isso, em Antropologia, chama-se “territorialização” (PACHECO DE OLIVEIRA, 1998).

## 11. CONCLUSÃO: NEA YAMA SHAVA MESTENO INHAWE [O MUNDO ESTÁ FRACO E NÓS VAMOS FORTALECÊ-LO, KATUKINA]

Esse cenário de constantes investidas contra os direitos indígenas denota, tal como sugerido por Pacheco de Oliveira (1998), a necessidade de um redimensionamento da questão. Esse novo enfoque deve trazer a superação da visão essencialista, entendendo-se que a posição dos povos indígenas no cenário político atual é produto de décadas de militância e ativismo na luta por seus direitos, direitos esses, como se pode notar, recentemente conquistados e absolutamente ameaçados.

Com o reconhecimento do direito à diferença e dos demais direitos consagrados na CF/1988, a colonialidade do poder e a imposição de uma classificação racial/étnica da população perde legitimidade. Não perde, entretanto, adeptos. Mesmo tendo superado o período das relações colonialistas de poder, no julgamento da TI Raposa Serra do Sol, a Suprema Corte brasileira mostra que o padrão continua presente, reproduzindo, nas condicionantes, relações hierarquizadas e racializadas de poder entre os setores politicamente dominantes e os grupos indígenas, excluídos da cidadania e colocados em situação de subalternidade e invisibilidade.

Menos que conceitos científicos, distinções semânticas revelam a existência de “uma luta teórica contra a força dos esquemas interpretativos dos positivistas no direito”, que confundem etnias, minorias e/ou povos tradicionais dentro de uma noção genérica, elidindo a diversidade cultural, menosprezando a dinâmica das situações concretas e das relações sociais desses povos. O modelo de propriedade comum e privada e as demais noções preconcebidas contraditam as ações mobilizatórias dos povos tradicionais e suas categorias intrínsecas de apropriação dos recursos naturais (ALMEIDA, 2006, p. 20). A atual conjuntura mostra como a noção de território é atravessada por relações de poder e por isso pode ser pensada como um campo de disputa no qual os atores não estão em iguais condições: enquanto os mais fracos visam ao reconhecimento dos direitos, os mais fortes visam à anulação destes (O'DWYER, 2014). Nesse quadro, a responsabilidade do Poder Judiciário é grande.

O magistrado possui em suas mãos o poder de abrir o direito para um universalismo de encontros e quiçá um experimentalismo institucional

no qual a matriz cosmológica europeia não seja apresentada como único ponto de partida. Fazer justiça aos povos indígenas não está, portanto, apenas em ver o seu ponto de vista, dar-lhes voz, simplesmente convidando-os ao debate; mais que isso se faz necessária a experiência de permitir que o diálogo se dê fora dos “termos da grande mitologia branca”. É falando ao e com o Outro – e não simplesmente distribuindo-lhe ou negando-lhe direitos – que reconheço nele uma “qualidade de sujeito, comparável ao que eu mesmo sou”. Uma interação nesse grau exige uma transformação de nós ocidentais em nossa forma de compreender ou reconhecer o Outro. É preciso reconhecer que as garantias jurídicas que operem somente a partir dos conceitos e do léxico da cultura Ocidental não suprem as demandas indígenas. Fazer justiça à singularidade é tomar consciência da sociabilidade do direito e não apenas afirmar, elementarmente, que os índios são sujeitos de direitos (reconhecidos pelos não índios). O que está em jogo é a oportunidade de descortinar a complexidade do Direito – tomando consciência de que ele foi pensado no Estado e para o Estado, empobrecendo, assim, as possibilidades do porvir. (SANTANA, 2015, p. 20).

Sousa Santos (2003) questionou sobre a capacidade emancipatória do direito. Bourdieu (2007) indicou que somente após a análise dos mecanismos de reprodução se poderá vislumbrar as possibilidades da transformação emancipatória, as quais, por sua vez, orientarão a ação político-jurídica. A possibilidade de transformação positiva do direito não está na estrutura ou no sistema. Ela só é possível a partir dos agentes, motivados pelo mesmo desejo de justiça social, apesar de serem exatamente esses que, no campo jurídico, têm menos, ou nenhuma, força (SCKELL, 2016).

Ao se aplicar tal teorização ao caso em tela, vê-se a urgente necessidade de superação do pensamento colonial e dos paradigmas assimilacionista e integracionista ainda vigentes. Somente assim será possível a consolidação de um estado democrático de direito. É necessário descolonizar o fundamento jurídico que ainda se encerra em categoria criada no começo do século XX para tratar da política indigenista. Dessa forma, a discussão atual poderá ser encerrada com avanços, superando-se a tese do marco temporal e também não se retroagindo ao indigenato, que, embora possa parecer adequado para tratar a tradicionalidade das terras indígenas, carrega em sua gênese o marco colonizador. Que possa, de fato, ser consolidada a mudança de paradigma para finalmente situar os direitos dos povos indígenas no quadro dos direitos étnicos, do reconhecimento jurídico da diferença

e do pluralismo. Para tanto, é fundamental incorporar as noções de territorialidade e o instituto da territorialização, tal como disserta a teoria antropológica e o próprio texto constitucional, o qual não se limitou a especificar o conteúdo jurídico do indigenato. O artigo 231 institucionalizou a territorialização, a possibilidade jurídica de reconhecer como terras indígenas as áreas “utilizadas para suas atividades produtivas”, “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar”, ou, ainda, “necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (APARÍCIO, 2016; VIEGAS, 2015). Em suma, que, no fim do debate, possa adentrar ao campo o paradigma da alteridade.

Conforme se mostrou, a conquista do direito à terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas foi um processo longo e juridicamente complexo. Apesar da garantia constitucional, ainda pairam pré-conceitos e o ranço evolucionista. Diante da história e de todo o esforço estatal, de quase cinco séculos, em retirar indígenas de seus territórios e desindianizá-los, o tempo linear não é capaz de qualificar a tradicionalidade da ocupação indígena. Não cabe, portanto, associar o direito territorial dos povos indígenas aos institutos jurídicos de prescrição temporal, e sim à especificidade com que constroem e reconstróem suas cosmologias e cosmografias.

Por fim, é imperativo que a questão da demarcação das terras indígenas, do marco temporal e das demais alterações recentes na política indigenista sejam situadas nos contextos de dominação e de opressão concretos. Nesse exercício, é absolutamente relevante que se compreenda que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas não tem relação com a garantia formal da demarcação administrativa nem, tampouco, com a mera distribuição de terras. Trata-se da continuidade de povos indígenas enquanto grupos etnicamente diferenciados: trata-se de vida. Por consequência, negar-lhes o direito ao território tradicionalmente ocupado é o mesmo que condená-los à morte.

O marco temporal, ao inviabilizar demarcações de terras indígenas, está para além da inconstitucionalidade. Não somente se opõe à Constituição; antes disso, carrega consigo um potencial genocida. Genocídio, nos termos da Lei n. 2.889/1954, engloba atos relacionados a: matar membros de um grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total

ou parcial. Não somente a tese do marco temporal mas quaisquer ações que neguem o acesso ao território tradicional levarão consigo a marca do etnocídio, a mesma marca que vitimou os povos indígenas desde a ocupação do Brasil, legitimada pelo direito e pelo Estado Nacional.

A promulgação de uma Constituição Cidadã não apaga o processo histórico, não apaga a herança colonialista nem as violências às quais as nações indígenas originárias foram submetidas. A Constituição Cidadã pode, sim, ser considerada um marco: a possibilidade, ao direito e ao Estado Brasileiro, de reparar os erros do passado e construir, verdadeiramente, uma sociedade justa, igualitária, que respeite as diferenças étnicas e culturais. Se 5 de outubro de 1988 for um marco, que seja para consagrar a cidadania e findar o genocídio da população indígena.

## REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.
2. APARICIO, Adriana Biller. Direitos territoriais indígenas, a contribuição da teoria crítica. *Redes, revista eletrônica direitos e sociedade*, v. 4, n. 1, maio 2016.
3. ARAÚJO, Ana Valéria. Terras indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: FANY, Ricardo (Org.). *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das superposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
4. ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. Territórios indígenas no Brasil. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.
5. BARRE, Marie-Chantal. *Ideologias indigenistas y movimientos indios*. México: Siglo Veintiuno, 1983.
6. BARRETO FILHO, Henyo. *Três poderes contra os direitos indígenas: entrevista de Henyo Barretto, em 24 de abril de 2015, ao Portal de Políticas Socioambientais*. Disponível em: <<https://acervo.racismoambiental.net.br/2015/04/24/tres-poderes-contra-os-direitos-indigenas-por-henyo-barretto/>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

7. BARTH, Frederik (Org.). *Ethnic groups and boundaries: the social organization of cultural difference*. Boston: Little, Brown and Co., 1969.
8. BARTOLOMÉ, Miguel. *Procesos interculturales: antropología política del pluralismo cultural en América Latina*. México: Siglo XXI, 2006.
9. BONILLA, Oiara; CAPIBERIBE, Artionka. A ocupação do Congresso: contra o quê lutam os índios? *Estudos avançados*, São Paulo, v. 29, n. 83, p. 293-313, 2015.
10. BOURDIEU, Pierre. *Choses dites*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1987.
11. \_\_\_\_\_. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O poder simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
12. BRASIL. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília: Planalto.
13. \_\_\_\_\_. *Lei n. 6.001*, de 19 de dezembro de 1973.
14. \_\_\_\_\_. *Decreto n. 1.775*, de 8 de janeiro de 1996.
15. \_\_\_\_\_. STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462*. Relator ministro Teori Zavascki. 2ª Turma, julgado em 9 dez. 2014.
16. \_\_\_\_\_. STF. *Petição 3.388*, Relator ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19 mar. 2009.
17. \_\_\_\_\_. STF. *Embargos Declaratórios na Petição 3.388*, Relator ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 23 out. 2013.
18. BUCHILLET, Dominique. Nobody is there to hear: Desana Therapeutics incantations. In: LANGDON, J.; BAER, G. (Ed.). *Portals of Power: shamanism in South America*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1996.
19. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
20. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992.
21. CAVALCANTE, Thiago Leandro V. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. Tese (Doutorado em História), UNESP, Assis/SP, 2013.
22. COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena



Petters (Coord.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

23. CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2016*. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2016.

24. DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre: o desenvolvimento e os índios do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

25. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes, 2002.

26. EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. *Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988*. Rio de Janeiro: UFRJ/ IFICS, 2004.

27. FARAGE, Nadia; CUNHA, Manuela Carneiro. Caráter de tutela dos índios: origens e metamorfoses. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo, Brasiliense, 1987.

28. FERREIRA, Rebeca Campos. *Laudo pericial antropológico povo indígena Guarassungwê*. Procuradoria da República no Município de Ji-Paraná. MPF. Rondônia, 2015.

29. \_\_\_\_\_. *Laudo pericial antropológico povo indígena Uru Eu Wau Wau*. Procuradoria da República no Município de Ji-Paraná. MPF. Rondônia, 2016a.

30. \_\_\_\_\_. *Laudo pericial antropológico povo indígena Puruborá*. Procuradoria da República no Município de Ji-Paraná. MPF. Rondônia, 2016b.

31. \_\_\_\_\_. *Laudo pericial antropológico povo indígena Migueleno*. Procuradoria da República no Município de Ji-Paraná. MPF. Rondônia, 2016c.

32. \_\_\_\_\_. *Laudo pericial antropológico povo indígena Kujubim*. Procuradoria da República no Município de Ji-Paraná. MPF. Rondônia, 2016d.

33. \_\_\_\_\_. *Laudo pericial antropológico povo indígena Karitiana*. Procuradoria da República no Estado de Rondônia. MPF. Rondônia, 2017.

34. FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. Série Documentos do ISA n. 12. *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. p. 13-48.

35. FOUCAULT, Michel. *Estruturalismo e teoria da linguagem: sobre a arqueologia das ciências*. Resposta ao Círculo Epistemológico. Editora Vozes Ltda., 1968.
36. \_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
37. \_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. 26. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, 2008.
38. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005.
39. GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Jorge Zarar, 1978.
40. GIDDENS, Anthony. *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.
41. GLUCKMAN, Max. Análise de uma situação social na Zululândia moderna. In: FELDMAN-BIANCO, Bela (Org.). *Antropologia das sociedades contemporâneas*. São Paulo: Global, 1989.
42. GRÜNEWALD, Rodrigo de Azeredo. Tradição. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/Rio de Janeiro/Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia/laced/Nova Letra, 2012.
43. HANDLER, R.; LINNEKIN, J. Tradition, genuine or spurious. *Journal of American Folklore*, v. 97, n. 385, p. 273-290, 1984.
44. HILGERT, Caroline; NOLAN, Michael. Indígenas em conflito com a lei: a criminalização dos povos indígenas no Brasil através do judiciário. *Anais, RELAJU*, 2016.
45. HOBBSBAWM, Eric. *Sobre história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
46. JUNQUEIRA, Carmem; PAIVA, Eunice. La legislación brasileña y las poblaciones indígenas en Brasil. In: STAVENHAGEN, Rodolfo (Dir.). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988, p. 213-238.
47. KRAUTLER, Erwin. Com a terra, o céu murchou. In: RANGEL, Lúcia Helena et al. (Coord.). *Violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2013*. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2013.
48. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

49. LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção de incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1998*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
50. \_\_\_\_\_. *Volveré, y seré millones: contribuições descoloniais dos movimentos indígenas latino americanos para a superação do mito Estado-Nação*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
51. LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Rio de Janeiro: 34, 1994.
52. LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
53. LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1995.
54. \_\_\_\_\_. Os povos indígenas na invenção do Brasil: na luta pela construção do respeito à pluralidade. In: LESSA, Carlos (Org.). *Enciclopédia da brasilidade: auto-estima em verde amarelo*, 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra Produção Editorial, 2005.
55. LINNEKIN, J. S. Defining tradition: variations on the Hawaiian identity. *American Ethnologist*, 10 (2): 241-252, 1983.
56. LOPES, Syglea. Reconhecimento aos índios do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. *R. Fac. Dir. UFG*, v. 37, n. 2, p. 66-105, jul./dez. 2013.
57. MAIA, Luciano Mariz. Comunidades e organizações indígenas: natureza jurídica, legitimidade e outros aspectos jurídicos. In: SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas; Sergio Antonio Fabris, 1993.
58. MATOS, Maria Helena Ortolan. *Rumos do movimento indígena no Brasil contemporâneo: experiências exemplares no Vale do Javari*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Departamento de Antropologia, UNICAMP, Campinas, 2006.
59. MOTA, C.; GALAFASSI, B. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: J.T. MIRA; B. RICARDO (Org.). *Makunaima grita!:* Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009. p. 73-125.
60. NEVES, Lino João de Oliveira. A juridificação do processo de de-

- marcação das terras indígenas no Brasil ou Antropologia/Direito: grandes esperanças ou aliados perigosos na regulação social do movimento indígena no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 55, nov. 1999. 61.
- NORDENSKIOLD E. *Exploraciones y aventuras en Sudamerica*. La Paz: Apoyo para el Campesino Indígena del Oriente Boliviano (APCOB), 2001.
62. O'DWYER, Eliane Cantarino. Projeto modernizador de construção da nação e estratégias de redefinição do estado e suas margens. In: ZHOURI, Andrea; VALENCIO, Norma (Org.). *Formas de matar, de morrer e de resistir*. 1. ed. Belo Horizonte: Humanitas/UFMG, 2014. v. 1, p. 79-94.
63. PACHECO DE OLIVEIRA, João. Uma etnologia dos índios misturados? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana: Estudos de Antropologia Social*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 47-77, 1997.
64. \_\_\_\_\_. *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.
65. \_\_\_\_\_. Introdução. In: PACHECO DE OLIVEIRA, João; MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa da (Org.). *Laudos antropológicos em perspectiva*. Brasília: ABA, 2015.
66. PARAISO, Maria Hilda Baqueiro. Krenak. *Enciclopédia eletrônica dos povos indígenas brasileiros*, São Paulo, 1999.
67. 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*, ano 4, n. 5, 2017.
68. PEREIRA, Deborah Duprat de B. O direito sob o marco da pluri-étnica/multiculturalidade. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Pareceres jurídicos: direito dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.
69. PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (século XVI a XVIII). In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992.
70. RAMOS, Alcida Rita. *Projetos indigenistas no Brasil independente*. Brasília, 1999. Série Antropologia, n. 267, p. 2-15.
71. RESENDE, Ana Catarina Zema. *Direitos e autonomia indígena no*

*Brasil (1960/2010): uma análise histórica à luz da teoria do sistema mundo e do pensamento decolonial. Tese (Doutorado em História), Universidade de Brasília, Brasília, 2014.*

72. RODRIGUES, Guilherme Tavares Marques. *Antropologia e direito: a justiça como possibilidade antropológica. Doutorado em Ciências Sociais. Marília: UNESP, 2010.*

73. ROSA, Marlise Mirta. A centralidade da questão territorial nas ofensivas legislativas contra os povos indígenas. *Estudos Sociedade e Agricultura*, v. 24, n. 1, p. 183-208, abr. 2016.

74. SANTANA, Carolina. Direitos territoriais indígenas: o Poder Judiciário contra a Constituição. *Anais ENADIR*, 2015.

75. SANTILLI, Márcio. Os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: *Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90*. São Paulo: CEDI. 1991.

76. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

77. SCHETTINI, Andrea. Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos*, v. 9, n. 17, dez. 2012.

78. SCHNEIDER, Giselda; VERAS NETO, Francisco. A regularização das terras indígenas e os dados do relatório da violência contra os povos indígenas no Brasil. In: *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

79. SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 28, n. 1, p. 157-178, 2016.

80. SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

81. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 2005.

82. SILVEIRA, Domingos. Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: GEDIEL, J. (Org.). *Direitos em conflito*. Curitiba: Kairós. 2015.

83. SILVEIRA, Edson Damas da. Meio Ambiente, terras indígenas e defesa nacional. In: *Direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010.

84. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999.
85. \_\_\_\_\_. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: BARROS-HOFFMAN, Maria. *Além da tutela, bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.
86. \_\_\_\_\_. Capítulo VIII – Dos Índios. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*, Série IDP, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2147-2158.
87. SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
88. TAULI-CORPUZ, Victoria. *Relatório da missão ao Brasil da relatora especial sobre os direitos dos povos indígenas*. Genebra: Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 8 ago. 2016.
89. TODOROV, Tzevetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
90. TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. *Povos indígenas e tribais: guia para a aplicação da Convenção n.169 da OIT*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999.
91. TUSHNET, Mark. *Why the Constitution matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.
92. VANSINA, Jan. La tradizione orale e la sua metodologia. In: KI-ZERBO, Joseph (Ed.). *Storia generale dell'Africa*. Milan: Jaca Book, 1987. v. 1: Metodologia e preistoria dell'Africa. p. 165-188.
93. VIEGAS, Daniel Pinheiro. *A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: a territorialização como instituto jurídico-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2015.
94. VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.
95. YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, 2010.
96. ZELIC, Marcelo. Povos indígenas e ditadura militar: subsídios à Comissão Nacional da Verdade 1946-1988. *Relatório parcial 01*, 30 nov. 2012.

# AS ENCRUZILHADAS DAS DEMARCAÇÕES DE TIS: “INTERESSE NACIONAL”, ETNOCÍDIO E GENOCÍDIO

*Quem nos mata são vocês, rápido ou aos poucos.  
Nós estamos morrendo e cada barragem mata mais.*  
(Carta n. 1 da Ocupação de Belo Monte)

LUÍSA PONTES MOLINA<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo tem como fio condutor o conflito em torno da regularização fundiária da Terra Indígena (TI) Sawré Muybu (do povo Munduruku, no médio rio Tapajós) e a investida de megaprojetos de infraestrutura sobre a bacia Tapajós-Teles Pires – como usinas hidrelétricas, hidrovias e portos. Ao tratar da arena complexa desse conflito, será dado destaque àquilo que a crítica munduruku aponta como operações do tipo “faz de conta”, a partir das quais determinados órgãos do governo federal passam a ignorar a presença indígena naquelas áreas e, assim, a abrir caminho aos planos de exploração intensiva dos seus “recursos”. Ligada a essa noção está outra, também apresentada neste texto, segundo a qual os direitos territoriais indígenas – e os processos administrativos referentes a eles, como o de uma demarcação de terra – não raro são objetos de jogos de improviso. Ao introduzir essas duas noções – e partindo da inseparabilidade entre “terra” e “vida”, afirmada nos discursos indígenas –, este artigo buscará argumentar

---

<sup>1</sup> Luísa Molina é pesquisadora da Universidade de Brasília, vinculada ao Laboratório de Antropologias da T/terra. Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social dessa mesma instituição, desenvolve pesquisa sobre relação entre povos indígenas e terra, com enfoque nos debates em torno dos conceitos de genocídio e etnocídio para pensar impactos de megaprojetos de hidreletricidade. É mestre em antropologia social também pela Universidade de Brasília, com dissertação intitulada *Terra, luta, vida: autodemarcações indígenas e afirmação da diferença*.

que a garantia da demarcação de uma terra é condição para a própria existência e autodeterminação dos povos indígenas. Defenderá ainda que, inversamente, os projetos de barramento de rios amazônicos são de fato promotores de morte. Partindo de elaborações indígenas a esse respeito, buscará contribuir para a recente recuperação do conceito de “etnocídio” por promotores e juízes, sugerindo uma ampliação do seu escopo ao abrigá-lo sob o conceito de genocídio.

**Palavras-chave:** Terras indígenas. Hidrelétricas. Etnocídio. Genocídio.

## ABSTRACT

The present article is based on the conflict surrounding the land regularization of the Indigenous Land (TI) Sawré Muybu (from the Munduruku people in the Middle Rio Tapajós) and the inflow of mega-projects on the Tapajós-Teles Pires basin – such as hydroelectric plants, Waterways and ports. In dealing with the complex arena of this conflict, emphasis will be placed on what critique munduruku points to as “pretending” operations, from which certain organs of the federal government ignore the indigenous presence in those areas and thus make way intensive exploitation of their “resources”. Linked to this notion is another, also presented in this text, according to which indigenous territorial rights – and administrative processes related to them, such as land demarcation – are often objects of improvisational games. In introducing these two notions – and starting from indigenous elaborations about the inseparability between “land” and “life” – this paper will seek to argue that the guarantee of the demarcation of a land is a condition for the very existence and self-determination of the indigenous peoples. We will also argue that, conversely, the Amazonian river bus projects are in fact death promoters. Based on indigenous elaborations in this regard, we will seek to contribute to the recent recovery of the concept of “ethnocide” by prosecutors and judges, suggesting an extension of its scope by sheltering it under the concept of genocide.

**Keywords:** Indigenous lands. Hydropower plants. Genocide. Ethnocide.



## SUMÁRIO

1. Introdução
    - 1.1. O conflito no Tapajós
  2. “Faz de conta” e “improvisação estatal”
  3. Etnocídio e genocídio indígena
  4. Etnocídio, genocídio, Belo Monte e barragens do Tapajós
  5. Considerações finais
- Referências

### 1. INTRODUÇÃO

Em junho de 2015, o juiz federal Ilan Presser, da Seção Judiciária do Pará, subseção de Itaituba/PA, confirmou a sentença segundo a qual o governo federal estaria proibido de seguir com o licenciamento ambiental da usina hidrelétrica (UHE) São Luiz do Tapajós, sem antes realizar a consulta pública às populações afetadas pela obra. Proferida em resposta a uma ação civil pública (ACP) com pedido de liminar<sup>2</sup>, apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF), a decisão de Presser – premiada<sup>3</sup>, em fevereiro de 2017, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – chama a atenção, entre outros pontos, para a *potencial etnocida* que a recusa a consultar esses povos apresenta:

um amplo processo democrático de participação popular convive não só com a possibilidade de ouvir, mas também de *ter participação efetiva* nas soluções que emergirão da soma de estudos técnicos completos, o que se dá, entre outras medidas, através da efetivação do direito de consulta. É isso que se espera de uma Administração Pública dialógica, *atenta aos efeitos colaterais de suas políticas públicas sobre os chamados stakeholders, que são todas as partes afetadas pelo empreendimento*. Nessa quadra, não se pode ignorar a assertiva de que a vontade da Convenção 169 da OIT, e do art. 231, § 3º, da Constituição é de, a partir do *exercício do direito de consulta, seja permitida a preservação e fomento do multiculturalismo; e não a produção de um assimilacio-*

<sup>2</sup> Processo n. 0003883-98.2012.4.01.3902 – Vara Única de Itaituba.

<sup>3</sup> O prêmio é uma parceria do CNJ e da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), cujo foco é distinguir “decisões judiciais que manifestaram atuação do Judiciário na proteção da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais”. Para mais, ver “Juiz federal da Seção Judiciária do Pará tem sentença premiada pelo CNJ”. Disponível em: <<http://advocaciafg.adv.br/site/juiz-federal-da-secao-judiciaria-do-para-tem-sentenca-premiada-pelo-cnj/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

*nismo e integracionismo, de matriz colonialista, impostos pela vontade da cultura dominante em detrimento dos modos de criar, fazer e viver dos povos indígenas, que corre o grave risco de culminar em um etnocídio.* (PRESSER, PROCESSO n. 3883-98.2012.4.01.3902, 2015:44-45. Ênfases acrescentadas).

O presente artigo versa sobre o conflito entre a regularização fundiária da Terra Indígena (TI) Sawré Muybu, do povo Munduruku, no médio curso do rio Tapajós, e os planos de aproveitamento hidrelétrico da bacia Tapajós-Teles Pires – com especial foco na UHE São Luiz do Tapajós, prevista para a exata região daquela TI.<sup>4</sup> Ao apresentar esse caso e a complexa arena na qual ele se dá, discutirei três problemas específicos: a proposição, contida em documentos publicados pelo povo Munduruku, de que o governo brasileiro estaria operando por “faz de conta” no caso do conflito supracitado; a possibilidade de estender a afirmação anterior, ao articulá-la com a noção de “improvisação estatal” (NASCIMENTO, 2016) – que expressa determinados modos como, historicamente, forças hegemônicas têm influenciado a lida do Estado-Nação em relação aos direitos de minorias; e, finalmente, como as noções de “faz de conta” e “improvisação estatal” revelam um determinado caráter da política estatal (e suas alianças com setores como os do agronegócio, da mineração e da hidreletricidade) voltada para a exploração predatória do solo, do subsolo, dos rios e da floresta brasileira. Meu objetivo é argumentar que esse caráter da política estatal não é apenas etnocida, mas também genocida, uma vez que, para os povos afetados por tais políticas, não se separam, de partida, “vida” e “cultura”, por exemplo. Para elaborar esses pontos, mobilizarei, junto ao caso munduruku<sup>5</sup> e à literatura especializada, o caso de uma ação civil pública acerca do processo de etnocídio, no contexto da UHE Belo Monte, e as cartas publicadas no contexto da ocupação (realizada em 2013) do canteiro de obras dessa mesma usina.

<sup>4</sup> Este artigo é um dos resultados de minha dissertação de mestrado, defendida em fevereiro de 2017 no Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade de Brasília (cf. MOLINA, 2017a).

<sup>5</sup> Faço notar: quando um etnônimo está grafado como tal – i.e., como nome próprio –, utilizo iniciais maiúsculas (como em Munduruku, por exemplo); quando está na posição de adjetivo (como “o caso munduruku”, “a estratégia munduruku” etc.), utilizo minúsculas.

## 1.1 O conflito no Tapajós

No meio de um novo ciclo de exploração da Amazônia (no qual projetos de usinas hidrelétricas desenhados durante a ditadura militar foram requeitados pelo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), os Mundurucus do médio Tapajós deram início à autodemarcação da TI Sawré Muybu (parte do território Daje Kapap Eypi<sup>6</sup>). Tendo acompanhado de perto a ação avassaladora da primeira fase do PAC no rio Xingu, com a implementação a qualquer custo da hidrelétrica de Belo Monte, símbolo do neodesenvolvimentismo petista e da força política das empreiteiras e das empresas estrangeiras sobre a frágil legislação ambiental –, e sabendo que os olhos desses mesmos agentes estavam voltados para o Tapajós, considerado “a última grande fronteira energética da Amazônia”, os Mundurucus se viram no meio de uma encruzilhada. De um lado, interesses políticos e econômicos (transversais aos diferentes níveis da administração pública e às tantas empresas às quais os governos se aliam) empenhados em construir 43 hidrelétricas na bacia Tapajós-Teles Pires, incluindo os rios Juruena e Jamanxim. De outro, um aparato jurídico e administrativo de proteção dos direitos de povos originários e de comunidades tradicionais extremamente suscetível à força daqueles interesses.

Essa assimétrica encruzilhada se manifestou, para os Mundurucus, no imbróglio em torno da demarcação de Sawré Muybu e das demais TIs do médio Tapajós – Sawré Apompu e Sawré Juybu (ainda em processo de identificação). O processo referente à primeira terra (que poderá ser totalmente destruída caso São Luiz do Tapajós, a maior das 43 usinas do complexo Tapajós, saia do papel) ficou estacionado na Funai por anos; embora o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), peça técnica que embasa o reconhecimento da área, concluído desde setembro de 2013, não deixe dúvidas quanto à ocupação tradicional da TI, apenas em 19 de abril de 2016 o relatório foi oficialmente publicado e encaminhado para as etapas seguintes. O motivo: uma vez homologada, Sawré Muybu pode inviabilizar a realização de São Luiz do Tapajós, pois obrigaria o Estado a remover

<sup>6</sup> Sawré Muybu é o nome pelo qual a área em disputa ficou conhecida pelos não indígenas. Refere, pois, a TI em processo de demarcação. Daje Kapap Eypi é o nome dado pelos Mundurucus para todo o território tradicional, que ultrapassa a área da TI em muitos sentidos.

os índios, descumprindo o que manda o artigo 231 da Constituição Federal (CF).

E “tem órgãos dentro do governo que têm como prioridade, sim, construir hidrelétrica”, disse, em setembro de 2014, durante uma reunião com lideranças mundurukus, a antropóloga e então presidente da Funai Maria Augusta Assirati. “Isso é uma estratégia de governo” – ela disse ainda, em tom de desculpas, ao explicar como diferentes órgãos federais haviam se inserido no processo<sup>7</sup> de regularização fundiária de Sawré Muybu. Ao fazê-lo, a antropóloga não deixou dúvidas quanto às disputas por trás dessa lentidão velada e quanto aos reais motivos para o atraso no processo (distintos da justificativa oficial do órgão indigenista, segundo o qual não seria possível publicar o RCID por falta de orçamento e planejamento):

Quando a gente conseguiu concluir o relatório, existia um conjunto de questões que estavam sendo decididas na região que fizeram com que (...) outros órgãos do governo passaram a também discutir essa proposta de relatório, discutir a situação fundiária da região. Por quê? Porque vocês sabem que ali tem uma proposta de se realizar um empreendimento hidrelétrico (...) que vai contar com uma barragem pra geração de energia, e essa barragem tá muito próxima da terra de vocês. (Apud BRUM, 2014).

Dois meses depois da reunião com Assirati, de posse dos mapas do RCID e mobilizando guerreiros do alto ao baixo Tapajós, além de apoiadores não indígenas, os Mundurukus deram início à autodemarcação de Daje Kapap Eypi – um processo que segue em curso, por compreender não apenas a delimitação física dos perímetros da TI como também o monitoramento constante deles.<sup>8</sup> Realizadas com recursos próprios e apoios logísticos pontuais de organizações indi-

<sup>7</sup> Em 2001 foi constituído um Grupo de Trabalho (GT) com o objetivo de levantar informações acerca de aldeias mundurukus ao longo do rio Tapajós e fornecer subsídios para estudos futuros de identificação e delimitação (ALMEIDA, 2001). A partir daí, áreas habitadas pelos Mundurukus no médio curso do Tapajós – entre elas, Sawré Muybu – foram incluídas nas demandas por regularização fundiária. Entre 2007 e 2008 foram feitos os primeiros levantamentos dessa natureza, mas o RCID, que apresentaria os resultados desses estudos, nunca foi entregue ao órgão indigenista pela antropóloga que coordenava o GT (FUNAI, 2013, p. 13). Os Mundurukus só tiveram notícias do andamento desse processo em 2012, quando um novo GT foi criado, visando retomar os estudos etno-históricos, antropológicos, ambientais e cartográficos (id., p. 15), que foram concluídos em setembro do ano seguinte.

<sup>8</sup> Sobre as lutas do povo Munduruku frente aos megaprojetos que miram as suas terras e o rio Tapajós, ver o trabalho de Loures (2017) junto ao Movimento Munduruku Iperëğ Ayü.

genistas e ambientalistas, ocorreu em duas etapas. Na primeira, as expedições mais longas reuniram cerca de 20 guerreiros do alto ao baixo Tapajós (além de mulheres, responsáveis pela alimentação nos acampamentos, e dos apoiadores), e as mais curtas cerca de 10 pessoas. A segunda etapa, realizada de 2 a 23 de julho de 2015, reuniu cerca de 60 pessoas – dessas, 50 eram guerreiros mundurucus do médio e alto Tapajós, vindos de 10 aldeias. Em ambas as etapas, os índios contaram com o apoio de lideranças de Montanha e Mangabal, um Projeto de Assentamento Agroextrativista (PAE) cuja área coincide com aquela prevista para outra usina do complexo hidrelétrico do Tapajós: a UHE Jatobá.

O complexo do Tapajós segue “a onda maciça de construção de UHEs, com planos que preveem converter quase todos os afluentes do rio Amazonas em cadeiras de reservatórios”, conta-nos Philip Fearnside (2016, p. 80), que mostra como a sobreposição dos reservatórios projetados e de áreas protegidas figura entre os impactos das barragens na bacia do Tapajós – o que levou o governo federal a investir (por meio da edição da Medida Provisória n. 558, que não tardou a se converter em lei) na desafetação de Unidades de Conservação (UCs) “mesmo antes das barragens serem avaliadas e licenciadas”.

A UHE São Luiz do Tapajós está projetada para se estender por 123 km do rio Tapajós e 76 km do rio Jamanxim, ocupando uma área fluvial de 729 km<sup>2</sup> e inundando 376 km<sup>2</sup> (BOAVENTURA, 2016, p. 294). E é nessa área que se situa a TI Sawré Muybu, cujos habitantes “compõem o vasto palimpsesto de ocupações humanas na bacia [do Tapajós]” (ROCHA; OLIVEIRA, 2016, p. 407) – ocupações essas largamente documentadas na literatura histórica e arqueológica. Ou seja: para sair do papel, o empreendimento precisaria remover os índios de suas terras, descumprindo o que estabelece a CF de 1988, segundo a qual só é possível remover comunidades indígenas de suas terras “em caso de catástrofe ou epidemia que ponham em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional”. Não é esse o caso de Sawré Muybu, como comenta Camões Boaventura, procurador da República no Pará:

Não se trata de catástrofe ou epidemia – aliás, catastróficas serão as consequências derivadas da instalação da UHE. Nem mesmo se pode afirmar que a obra é imperiosa para o interesse da soberania nacional, já que nem todas as situações que supostamente traduzem tal interesse podem

ensejar a remoção de populações indígenas. Tal expressão – “interesse de soberania do país” – deve ser interpretada de forma restritiva, no afã de se evitar distorções e o afastamento da real intenção do constituinte. (...) A UHE São Luiz do Tapajós, definitivamente, não encarna a “soberania nacional”. Muito pelo contrário: trata-se de uma obra caríssima, com resultados pífios em termos de geração de energia, sobretudo quando existem no Brasil meios mais eficazes e viáveis de produção energética. (BOAVENTURA, 2016, p. 297-299).

Foquemos, por hora, no que disse Assirati sobre precisar discutir a “proposta de relatório” com outros órgãos. Mais importante do que a existência ou não de um debate interno ao governo (já que não é raro o choque entre reivindicações fundiárias indígenas e interesses de outras naturezas em áreas de TIs) é a escandalosa interferência política (feita pelo próprio governo federal) em um processo administrativo regido por sistemáticas normativas próprias. Como se sabe, o decreto que rege a regularização de TIs no Brasil atualmente determina um prazo específico para a publicação do resumo do RCID no *Diário Oficial da União (DOU)* pela presidência da Funai e estabelece um período de até noventa dias após essa publicação para que eventuais interessados (estados, municípios e outros) possam apresentar contestações ao relatório.

Ou seja: não só estava a Funai descumprindo a lei ao não publicar o RCID de Sawré Muybu no prazo previsto, como os órgãos e atores interessados na interrupção do processo demarcatório buscaram driblar duplamente as determinações do decreto, interferindo em etapas do processo de regularização que competem exclusivamente à Funai (aprovação e publicação do RCID no *DOU*) e ignorando a etapa das contestações, que lhes cabia propriamente. Algo soa familiar nessa interferência: ecos de um tempo em que a Funai era tão pouco autônoma para demarcar TIs quanto se revelaria impotente a sua presidente décadas depois. Trata-se de ecos da orientação governamental sobre os assuntos fundiários durante o regime militar no Brasil. É nesse período que, por exemplo, foi inserida a figura de um Grupo de Trabalho Interministerial nos processos de regularização fundiária de TIs, seguindo o intuito de controlar esses processos e assegurar que interesses diversos dos indígenas fossem, para usar um eufemismo, *levados em conta*.

Mas não param aí os ecos da ditadura na atuação do governo federal em relação à demarcação de Sawré Muybu, ao complexo do Tapajós e, mais amplamente, aos projetos de barragens na Amazônia –

eles mesmos criados no bojo do desenvolvimentismo das décadas de 1960 e 1970. Refiro-me especificamente à adoção, por parte da Justiça Federal, de um dispositivo proveniente do ordenamento jurídico do regime militar para garantir a continuidade dos processos de licenciamento ambiental de usinas hidrelétricas: a *suspensão de segurança*, que dá ao presidente de um tribunal superior poderes de suspender ordens judiciais – sem exame de mérito, “sem que o assunto de fundo seja debatido” (OLIVEIRA; VIEIRA, 2016, p. 247). Criado em 1964, esse instrumento pode ser utilizado sob a alegação de *lesão à ordem* ou *à economia pública*: “conceitos *juridicamente indeterminados*”, empregados para expressar uma ideia de que, estando o Brasil em uma “crise na oferta de energia”, as hidrelétricas na Amazônia são indispensáveis, e a interrupção do licenciamento ou das obras dessas usinas, uma ilegalidade (id., p. 250). Trata-se de “um fator de desequilíbrio processual em favor do Estado” (id., p. 248), comentam Rodrigo Oliveira e Flávia Vieira, para quem “o Judiciário deixou de atuar como poder contramajoritário” nos casos do Tapajós, furtando-se de defender os direitos de minorias, “ao impedir o acesso de grupos vulneráveis e vítimas de violações de direitos às garantias judiciais asseguradas pela liminar suspensa”. Trata-se de uma “opção política estatal de desenvolvimento pautada no neoextrativismo”, de consequências desastrosas para as terras e os povos indígenas (id., p. 252).<sup>9</sup>

Um dos casos de emprego desse instrumento no contexto do Tapajós é o da decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em agosto de 2015, quando, suscitado pela representação jurídica da Funai a utilizar a suspensão de segurança, inviabilizou uma sentença (concedida em primeira instância) que obrigava o órgão indigenista a seguir com a regularização fundiária de Sawré Muybu. A sentença ora suspensa respondia a um pedido feito pelo MPF, em março de 2015, de antecipação da demarcação de Sawré Muybu e de indenização aos Mundurucus por danos morais coletivos – decorrentes da interrupção do processo de regularização dessa TI, que tornava a área mais suscetível de ser invadida e explorada de forma predatória. “Há uma infeliz inversão de valores no Estado brasileiro”, diz o pedido de julgamento antecipado, que questiona: “Por que razão suplantar

<sup>9</sup> Sobre a suspensão de segurança, ver também Trindade et al. (2016); Almeida e Figueiredo (2015); Guetta (2015).

as leis, em especial a Constituição Federal de 1988, e condicionar um direito absoluto a interesses e atores estranhos ao procedimento normatizado?” (MPF, 2015a).<sup>10</sup>

Cumpra-se notar que os réus da ação – Eletrobras, Eletronorte, Aneel e Ibama – alegaram falta de conhecimento sobre as comunidades indígenas e ribeirinhas que serão afetadas por São Luiz do Tapajós, buscando, além disso, “sustentar a tese de que não há impacto sobre populações indígenas e tradicionais porque não há terras indígenas demarcadas na área de impacto direto do empreendimento” (id., *ibid.*). Não obstante, justamente por não apresentar uma análise consistente de viabilidade socioambiental – na qual figura, com destaque, o chamado “componente indígena” –, o Ibama arquivou em 4 de agosto de 2016 o processo de licenciamento de São Luiz do Tapajós. Para isso, baseou-se em uma recomendação do MPF (que argumenta acerca da inconstitucionalidade do projeto, tendo em vista que ele implicaria a remoção forçada dos Mundurucus) e em pareceres da Funai e do próprio Ibama.

No sentido da invisibilidade da ocupação indígena e ribeirinha na região, é importante mencionar, ainda, os esforços do Serviço Florestal Brasileiro (SFB) e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) em colocar para leilão as Florestas Nacionais (Flonas) de Itaituba I e II – tais esforços também foram objeto de ações judiciais impetradas pelo MPF e de mobilizações contrárias por parte dos Mundurucus. Ainda que a primeira Flona seja fronteira a Sawré Muybu e a área da segunda coincida com a da TI – sendo que essa sobreposição já está assinalada no RCID da TI (FUNAI, 2013, p. 10) –, o Plano de Manejo de ambas as florestas ignora a existência de aldeias indígenas em seu interior. *Ignorando-as*, então, em novembro de 2014 – mais de um ano depois da conclusão do RCID de Sawré Muybu.

---

<sup>10</sup> Este é apenas um dos processos judiciais abertos pelo MPF (ecoando os interesses dos Mundurucus) no contexto do conflito em torno de Sawré Muybu e de São Luiz do Tapajós. Há uma síntese sobre essa atuação em Boaventura (2016); contudo, o assunto mereceria análise mais extensa, aliada a uma discussão de fôlego acerca da arena mesma desse conflito – seus diversos atores e respectivos modos próprios de fazer política –, de forma a nos permitir vislumbrar as operações ali realizadas com e a partir do direito. Creio que esse seja um caminho interessante para explorar de forma consistente aquilo que vislumbramos aqui como “faz de conta do Estado”.



## 2. “FAZ DE CONTA” E “IMPROVISACÃO ESTATAL”

Observemos a recorrência de certas elaborações narrativas, casadas a estratégias e arranjos políticos (no sentido empregado por Assirati, visto acima) de atores e órgãos do governo federal, para levantar algumas questões iniciais sobre os modos de operação das normas, categorias e processos estatais. De partida, temos a assumida interferência de órgãos outros, que não aquele designado por lei, sobre o reconhecimento da TI Sawré Muybu como terra tradicionalmente ocupada pelos Mundurukus. Ao impedir a aprovação da delimitação da área e os estudos sobre a ocupação indígena ali, com a publicação do RCID no *DOU*, inviabiliza-se a aferição de possíveis impactos do projeto hidrelétrico sobre a TI – uma vez que a publicação do RCID tornou-se condição para o levantamento de impactos sobre os índios e suas terras, pelos estudos de licenciamento ambiental, a partir da edição de uma Portaria Ministerial em 2011, como ainda veremos. Além disso, torna-se possível declarar a inexistência de impactos sobre povos e TIs, uma vez que não haveria TIs reconhecidas na área do empreendimento. A *condição de existência* da usina no médio Tapa-jós, portanto, é ela mesma *condicionada* pela *suposta inexistência* da ocupação indígena ali.

Em outras palavras, há (específica mas não exclusivamente) no caso da regularização de Sawré Muybu e do leilão das Flonas uma espécie de jogo de luz e sombra que, ao ocultar a presença indígena para que se possa dar visibilidade ao “aproveitamento hidrelétrico” e à “exploração de recursos naturais”, promove a passagem de um conceito de terra (centrado na habitação indígena, em seus múltiplos aspectos) para outro, centrado na exploração madeireira e nas UHEs. Menos do que discutir o Estado como entidade empírica – isto é, menos do que me ater às diferentes formas de agir de seus órgãos, aos conflitos de interesse que se dão em seu âmago etc. –, pretendo chamar a atenção para as operações que no seu âmbito são realizadas, como “fazer de conta” que uma determinada área é inabitada, por exemplo. É desse “faz de conta” que trata a segunda *Carta da autodemarcação de Daje Kapap Eypi*, publicada pelos Mundurukus em 24 de novembro de 2014. Diz ela:

Como o Governo, o Serviço Florestal Brasileiro e o ICMBIO vai explicar que está preparando um leilão da Flona, ignorando, *fazendo de conta*

*que não sabe* que tem uma terra indígena identificada? (...) A intenção do governo de expulsar os Munduruku de seu território milenar não é de hoje. Primeiro ele *esqueceu por décadas que nessa região existem populações*: indígenas, seringueiros, pescadores, agricultores, ribeirinhos e outros; segundo, passa como um trator de esteira por cima da lei (...). Na região do Tapajós enquanto todos os dias se mata mais e mais florestas, com os madeireiros invadindo os Parques e Flonas, inclusive a terra que estamos autodemarcando, enquanto aumenta a quantidade de balsas de garimpo matando o rio Tapajós, bem em frente ao Parque Nacional da Amazônia, o governo se preocupa em atacar o povo Munduruku, e a negar o nosso direito da terra tradicional.<sup>11</sup>

“Ao menos desde o século XVIII, a ocupação humana do alto Tapajós é documentada. Ainda assim, até hoje, não falta quem insista – por ignorância ou má-fé – em sua inexistência”, afirma o pesquisador Maurício Torres (2016, p. 3). Mostrando a insistência de funcionários do Ministério de Minas e Energia (MME) em afirmar que o complexo do Tapajós está projetado para uma área inabitada, Torres nos permite ver a ligação direta entre esses discursos – pronunciados em 2012, 2013 e 2014 – e aqueles que buscavam defender a política dos governos militares de “ocupação” da Amazônia:

Muito antes de os tecnocratas do MME negarem até a existência da gente do vale do Tapajós, no início dos anos de 1970, quando o regime militar decidiu que a Amazônia seria “ocupada” como saída para a grave crise social das regiões Sul e Nordeste, criando o embrião dos atuais projetos hidrelétricos, Emílio Garrastazu Médici teria proclamado: “terra sem povo para um povo sem terra” (Torres, 2005; Cunha, 2009). Ao que parece, o ditador e os tecnocratas de hoje, convenientemente, não consideram como gente os indígenas, quilombolas, ribeirinhos, varzeiros e citadinos da região. Como no período colonial, a região é esvaziada pelo discurso, em um esforço para se “justificar” a expropriação territorial e o solapamento dos modos de vida desses grupos. (TORRES, 2016, p. 15).

O que desejo enfatizar com o exposto até aqui é a persistência de elementos daquilo que Sandra Nascimento (2016) chama de “improvisação estatal”: uma “atitude política de fazer arranjos estruturais oportunistas, tecnicamente frouxos e dissociados de um plano/programa mais consistente” (p. 82). A autora argumenta que, a partir do “controle legal da situação de existência dos povos indígenas” – com a criação

<sup>11</sup> “II carta da autodemarcação – o governo ataca contra a demarcação da terra indígena Sawré Muybu preparando o leilão da Flona Itaituba I e II”. Disponível em: <<https://autodemarcacaonotapajos.wordpress.com/2014/11/24/carta-ii-da-autodemarcacao/>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

de artifícios para “redefinir conceitos, inventar classificações, forjar realidades e recriar estratégias de dominação cultural” –, essa improvisação perpetua a “alienação dos indígenas” (p. 90). Digo que há, no caso de Sawré Muybu, *elementos* de “improvisação estatal” porque, em primeiro lugar, o jogo de luz e sombra evocado acima<sup>12</sup> chama a atenção para algo de fundo mais complexo, parece-me: o próprio *faz de conta* indicado pelos Mundurucus em sua carta – e discutido em maior fôlego nas próximas páginas. Em segundo lugar, e ainda que nesse contexto tenham sido editadas medidas provisórias (MPs) e portarias que minimizem eventuais empecilhos a projetos hidrelétricos<sup>13</sup>, os “arranjos estruturais” me parecem ser secundários em relação à “estratégia de governo”. Esta opera um “controle legal” da “situação de existência” de Sawré Muybu pela manipulação dos processos administrativos e dos ditames legais, buscando consolidar-se através de pretensas brechas nas disposições normativas e cuidando para que eventualmente essas disposições não se voltem contra ela. Em suma: para não produzir provas contra si mesmo e seus objetivos, digamos, *estratégicos*, o governo brasileiro lança mão do ardid de não reconhecer a ocupação tradicional munduruku numa região de tão rico “potencial hidrelétrico”.

Estella Libardi (2016) considera o caso de Sawré Muybu exemplar para pensar a orientação do governo “para implantar empreendimentos que afetam os territórios indígenas”, na medida em que essa orientação se expressa também na morosidade dos processos de demarcação de TIs, “uma vez que, enquanto permaneçam em estudo, esses territórios serão, em tese, desconsiderados no processo de licenciamento, ao se aplicar os parâmetros da portaria interministerial [n. 419/2011]” (p. 19). Editada em 2011 e mantida em 2015 (na figura da Portaria Interministerial n. 060 de 24 de março de 2015), o instrumento ao qual a autora se refere trata, entre outras coisas, da regulação dos órgãos federais envolvidos em processos de licenciamento ambiental (Funai, Funda-

<sup>12</sup> O que, na verdade, é mais do que luz e sombra, pois visibilizar/ocultar ainda supõe uma espécie de coexistência, quando as disputas ali parecem dizer respeito, em última instância, ao que pode existir de fato: terra indígena, hidrelétrica, Flona leiloada (sendo que a primeira e a segunda se excluem mutuamente).

<sup>13</sup> Como a já citada MP n. 558/2012 – cujo objetivo era reduzir a extensão das unidades de conservação (UCs) que “atrapalhariam” as UHEs (PALMQUIST, 2016, p. 341) – e as Portarias Interministeriais n. 419/2011 e n. 060/2015, que versam sobre as terras indígenas e quilombolas consideradas nos processos de licenciamento ambiental.

ção Cultural Palmares, Iphan e Ministério da Saúde). Além disso – e este é o ponto para o qual desejo chamar mais atenção aqui, seguindo ainda o argumento de Libardi –, a portaria estabelece que as TIs e as terras quilombolas estritamente consideradas pelo licenciamento *serão aquelas que tiveram os seus estudos publicados no DOU*; isto é:

a) áreas ocupadas por povos indígenas, cujo relatório circunstanciado de identificação e delimitação tenha sido aprovado por ato da FUNAI, publicado no Diário Oficial da União; b) áreas que tenham sido objeto de portaria de interdição expedida pela FUNAI em razão da localização de índios isolados, publicada no Diário Oficial da União; e c) demais modalidades previstas no art. 17 da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973; XIII – terra quilombola: área ocupada por remanescentes das comunidades dos quilombos, que tenha sido reconhecida por RTID *devidamente publicado*. (BRASIL, 2015. Ênfases acrescentadas).

Libardi mostra ainda que a primeira edição desse instrumento se deu apenas alguns meses após a conclusão de um levantamento voltado para possíveis impactos de aproveitamentos hidrelétricos em TIs, intitulado “PAC 2 e as Terras Indígenas – Geração” (2016, p. 15). Realizado pela Funai, esse levantamento aponta doze casos de “interferência” desses empreendimentos na região Norte – sinalizando, no caso das terras mundurucus ainda em processo de identificação, que os estudos de licenciamento poderiam encontrar “problemas” do ponto de vista dos seus “componentes indígenas” (id., p. 13). Não se trata de uma coincidência, evidentemente, mas de um esforço sistemático de driblar entraves e criar vias legais (ou gerir a ilegalidade<sup>14</sup>) para consolidar projetos considerados prioritários pelo Executivo federal. Não à toa foi tão significativo o desfecho do imbróglgio em torno da publicação do RCID de Sawré Muybu, que se deu apenas em 19 de abril de 2016 – às vésperas de se consolidar o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, afastada pelo Senado Federal em 12 de maio do mesmo ano. “[A] crise política desnudou, mais do que nunca, a decisão política do Estado brasileiro de violar os direitos territoriais indígenas”, comenta Libardi (2016, p. 8), mostrando como os avanços observados em alguns processos de TIs no “apagar das luzes” da gestão de Dilma estavam ligados à busca, por parte do governo, de “adotar medidas que ampliassem a sua sustentação social, como atender demandas dos movimentos sociais” (id., *ibid.*).

<sup>14</sup> LEWANDOWSKI, 2017. Comunicação pessoal.

Embora não se trate de um exemplo isolado, o caso de Sawré Muybu é, a meu ver, especialmente revelador dos vetores que atravessam a regularização fundiária de TIs no âmbito mais amplo de uma política de governo: seus programas e projetos, suas diretrizes e (sobretudo, talvez) seus cálculos e negociações com setores e atores extragovernamentais, como o consórcio de empresas chinesas interessadas em São Luiz do Tapajós, por exemplo. A ideia de “improvisação estatal”, embora não me pareça ser suficiente para explorar em profundidade o “faz de conta” do Estado, é interessante para experimentar uma primeira aproximação com essas tramas e seus vetores. Olhemos com maior atenção, portanto, para esse último aspecto, a partir do que mostram os Mundurucus na carta citada anteriormente. Em outro trecho do mesmo documento, os índios dizem:

*Todo mundo sabe que nós povo Munduruku estamos fazendo a autodemarcação de nossa terra Sawré Muybu, conforme os pariwat chamam, e a gente foi pego de surpresa com o edital do Serviço Florestal Brasileiro para fazer o leilão da Flona Itaituba I e II para exploração da madeira de nossa floresta. O governo fala que tem sobreposição da Flona com a nossa terra e que essa é uma das desculpas usadas para o atraso na demarcação, mesmo a gente sabendo que a Constituição Federal define o direito primeiro da terra indígena.<sup>15</sup>*

O primeiro movimento da carta é, portanto, o de marcar a existência de um plano em que coexistem os processos de regularização fundiária e de autodemarcação de Sawré Muybu, dos quais tanto os índios como o governo têm pleno conhecimento, ainda que este *não aja como se* soubesse da autodemarcação (ao agendar o leilão) e da preeminência do direito originário dos índios sobre a terra (ao usar a sobreposição de áreas como “desculpa”). Esse plano comum é inclusive evidenciado nas suas instabilidades e fissuras: no caso do discurso acerca da sobreposição, o governo *age como se* os Mundurucus não soubessem do *status* dos seus direitos; e no caso do leilão, os índios são “pegos de surpresa” pelo agendamento. Ou seja: trata-se de um plano de comunicação em que, apesar de haver um conhecimento compartilhado (e cuja partilha é mutuamente sabida) acerca das questões em pauta, pode-se agir *como se* não se soubesse delas,

<sup>15</sup> “II carta da autodemarcação – o governo ataca contra a demarcação da terra indígena Sawré Muybu preparando o leilão da Flona Itaituba I e II”. Disponível em: <<https://autodemaracaonotapajos.wordpress.com/2014/11/24/carta-ii-da-autodemarcao/>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

ou de aspectos delas. Creio que seja justamente a evidenciação primeira dessa possibilidade de disjunção que permite aos Mundurukus colocar a questão em termos de “fazer de conta” (que é mais do que simplesmente “ignorar” a existência da TI identificada), como vimos exposto no trecho da carta anteriormente citado.

“Como o Governo, o Serviço Florestal Brasileiro e o ICMBIO vai explicar que está preparando um leilão da Flona, ignorando, fazendo de conta que não sabe que tem uma terra indígena identificada?”, questiona a carta. Ali, os índios indagam ainda: “será que as autoridades do Governo e da Justiça Federal podem concordar na preparação de um leilão que vai destruir parte de nossa terra indígena?”. Há dois movimentos especialmente significativos nesses trechos. Primeiro, o destaque ao jogo próprio do *fazer de conta*, que permite ao governo ocultar a presença indígena para afirmar que as Flonas em leilão e a área para onde foi projetada São Luiz do Tapajós não são habitadas por populações humanas. Essa omissão, além de ser um produto e uma expressão da encruzilhada própria na qual esse conflito se dá – em que se confrontam o projeto de aproveitamento hidrelétrico do PAC e, digamos assim, o projeto de *vida* dos Mundurukus –, certamente não se restringe ao caso do leilão (pois não publicar o RCID de Sawré Muybu “permitiria” ao governo fazer de conta que a TI não existia), como não se restringe ao caso do reconhecimento, por parte do governo, da ocupação tradicional munduruku no médio Tapajós.

É ao atacar a *possibilidade mesma* de fazer de conta que a denúncia dos Mundurukus, na forma de incorporação do objeto denunciado, parece dizer algo potente sobre o modo com o qual o governo brasileiro tem lidado com os direitos indígenas. E, ao dizê-lo, *faz* algo potente a respeito: permite que o jogo de luz e sombra da omissão se volte contra o jogador, ao falar a partir do mesmo plano de comunicação deste, *do mesmo jogo*. Fala-se a partir do mesmo plano, mas para evidenciar a inexistência de um plano comum de fato (ou de direito); e joga-se o jogo para traí-lo, para rompê-lo internamente, desde as suas frestas. Vemos aí a possibilidade agindo sobre o cenário e sobre as relações: poder fazer de conta que a TI não existe e a autodemarcação não está sendo feita – e atestar ou não a realidade disso é um problema secundário *nesse momento* – permite que se diga e aja de maneira consoante, e que se apague a agência dos índios.

Com isso, abre-se o segundo movimento crucial, promovido pelo

trecho destacado acima, no qual se insere a pergunta direta, crua, às “autoridades do Governo e da Justiça Federal”: poderiam esses ser coniventes com um leilão que destruiria a terra indígena – aquela terra à qual o futuro do povo Munduruku está inextricavelmente atrelado, como a carta mesma diz? Sem incorrer em exagero, creio que a pergunta, em última instância, diz àqueles a quem se dirige: vocês vão mesmo autorizar que nosso futuro seja destruído? Entendo essa colocação como uma continuidade do modo de enunciação que descortina o jogo de omissão ao evidenciá-lo e denuncia, pela inversão, a ameaça real à qual os índios estão submetidos pela violência do governo. Pois, apenas com essas quebras – e com a afirmação da posição de sujeito dos Mundurukus (aqueles que têm medo; aqueles que existem na terra) –, como uma fratura exposta, é possível fazer ver o que está no âmago da questão.

### 3. ETNOCÍDIO E GENOCÍDIO INDÍGENA

Não é apenas na carta supracitada que a ligação entre terra e vida é sublinhada pelos Mundurukus – como o é por incontáveis outros povos que marcam essa inseparabilidade não como metáfora ou recurso retórico, mas como uma afirmação que precisa ser *levada a sério*. “Sem a terra não sabemos sobreviver”, dizem em outra carta<sup>16</sup>, ainda, os Mundurukus; “Ela é a nossa mãe, que respeitamos. Sabemos que contra nós vem o governo com seus grandes projetos para matar o nosso Rio, floresta, vida”. Há, com efeito, um esforço deliberado, por parte desse coletivo indígena, de mostrar que Sawré Muybu não é qualquer terra. Não poderia sê-lo; não apenas pela “ocupação tradicional” dos índios naquela área, mas também, e sobretudo, porque não ser uma terra qualquer passa pela constituição de um entendimento *sobre o que ela é*. Talvez não exista, do ponto de vista indígena, “qualquer terra”, ou “uma terra qualquer”; talvez o esvaziamento que essa ideia supõe só seja possível em uma lógica que concebe um divisor comum a todas as terras, apagando, de partida, qualquer possibilidade da *multiplicidade como o próprio fundamento* dessa noção (MIRAS, 2015; NODARI, 2007). Ao afirmar categoricamente que a sua terra

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://autodemarcacaonotapajos.wordpress.com/2014/11/18/carta-da-auto-demarcacao/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

e o rio Tapajós não são negociáveis porque a vida não é negociável, como fazem em pronunciamentos públicos (opondo-se, por exemplo, à ideia de compensação ambiental, prevista em megaprojetos como o de São Luiz do Tapajós) e em suas cartas, os Mundurukus não deixam dúvidas quanto ao que para eles está em risco. Existir não é sobreviver, e sobreviver não é suficiente.

Algo muito próximo pode ser observado nas declarações feitas pelos 170 homens e mulheres dos povos Munduruku, Juruna, Kayapó, Xipaya, Kuruaya, Asurini, Parakanã e Arara, que em 2 de maio de 2013 entraram no canteiro da UHE Belo Monte, acompanhados por ribeirinhos e pescadores, e declararam-no *ocupado*. Durante 17 dias (divididos em duas ocupações, ambas naquele mês), as obras de um dos principais e mais controversos empreendimentos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) ficaram paradas. A exigência dos manifestantes era clara: garantir o cumprimento das consultas a povos afetados por grandes empreendimentos, como previsto na CF e na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (da qual o Brasil é signatário). E, enquanto isso, suspender estudos preliminares para a construção de barragens e instalação de outros empreendimentos nas regiões dos rios Xingu, Teles Pires e Tapajós<sup>17</sup>. Aqui, trataremos menos dos acontecimentos no contexto complexo da ocupação e mais dos comunicados divulgados por seus protagonistas – pois também houve uma aposta notável dos índios em produzir cartas, o que nos possibilita dialogar diretamente com elas; pensar com e a partir dos discursos indígenas incorporados nesses documentos.

Nós somos a gente que vive nos rios em que vocês querem construir barragens. (...) Vocês estão apontando armas na nossa cabeça. Vocês sítiam nossos territórios com soldados e caminhões de guerra. Vocês fazem o peixe desaparecer. Vocês roubam os ossos dos antigos que estão enterados na nossa terra. Vocês fazem isso porque têm medo de nos ouvir. De ouvir que não queremos barragem. De entender porque não queremos barragem. Nós queremos dialogar, mas vocês não estão deixando a gente

<sup>17</sup> Como se sabe, a UHE Belo Monte é alvo de mais de vinte ações do MPF, seja pelo processo de licenciamento ambiental (cf. FLEURY, 2013; MAGALHÃES e HERNANDEZ, 2009), seja pelo descumprimento de condicionantes, seja por ecocídio e etnocídio. E a UHE Teles Pires foi realizada sem o cumprimento do chamado “componente indígena”; o direito à consulta prévia, nesse caso, só foi garantido pela Justiça em 2016, depois que a barragem já estava construída.



falar. Por isso nós ocupamos o seu canteiro de obras. Vocês precisam parar tudo e simplesmente nos ouvir.<sup>18</sup>

A resposta do governo federal não podia ter sido mais explícita: “consulta não é sim ou não”, os índios ouviram de Paulo Maldos, então secretário nacional de Articulação Social da Secretaria-Geral da Presidência da República (SGPR). Este, por sua vez, ecoou Gilberto Carvalho, à época ministro da SGPR, segundo o qual as barragens nos três rios eram *inegociáveis*. Esse ponto foi defendido pelo ministro com base em uma articulação argumentativa bastante reveladora, centrada na noção de “interesse nacional” – como não é raro acontecer quando se busca suprimir a singularidade de uma minoria em face de uma maioria englobante (uma operação discursiva e política de potencial marcadamente etno/genocida, como ainda argumentaremos). Em fevereiro daquele mesmo ano, Carvalho disse algo semelhante ao grupo de homens e mulheres mundurukus e kayabis que protestavam contra as hidrelétricas projetadas para o rio Teles Pires, posicionados no lado de fora da cerca que separa o Palácio do Planalto da rua:

Vocês têm duas opções: uma delas é inteligente, é dizer ok, nós vamos acompanhar, vamos exigir nossos direitos, vamos exigir preservação e benefícios para nós. A outra é dizer não. *Isso vai virar, infelizmente, uma coisa muito triste e vai prejudicar muito a todos*, ao governo, mas também a vocês. A hidrelétrica a gente não faz porque quer, *mas porque o país precisa*.<sup>19</sup>

“Vocês querem nos ver amansados e quietos, obedecendo a sua civilização sem fazer barulho”, disseram em carta<sup>20</sup> os ocupantes de Belo Monte, oferecendo uma resposta audaz àquilo que recorrentemente ouviam – seja de forma direta, como da fala supracitada de Gilberto Carvalho, seja de forma indireta, sob a noção (deveras disseminada) do “interesse nacional”. A persistência do “barulho” – feito em tantas e tão diversas línguas, múltiplas vozes e ecos, muitos ecos – é uma via, inclusive, de *resistência ontológica*: afirmação da multiplicação da diferença; uma luta contra o imperativo da ordem

<sup>18</sup> “Carta da ocupação de Belo Monte n. 1”. Disponível em: <<http://ocupacaobelomonte.wordpress.com/2013/05/02/carta-da-ocupacao-de-belo-monte-numero-1/>>.

<sup>19</sup> “Gilberto Carvalho tem diálogo tenso com índios contrários à usina de Teles Pires”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/gilberto-carvalho-tem-dialogo-tenso-com-indios-contrarios-usina-de-teles-pires-7642233#ixzz4Was7FI4r>>. Acesso em: 23 jan. 2017. Ênfases acrescentadas.

<sup>20</sup> “Carta da ocupação de Belo Monte n. 1”. Disponível em: <<http://ocupacaobelomonte.wordpress.com/2013/05/02/carta-da-ocupacao-de-belo-monte-numero-1/>>.

silenciadora e da obediência. Ou seja: persistência do “barulho” pela persistência da voz, da posição de sujeito, do mundo próprio. É contra a “obediência à civilização” (i.e., a identificação a ela), a interiorização coercitiva e a domesticação radical de sua força que os índios seguem nos mostrando que sua *luta é uma afirmação de vida*. Rejeitando a sentença da grande voz da ordem, os ocupantes de Belo Monte opõem-se ao sujeito civilizado ideal – aquele que não faz barulho, que é manso, quieto.

Em um recente texto intitulado *Os involuntários da pátria*, Viveiros de Castro (2016) parte da ideia de que há hoje uma *guerra* em curso contra os índios no Brasil (p. 1) – essa “pátria” que aqueles povos não pediram, “e que só lhes trouxe morte, doença, humilhação e despossessão” (p. 6). O título dessa comunicação faz uma alusão ao recrutamento forçado de homens negros para a Guerra do Paraguai, e à (algo infame, quando não cínica) classificação destes como “voluntários da pátria”. Nesse texto, vê-se a ligação direta entre a atribuição aos povos indígenas de uma indianidade genérica e generalizante pelo termo “índio” e o processo paulatino de desindianização “pelas armas do poder”, que seguem apontadas para eles. Sabendo-se “alvo *geral* dessas armas”, os povos indígenas hoje “se unem contra o Um, revidam dialeticamente contra o Estado aceitando essa generalidade e cobrando deste os direitos que tal generalidade lhes confere, pela letra e o espírito da Constituição Federal de 1988” (2016, p. 3).

Seguindo o argumento do autor, podemos pensar que, primeiros entre todos os involuntários, os povos indígenas são, pois, os *inconvenientes* de sempre, que tanto incomodam o Estado e seus ideólogos em todos os tempos. Estes não apenas apostaram sempre que os índios estavam fadados a desaparecer, como “fizeram o possível e o impossível, o inominável e o abominável para tanto” (id., p. 4). Dos modos inventados para tal, destacam-se os sucessivos e contundentes esforços de cortar a relação que esses povos têm com a terra – uma separação que “sempre foi vista como *condição necessária* para transformar o índio em cidadão” (id., *ibid.*). É o que indica Viveiros de Castro, afirmando, em consonância com aquilo que incessantemente nos mostram as cartas indígenas expostas neste trabalho:

A terra é o corpo dos índios, os índios são parte do corpo da Terra. A relação entre terra e corpo é crucial. A separação entre a comunidade e a terra tem como sua face paralela, sua sombra, a separação entre pessoas

e seus corpos, outra operação indispensável executada pelo Estado para criar populações administradas. (...) [como] a tortura, modo último e mais absoluto de separar uma pessoa de seu corpo. (2016, p. 4-5).

Nesse sentido, vale atentar para o que diz o coletivo indígena na “Carta n. 9 da ocupação de Belo Monte”<sup>21</sup>, que revela uma inequívoca consonância com a expressão, contida nas cartas mundurukus, acerca da inseparabilidade entre “terra” e “vida”. Essas últimas, sim, são *verdadeiramente inegociáveis*, mostram os índios: “não se negocia nem território nem vida. Nós somos contra a construção de barragens que matam a terra indígena, porque elas matam a cultura quando matam o peixe e afogam a terra. E isso mata a gente sem precisar de arma”. Há um sentido de *vida* (e de morte) em expressões como essa que precisa ser tomado etnograficamente – e de modo acurado, atento, preciso –, sob o risco de reduzir, de partida, noções tão fundamentais quanto essas a sentidos que lhe são alienígenas – como o de subsistir (em sua acepção comum). “Exigimos o compromisso do governo federal em consultar e garantir o direito a veto a projetos que *destroem a gente*”, dizem ainda os ocupantes de Belo Monte, na mesma carta, e seguem:

ocupamos seu canteiro trazendo nossa reivindicação, exigindo do governo o compromisso em respeitar os povos originários deste país, em respeitar nosso direito à terra e à vida. Ou, pelo menos, respeitar a sua própria lei – a Constituição e os tratados internacionais que vocês assinam. Mas vocês querem destruir as leis que protegem nós, povos indígenas, com outras leis e decretos novos. Vocês querem legalizar destruição.

É preciso prever todas as consequências da ideia, tão enfatizada pelos discursos indígenas, de que *barragens matam*. Isso significa, sobretudo, abandonar qualquer disposição “ponderada” (e em última instância etnocêntrica) em favor de matizar as denúncias indígenas ou, pior, considerar que a morte da qual tratam é apenas metafórica. Pois se não podemos compreender, digamos, *com o nosso próprio corpo* o que significa a partilha dos corpos dos índios com o corpo da Terra, usemos aproximações como aquela de Viveiros de Castro, supracitada, acerca da tortura. E usemos perguntar: não estaria o etnocídio *compreendido* no genocídio (menos do que apartado como uma categoria distinta por definição)?

<sup>21</sup> “Carta da ocupação de Belo Monte n. 1”. Disponível em: <<http://ocupacaobelomonte.wordpress.com/2013/05/02/carta-da-ocupacao-de-belo-monte-numero-1/>>.

Ainda chegaremos lá; antes, olhemos para o primeiro conceito. A noção de etnocídio teve sua origem no trabalho do etnólogo francês Robert Jaulin (1979) junto aos Baris, ameríndios que habitam a fronteira entre a Venezuela e a Colômbia, conta-nos Viveiros de Castro (2015b, p. 2). Ao acompanhar a destruição paulatina da cultura e da sociedade desse povo decorrente da convergência entre ações religiosas (missionárias), estatais (policiais) e empresariais (de corporações petrolíferas), somadas às sucessivas invasões do território bari por não indígenas, Jaulin elaborou uma definição de etnocídio como um processo que tem *como propósito mesmo* a destruição do modo de vida de determinadas populações. Para Jaulin, portanto, o etnocídio não se caracteriza pelos meios, e sim pelos fins: busca-se arruinar os modos de vida justamente *diferentes* daqueles que promovem a destruição. Essa separação entre meios e fins é criticada por Viveiros de Castro, para quem a distinção deixa aberta a possibilidade de interpretar a ação etnocida como não intencional, algo como um “dano colateral” daquelas medidas – decisões, projetos e iniciativas – do governo “cujo objetivo precípua não é a extinção sociocultural e desfiguração étnica de uma coletividade, mas antes a realização de ‘projetos de desenvolvimento’ que visariam ostensivamente beneficiar toda uma população nacional” (2015b, p. 3).

Ora, sabemos que é justamente esse o tom da narrativa do governo brasileiro, que, a despeito do amplo conhecimento dos possíveis danos (absolutos, irremediáveis e *incompensáveis*) de projetos como os de aproveitamento hidrelétrico na Amazônia, segue *fazendo de conta* que esse suposto “dano colateral” não estaria contido, desde o princípio, na própria decisão de levar a cabo projetos e políticas etnocidas que atenderiam supostos interesses nacionais. O etnocídio, assim, torna-se “algo tacitamente admitido”, argumenta Viveiros de Castro, “quando não estimulado indireta e maliciosamente (...) por supostas ações de ‘mitigação’ e ‘compensação’ que, via de regra, tornam-se mais um instrumento eficaz dentro do processo de destruição cultural” (id., *ibid.*).

Pode-se caracterizar como “ação etnocida” toda decisão política “tomada à revelia das instâncias de formação e consenso próprias das coletividades afetadas por tal decisão, a qual acarrete mediata ou imediatamente a destruição do modo de vida das coletividades” – o que inclui aquelas ações que *ameaçam* gravemente a continuidade desse modo de vida, indica também Viveiros de Castro (id., p. 1). Por

esse tipo de ação concernir às “minorias étnicas indígenas situadas em território nacional”, o autor discute inicialmente a noção de *ethnos*, grupo étnico ou etnia, passando então para uma apresentação sintética acerca das noções de minoria étnica e indígena. Para as primeiras, o autor mobiliza o conceito de comunidade étnica delineado por Anthony Smith, referente a um grupo *associado a determinado território* que tem um senso próprio de solidariedade e partilha de mitos específicos acerca de sua origem e descendência, como também de “memórias históricas, valores e padrões culturais” (id., p. 5). Afirmando, em seguida, o caráter de *minoritária* da situação dos povos indígenas no Brasil, o autor argumenta, apoiando-se em Deleuze e Guattari, que “as minorias étnicas indígenas não são simplesmente subconjuntos ou subsistemas socioculturais ‘incluídos’ na Maioria”, mas “coletividades em processo incessante de minoração”, isto é, de *autonomia* – “processo propriamente intolerável pela máquina administrativa da Maioria”.

Desse ponto de vista, a história do Brasil aparece como “a história de um programa metódico de *etnocídio*” (id., *ibid.*). Um capítulo particular dessa história é o fim do período militar, como aponta Viveiros de Castro, comentando a reação pró-indígena, no contexto das discussões em torno do capítulo “Dos Índios” (da CF de 1988), à ideologia marcadamente assimilacionista que prevalecia até então e suas respectivas políticas etnocidas. A Constituição de 1988 “interrompeu juridicamente (ideologicamente) o projeto multissecular de desindianização, ao reconhecer que ele não se tinha completado, e ao *sancionar o direito permanente à condição indígena*” (VIVEIROS DE CASTRO, 2015b, p. 14. Ênfases acrescentadas). Assim, e a partir da caracterização dos direitos coletivos das comunidades indígenas na CF, torna-se possível entender juridicamente como etnocídio “qualquer iniciativa ou ação, do Governo ou de particulares, que viole tais direitos” (id., p. 15).<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Viveiros de Castro ainda nota que, embora não citem o termo “etnocídio”, a “Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais” (1989), da qual o Brasil é signatário, e a “Resolução das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas” (de 2007) tratam fundamentalmente do mesmo problema – como se vê no reconhecimento que fazem dos cenários de supressão dos direitos fundamentais desses povos e na afirmação contundente acerca da defesa da autonomia sociocultural dos mesmos, em termos gerais, e nos artigos 8 e 10 da resolução supracitada, em específico. No que diz respeito às discussões focadas especificamente nesse conceito, destaca-se o “Encontro de Especialistas em Etno-Desenvolvimento e Etnocídio na América Latina”, realizado em 1981 com patrocínio da Unesco.

“A prática etnocida e a máquina estatal funcionam da mesma maneira e produzem os mesmos efeitos: (...) redução da diferença e da alteridade, o sentido e o gosto do idêntico e do Um”. É o que afirma Pierre Clastres (2011, p. 83), um dos poucos antropólogos a tomar, até hoje, o conceito de etnocídio como objeto de análise. No ensaio dedicado a esse assunto, Clastres investe considerável atenção à diferença entre os conceitos de genocídio e etnocídio, indicando que a emergência do segundo supria a necessidade de pensar um novo problema, que o primeiro não dava conta de exprimir exatamente. Criado em 1946, no âmbito do processo de Nuremberg – uma série de julgamentos aos quais chefes nazistas alemães foram submetidos, entre 1946 e 1948 –, o conceito de genocídio referiu-se, primeiro, ao extermínio sistemático do povo judeu pelo nazismo; isto é, enraíza-se no racismo, é consequência direta dele. Ou melhor: a tipificação do genocídio como *crime* foi feita originalmente no contexto da Alemanha nazista, mas não foi ali que se deram pela primeira vez massacres (metódicos, sistemáticos) de populações inteiras por potências militarizadas; a história da expansão colonial (ao longo dos séculos) é a história da dizimação de populações autóctones, lembra-nos Clastres (id., p. 78). Ambos os conceitos têm como ponto fundamental o horror à diferença; mas, diz ainda o autor, enquanto o genocídio expressaria esse horror no extermínio físico de uma minoria racial, na pura negação da sua diferença, o etnocídio diria respeito à destruição de uma cultura minoritária e a sua “negação positiva”, o esforço de alçá-la ao patamar superior da cultura dominante.

O etnocídio, portanto, é a *destruição sistemática dos modos de vida e pensamento* de povos *diferentes* daqueles que empreenderam essa destruição. Em suma, o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito. *Em ambos os casos, trata-se sempre da morte, mas de uma morte diferente*: a supressão física e imediata não é a opressão cultural com efeitos longamente adiados, *segundo a capacidade de resistência* da minoria oprimida. (CLASTRES, 2011, p. 78-79. Ênfases acrescentadas).

Uma questão me inquieta especialmente: ao distinguir algo como dois “tipos” de morte (de corpo e de espírito), estaríamos submetendo os conceitos indígenas de vida e de morte aos nossos? E, antes, estaríamos colocando a questão a partir dos nossos próprios problemas, dos *nossos* modos de conceber o corpo e o espírito? Longe de supor que haja qualquer consenso acerca desses problemas entre nós, o que

desejo questionar, tendo em mente o acúmulo, na etnologia americana, de discussão acerca das teorias indígenas sobre humanidade, corpo e espírito, é o quão produtivo será este modo de separar o genocídio e o etnocídio *para os problemas dos índios*. Creio que esses povos, ao afirmarem veementemente que barragens *matam* (para ficar apenas com os exemplos já explorados aqui – mas há inúmeros outros), estão nos provocando a fazer um deslocamento ainda maior do que aquele que originou o conceito de etnocídio. Pois a própria elaboração desse conceito é expressão de um deslocamento fundamental: afirma-se, com ele, que há mais “coisas” suscetíveis a morrer do que sonha a nossa ontologia centrada na ciência moderna, na constituição orgânica (biológica) dos “seres vivos”. Algo morre quando corpos sobrevivem, sinaliza esse conceito, posicionando-se justamente ali onde se supõe poder separar corpo e espírito, terra e cultura etc. Mas o que de fato sobrevive? Será que sobreviver é suficiente?

É preciso ir mais longe. Não para abandonar o conceito de etnocídio, mas para dar mais força ao que ele aponta de específico e fundamental: o caráter *minoritário* dos coletivos em questão. Pois repousa justamente *nessa* diferença a motivação mesma do etnocídio, e se para tais coletivos o que faz deles *outros* em relação aos dominantes é o que os faz *vivos* (sua diferença ontológica, em suma), não seria o etnocídio um *aspecto do genocídio*, especificamente quando: (i) essa diferença é subsumida numa perspectiva englobante, apagando-se de vez; (ii) são alterados ou destruídos os elementos ou processos ontologicamente determinantes para os coletivos em questão – como, por exemplo, nos casos em que os coletivos são removidos de suas terras, ou naqueles em que não podem mais viver às margens de um rio; ou quando lugares considerados sagrados são arruinados, rios são fundamentalmente alterados ou espécies são postas em extinção; ou ainda quando as relações de parentesco e os modos próprios de cada grupo produzir parentes são fundamentalmente impactados; (iii) altera-se ou extingue-se as formas próprias dos coletivos se organizarem e de praticarem as atividades centrais em seus modos de vida?

Essa hipótese não me parece descabida, sobretudo se considerarmos que a recente literatura acerca do genocídio está se debatendo, entre outras coisas, com o problema da “destruição ontológica” (WOOLFORD, 2009). Além disso, é de se ter em mente que, para a legislação brasileira (Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), que

segue o texto da Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), são punidos por crime de genocídio aqueles que, com a intenção de “destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, cometem qualquer uma destas ações: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças de um grupo para outro. Notemos que o texto da lei – uma tradução direta do artigo 2º da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (de 1948), da ONU –, menos do que identificar a destruição do grupo exclusivamente à morte ou aos danos físicos (quando não fala diretamente de assassinato), parece manter aberta a interpretação dos efeitos das ações genocidas. Não há ali uma definição prévia do que seria “lesão grave à integridade física ou mental”, ou mesmo “condições de existência” que podem destruir fisicamente um grupo.

É possível que, ao entender o etnocídio como aspecto do genocídio, alguns aspectos particulares dos crimes cometidos contra povos indígenas, por exemplo, possam ser mais bem compreendidos, e quiçá prevenidos ou “compensados”. Penso, de partida, na discussão desenvolvida por Orlando Calheiros (2015) acerca do processo de reparação empreendido pela Comissão de Anistia aos Aikewara. Por um lado, a comissão promoveu um tímido avanço no que diz respeito à atuação da justiça de transição junto a povos indígenas, ao reconhecer a *pertinência* de uma reparação coletiva – entendendo que os danos causados pelo regime militar não se deram apenas sobre as catorze pessoas aikewaras consideradas anistiadas –, mostra o autor. Por outro, a principal reivindicação dos Aikewaras foi ignorada nesse processo: a demarcação de suas terras, tomadas pelo governo militar e entregues a fazendeiros e outros, para conter a Guerrilha do Araguaia. Não se trata de uma questão menor, pois a demarcação é a medida que os próprios índios “julgam ser capaz de diminuir os danos causados pela intervenção do Estado”, explica ainda Calheiros, que argumenta: ao desconsiderá-la, o Estado brasileiro se mostra incapaz de reparar os Aikewaras por meio da anistia política (p. 2). Para os Aikewaras, explica então seu etnógrafo, só a terra “é capaz de lhes garantir algo



que lhes foi tomado no passado, algo que o dinheiro não pode comprar, a sua identidade cultural” (id., *ibid.*). Esse povo viu desaparecer partes importantes de sua vida e cultura, diz ainda o autor, contando que, por terem sido forçados a viver a pelo menos 70 km do rio, “os Aikewara abandonaram a fabricação de utensílios de barro e argila, uma atividade central no universo feminino dessa população; deixaram de fabricar canoas e de pescar” (id., p. 3; cf. CALHEIROS, 2014).

A dificuldade de amparar os povos indígenas afetados durante o regime militar reside justamente na incapacidade do Estado de reconhecer a especificidade étnica e a dimensão coletiva como *o próprio motivo* de os índios terem se tornado alvo desses governos, argumenta Calheiros (2015, p. 3). Tratando dos limites da justiça de transição para os casos de violação de direitos dos povos indígenas durante a ditadura militar – e, em especial, da Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, a partir da qual o Estado brasileiro reconheceu como mortas pessoas perseguidas pela ditadura militar –, o autor destaca a importância de se ter em vista o conceito de etnocídio para que se possa considerar a singularidade desses povos em políticas reparativas (p. 7). “Trata-se de um conceito de difícil categorização, que exige uma análise minuciosa dos casos envolvidos”, indica Calheiros, para quem “a absorção compulsória de uma cultura por outra” colocaria um empecilho para que ações etnocidas fossem compreendidas sob a noção de genocídio, como ela aparece na Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, citada acima. De fato, é preciso examinar em detalhes cada caso, mas de partida não vejo como políticas ou ações que promovem ou podem redundar na “absorção compulsória de uma cultura por outra” não estão submetendo o coletivo em questão “a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial”, por exemplo.

A questão não é simples, certamente; não é apenas por apoiar-se na separação entre corpo e espírito, vida e cultura, como já indiquei, que a distinção entre etnocídio e genocídio me parece ser de difícil sustentação; mas, também por equacionar, de partida, raça a biologia e cultura a uma noção de simbolização que permite ao autor, inclusive, enfatizar o caráter “humanista” do etnocídio – de “elevação” das comunidades minoritárias a um patamar cultural superior. Todavia, repito: não é o enfraquecimento e muito menos o abandono do conceito de etnocídio que defendo aqui, mas uma reavaliação da

separação entre ele e o conceito de genocídio – a qual, a meu ver, acaba por enfraquecer a noção de etnocídio, como se ela fosse uma espécie de eufemismo, uma “morte menor”. O movimento contrário – a inclusão do etnocídio como um aspecto do genocídio – me parece ser mais apropriado para tratar do que os índios (e os demais coletivos minoritários) estão enfrentando hoje. Não se deixa, com isso, de marcar a diferença, como já foi dito, e tampouco se atenua a experiência dos coletivos em questão, abrindo a possibilidade para que as nossas noções se torçam a favor das noções de outrem. Quem sabe assim não estaremos mais perto de imaginar o inimaginável – que a morte física pode não ser a totalidade da morte, e todas as consequências que dessa possibilidade emergem.

Observemos, sobre esse ponto de vista, o argumento de Clastres acerca da potência etnocida infinitamente superior da “civilização ocidental” (em contraste com outras, como a inca, por exemplo). O que permite traçar essa diferença, diz o autor, o que faz do Ocidente e da “sociedade industrial” a mais terrível “máquina de destruir” é justamente o capitalismo: esse regime de produção que foge sempre para adiante, num espaço ilimitado – num “recurso constante do limite” (2011, p. 86). Nesse sistema de produção que nada entende como impossível, “raças, sociedades, indivíduos; espaço, natureza, mares, florestas, subsolo: tudo é útil, tudo deve ser utilizado, tudo deve ser produtivo”. É por essa razão que o Ocidente não tolera o não aproveitamento, a não exploração (para além dos limites) dos imensos recursos virtualmente disponíveis, mostra ainda o autor. E então conclui que, para as “sociedades que abandonavam [*sic*] o mundo à sua tranquila improdutividade”, resta um terrível dilema: “ou ceder à produção ou desaparecer; ou o etnocídio ou o genocídio” (id., *ibid.*). Ou ceder à produção (transformando-se em algo distinto de si) ou desaparecer: tudo se passa como se a ofensiva capitalista sobre os povos indígenas – sobre aquilo que constitui os seus modos de vida – no fim das contas levasse à morte ou... à morte. (Ou, como prefiro ver, tem levado invariável e inevitavelmente à resistência e à luta.) É por isso, penso eu, que a conjugação entre existência e resistência é imperativa, e que a luta se insere no próprio modo de vida desses povos hoje – eles que *já são*, por assim dizer, sobreviventes.

#### 4. ETNOCÍDIO, GENOCÍDIO, BELO MONTE E BARRAGENS DO TAPAJÓS

Em 7 de dezembro de 2015, o MPF em Altamira/PA entrou com um pedido de ação civil pública (ACP) a respeito do chamado “Componente Indígena” e o “Plano de Mitigação de Impacto” para nove diferentes povos indígenas afetados pela UHE de Belo Monte. Os réus: a concessionária da UHE (Norte Energia S.A.), a Funai, o Ibama e a União. No centro da questão apresentada na ACP – assinada por três procuradores da República –, o etnocídio. É o que se vê já na delimitação do objeto e dos objetivos da ação, segundo a qual as ações mitigatórias da UHE “transformaram-se num instrumento de reiteração de práticas etnocidas”, uma vez que elas estão, paradoxalmente, maximizando o “colapso socioambiental” já produzido pela construção da hidrelétrica. Por isso, dizem de partida os procuradores, demanda-se o reconhecimento, pelo juiz federal a quem ela se destinou, “de que, da forma como vem sendo implementada, a UHE Belo Monte viola o art. 231 da Constituição Federal e representa prática de destruição do modo de vida de grupos indígenas do médio Xingu” (MPF, 2015b, p. 3).

O documento que apresenta a demanda da ACP (MPF, 2015b) é extenso e, sobretudo, denso. Não cabe aqui discuti-lo em detalhe, mas pensar *com* ele – com o que os procuradores, a partir desse documento, nos convidam a refletir. Um exemplo do que é apontado nas páginas da ação é a “política de balcão” a partir da qual a Norte Energia “se colocou como grande doador, universal e infinito, de produtos não indígenas” (p. 34). Sob a rubrica de um “Plano Emergencial”, essa política levou ainda mais impactos aos índios da região do que a usina propriamente dita – como afirmam os procuradores em diferentes passagens. Entre esses impactos, destacam-se “cooptação de lideranças” (p. 33), conflitos e disputas entre os diferentes povos (p. 36); e problemas de saúde decorrentes da modificação abrupta nos hábitos alimentares dos índios, o acúmulo de lixo nas aldeias e a realização de partos na cidade (p. 39).<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Tendo esse cenário em mente, destaco: algo assombrosamente próximo ao que se deu em Altamira está sendo vislumbrado para Itaituba/PA, o município para o qual está projetada a usina de São Luiz do Tapajós. Para citar apenas um dos elementos destacados pelos estudos referentes a essa UHE e comentados pela reportagem da Agência Pública: “De acordo com o estudo de impacto ambiental da usina de São

As comunidades, de repente, se viram “dependentes da Norte Energia”, conta um homem xipaya, que diz ainda: “Quando cortou o plano emergencial, foi a mesma coisa que jogar uma bomba dentro da comunidade. E agora?”. Partindo desse relato, os procuradores afirmam: o Plano Emergencial – uma “violação visceral” do artigo 231 da CF de 1988 – não só expressa uma “política de pacificação”, a partir da qual foi possível construir Belo Monte “sem a barreira que os povos indígenas e as ações condicionantes representavam”, como atua no sentido de enfraquecer “política, social e economicamente as comunidades”, representando “uma ação homogeneizante e de instigação ao consumo” (p. 47). O documento ainda se estende em mais denúncias de atividades realizadas à margem do licenciamento ambiental (p. 50-59) e da não realização dos planos e programas com os quais a Norte Energia havia se comprometido (p. 59-84):

a UHE Belo Monte conclui o seu ciclo de instalação sem que os territórios indígenas estejam protegidos, sem a estruturação do órgão indigenista para cumprir sua missão institucional, com a fragmentação e revisão unilateral do PBA-CI-PMX [Plano Básico Ambiental – Componente Indígena – Programa Médio Xingu] e sem a criação do Programa Médio Xingu, que garantiria ao PBA a capacidade mitigatória necessária para tornar esse empreendimento viável. (p. 85).

Tudo se passa como se em Belo Monte não houvesse nem mesmo o “faz de conta” que vimos no caso do Tapajós (cf. Cap. 1, *supra*), ou se houvesse apenas a sua expressão mais banal: a distância entre a letra da lei e a sua consolidação na prática, desdobrada na distância entre promessas anunciadas (como fazem, por exemplo, os políticos profissionais em campanha eleitoral) e o cumprimento delas. Pois, conforme narram os procuradores ao apresentarem a demanda da ACP, nem o acúmulo de mais de trinta anos de debates nacionais e internacionais acerca dos riscos de se construir um empreendimento como aquele no Xingu (p. 7), nem os incontáveis volumes de avaliações técnicas que apontaram para os trágicos impactos potenciais de Belo Monte foram empecilhos suficientes para os interesses governamentais-empresariais na construção da UHE. Observemos mais alguns elementos daquela tensão entre interesses políticos e narrativas técnicas, citados acima.

---

Luiz, além dos 13 mil trabalhadores, cerca de 12.500 pessoas devem chegar à região do médio Tapajós em busca de emprego e negócios. Mas a exemplo do que ocorreu em Belo Monte, os números podem ser maiores”. (PÚBLICA, 2015b).

O EIA/RIMA dessa usina chega a conclusões inequívocas acerca da destruição que ela promoveria ou intensificaria entre os povos do médio Xingu. Mostram os procuradores:

a UHE Belo Monte poderia gerar a completa desagregação dos povos indígenas afetados, com risco de supressão irreversível dos modos de vida e da transmissão dos conhecimentos tradicionais, caso não fosse fortalecida a capacidade de reação e de adaptação desses grupos, através de medidas mitigatórias efetivas destinadas a fortalecê-los social, cultural e economicamente, a proteger os seus territórios e a garantir a atuação do Estado na região, em especial da FUNAI. (MPF, 2015b, p. 12).

A Funai, no entanto, concedeu em 2009 um parecer favorável à UHE – não sem muita pressão do governo federal (id., p. 13) –, o qual, por sua vez, permitiu ao Ibama emitir a Licença Prévia do empreendimento, declarando-o viável e abrindo caminho para que ele seja levado a cabo. É importante destacar aqui que a execução do empreendimento foi *garantida por meio de promessas* (ou “compromissos”, para usar um termo mais polido) acerca das próprias *condições de viabilidade* dele. O mesmo aconteceu com a Licença de Instalação, cuja emissão foi condicionada à apresentação, pela Norte Energia, de um plano de execução das ações previstas nas chamadas “condicionantes” do licenciamento ambiental, referentes aos povos afetados pela usina. Isto é: *os impactos foram assumidos* – a despeito da dificuldade, já indicada por um parecer técnico da Funai, que a concessionária da UHE teria de mitigá-los (ibid.). A hidrelétrica, portanto, teve a sua viabilidade atestada e a sua instalação autorizada (ou melhor, “consumadas”) com base em compromissos de redução (futura, indeterminada no tempo) dos danos que seriam, ou melhor, que foram promovidos ao longo de todo o processo de construção da usina.

O chamado “Componente Indígena” do licenciamento de Belo Monte – esse “complexo de prognósticos de impacto com os respectivos meios de mitigação” – foram considerados pela Funai, segundo mostram os procuradores na demanda da ACP, *suficientes* para tornar *compatíveis* a instalação dessa usina no médio Xingu com as disposições do artigo 231 da CF de 1988; isto é: suficientes para *garantir* “a sobrevivência étnica dos grupos atingidos” (p. 16). Mas o que se observou, com as medidas ligadas a esse “componente”, é que foram reiteradas “ações de violência colonizados” e “medidas de ‘desindianização’”, entre as quais se destacam aquelas levadas a cabo pelo “Plano Emergencial” (cujos principais danos foram listados acima).

Esse plano (e seu espírito diametralmente oposto ao capítulo da CF que trata dos direitos dos índios) figura como “uma política maciça de pacificação e assimilação”, dizem ainda os procuradores (p. 86). E o texto da ação então conclui, apoiando-se nas discussões de Pierre Clastres (2011) e de Viveiros de Castro (2015) acerca do etnocídio:

O que está em curso, repita-se, com a UHE Belo Monte é *um processo de extermínio étnico*, pelo qual o governo federal dá *continuidade às práticas coloniais de integração dos indígenas à sociedade hegemônica*. Em violação ao art. 231 da Constituição Federal, a UHE Belo Monte constitui uma ação etnocida *do Estado brasileiro, da Concessionária Norte Energia e da FUNAI*, que não cumpre sua missão institucional e, ao tempo em que silencia, mantém e renova sua anuência para com o prosseguimento do processo, *a despeito das manifestações de seu corpo técnico*. (MPF, 2015b, p. 87. Ênfases acrescentadas).

A “guardida constitucional” de projetos como o de Belo Monte “advém de ponderação dos interesses em jogo” e se dá em uma “*relativização de valores e princípios constitucionais* [que] é admitida *até o limite* em que reste preservado o núcleo essencial do direito fundamental”, diz também o MPF (p. 6-7. Ênfases acrescentadas). Com isso, o texto que introduz a ACP lança outras luzes sobre o que já vínhamos tratando sob a noção de “improvisação estatal”, ao chamar a atenção não para esforços de produção normativa, mas de *manipulação exaustiva* daquelas já existentes. E tudo isso (não podemos esquecer) com respaldo do suposto interesse nacional que projetos como esses atenderiam. Qualquer semelhança com o que vimos nas páginas anteriores acerca das interferências dos agentes e setores interessados na construção do complexo hidrelétrico do Tapajós não é mera coincidência – chega a supérflua a constatação de que se trata mesmo de um *modus operandi* do governo federal, ao menos desde o início da “Era PAC”.

No Tapajós, também se buscou “relativizar os valores e princípios constitucionais até o limite”, atuando justamente no limbo entre, de um lado, aquilo que rege as disposições normativas (incluindo aí as regras específicas do processo administrativo de regularização fundiária de TIs) e, de outro, o cumprimento dessas normas. Além disso, há no histórico do conflito em torno de Sawré Muybu e do projeto de São Luiz do Tapajós uma série de elementos que me faz entender que *já estão em curso ali*, direta e indiretamente, práticas e ações etnocidas (ou mesmo disposição para tal, reveladas nos modos de atuação do

governo federal e das empresas que compõem o chamado “Grupo de Estudo Tapajós”).<sup>24</sup> Sobretudo se entendermos como “ação etnocida” a seguinte síntese elaborada por Viveiros de Castro no trabalho citado anteriormente aqui, mobilizado também na apresentação da ACP a respeito de Belo Monte:

pode-se considerar como “ação etnocida”, no que concerne às minorias étnicas indígenas situadas em território nacional, toda decisão política tomada à revelia das instâncias de formação de consenso próprias das coletividades afetadas por tal decisão, a qual acarrete mediata ou imediatamente a destruição do modo de vida das coletividades, ou constitua grave ameaça (ação com potencial etnocida) à continuidade desse modo de vida. É passível de tipificação antropológica como *etnocídio* todo projeto, programa e ação de governo ou de organização civil (missões religiosas proselitistas, por exemplo) que viole os direitos reconhecidos no capítulo VIII da Constituição Federal de 1988 (“Dos Índios”), em particular mas não exclusivamente aqueles mencionados no *caput* do art. 231, que sancionam a existência – e portanto o direito à persistência – de “sua [dos índios] organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e o direito originário sobre as terras que ocupam”. (VIVEIROS DE CASTRO, 2015b, p. 1. Ênfases no original).

Mas isso não é tudo. Reforçando o questionamento já apresentado aqui acerca dos limites no conceito de etnocídio, penso que as ações do governo federal e das empresas interessadas no complexo hidrelétrico do Tapajós ou já são propriamente genocidas (na medida em que são etnocidas), ou têm “potencial genocida” – como a “ação com potencial etnocida”, descrita no trecho supracitado. Argumento a favor dessa caracterização considerando a inseparabilidade entre terra, vida e cultura, como mostram os índios, e a ideia de que as lutas indígenas se dão, sobretudo, por autodeterminação ontológica e política, uma vez que garantir uma terra, o não barramento de um rio, a persistência de lugares considerados sagrados etc. é *também* garantir que os povos indígenas possam viver segundo os seus próprios modos, “de acordo com suas culturas”, como dizem.

Recapitulemos alguns dos principais elementos do conflito no Tapajós, tendo em mente também que os atores interessados na interrupção da regularização fundiária de Sawré Muybu estão lançando

---

<sup>24</sup> A questão não se resume, evidentemente, à população indígena da região, mas também aos ribeirinhos. Cf. Torres (2016, 2014) para uma discussão fundamental a esse respeito.

mão, enfaticamente, do argumento de que a ocupação tradicional munduruku naquela área não corresponderia ao critério da controversa tese do “marco temporal”, segundo a qual a ocupação indígena em determinada localidade só será considerada para fins de demarcação de TIs se os índios ali estivessem em 5 de outubro de 1988. Como veremos adiante, essa tese vai de encontro ao princípio da livre determinação, enfatizado por diversas disposições do direito internacional. Pois não estariam o governo brasileiro e as empresas interessadas no complexo hidrelétrico projetado para a bacia Tapajós-Teles Pires promovendo etno/genocídio ao:

i) buscar subsumir os “interesses” dos Mundurukus e da população ribeirinha (que então passam a ser vistos como “entraves ao desenvolvimento”) no dito “interesse nacional”, descaracterizando os primeiros (e, com isso, deixando de reconhecer os índios e os ribeirinhos como sujeitos) em nome dos segundos *para legitimar uma decisão já tomada* acerca dos projetos considerados prioritários para o governo. Além dos exemplos, já citados, ligados a funcionários da SGPR, pode-se invocar também a expressão do “problema indígena” que o MME estaria “enfrentando” para concluir as etapas anteriores ao leilão de São Luiz do Tapajós – expressão utilizada pelo então presidente da Empresa de Pesquisa Energética, Maurício Tolmasquim.

i.i.) desconsiderar sistematicamente o que dizem os Mundurukus, em suas cartas públicas, e os pesquisadores atuantes na região (cf. OLIVEIRA, 2015; PUGLIESE JR. e VALLE, 2016; ROCHA e OLIVEIRA, 2016) acerca da importância cosmológica, histórica e arqueológica de determinados sítios e lugares na área de Sawré Muybu – que poderão ser destruídos caso seja levado a cabo o projeto da usina de São Luiz do Tapajós. Destacam-se, nesse sentido, os lugares considerados sagrados pelos Mundurukus, fundamentais para a sua autodeterminação ontológica e identitária.

i.ii) prescindir de consultar a população ribeirinha potencialmente afetada pelo complexo hidrelétrico do Tapajós (e em especial pela usina de Jatobá), cujo modo de vida poderá ser absolutamente transformado – a exemplo do que se antevê para o caso da pesca, central para essa população. Os impactos que as usinas no Tapajós (como outras de fio d’água, entre elas as do rio Madeira) poderão promover sobre os ciclos de cheia e seca do rio e sobre peixes e quelônios já são largamente sabidos (GREENPEACE, 2015; PEZZUTI et al., 2016; PÚBLICA, 2015a) e modificarão completamente as atividades pesqueiras, entre outras, dos ribeirinhos.

i.iii) promover, a partir da atuação de profissionais especialmente designados pelas empresas interessadas nas barragens do Tapajós,



aquilo que foi entendido pela população ribeirinha como “lavagem cerebral”: um suposto “diálogo”, no qual as comunidades foram informadas de que não lhes restaria opção contra as decisões já tomadas em relação às barragens que alagariam as suas terras, senão cadastrá-las para receberem indenizações (MONTEIRO, 2012). Note-se que não pararam aí as denúncias acerca da atuação desses profissionais e de sua empresa especialmente contratada para “dialogar” com as comunidades afetadas pelas usinas (cf. MPF, 2015c; SENA, 2013). Exemplo disso se vê nos seguintes trechos:

o governo federal nos ameaça com uma nova violência, que é a construção da barragem de Jatobá no centro de nosso território tradicionalmente ocupado. As empresas de pesquisa chegaram de uma hora pra outra, sem pedir licença e invadiram nossas terras e nos intimidaram e nos obrigam a assinar documentos que não sabemos o que significam. (MONTANHA E MANGABAL, 2013). Outros fatos alarmantes se relacionam ao assédio promovido pelo “Diálogo Tapajós”, de propriedade do consórcio construtor da hidrelétrica, que, acompanhado por elementos da Força Nacional de Segurança, vem coagindo moradores a responder e assinar questionários, sob pena de não ressarcimento, após perder casas com a inundação. Muitos índios, além de ribeirinhos, pressionados, cedem e assinam. (GREENPEACE, 2014).

i.iv) lançar mão de medidas supostamente compensatórias mas fundamentalmente danosas, como aquelas do “Plano Emergencial” de Belo Monte. Vê-se, no trecho citado a seguir, como já no Tapajós observa-se a disposição, por parte de uma empresa (estatal) ligada ao projeto de barramento, de replicar o modelo seguido pela Norte Energia, no Xingu:

Quem nasceu na beira do rio sabe da importância do ciclo de cheia e seca para a vida, incluindo a humana. Por isso Luiz Matos de Lima, dono de um mercado em Pimental, foi confrontar um representante da Eletrobras em reunião que ocorria em Trairão, sede do município a que pertence a vila. *Os ribeirinhos nem eram convidados*, mas Luiz e outros moradores de Pimental foram mesmo assim. Lá, foram informados de que a usina será obrigada a indenizar os moradores ou construir uma nova casa para eles. Mas Luiz sabe que nem o dinheiro ou a casa serão capazes de substituir a quebra no ciclo de sobrevivência. Ele pediu a palavra para alertar que *a usina vai tirar tudo dos ribeirinhos*, já que novas plantações que forem feitas devem demorar a produzir. *“Eles responderam que o governo vai doar cesta básica enquanto o povo não produzir. Já pensou? Coisa mais triste um povo acostumado em trabalhar ter que viver de cesta básica. E eu, que vendo*

*mercadoria, vou viver do que?*”, questiona. (PÚBLICA, 2015a. Ênfases acrescentadas).

ii) afirmar publicamente que não existem povos indígenas e comunidades ribeirinhas na região dos megaprojetos (cf. TORRES, 2016; TORRES e ROCHA, 2015), retomando um discurso acerca da Amazônia próprio da política de colonização e exploração predatória dessa região durante o regime militar – política essa que resultou em um verdadeiro genocídio indígena, largamente documentado na literatura e no chamado “Relatório Figueiredo”. E, além disso, levar essa afirmação ao plano da ação não apenas no esforço de exclusão da agência dos índios, citado no ponto anterior, mas também ao:

ii.i) promover, deliberadamente, obstáculos ao pleno reconhecimento de Sawré Muybu como terra indígena, pressionando a Funai a não publicar o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) dessa TI *com vistas a atender* interesses no projeto de São Luiz do Tapajós;

ii.ii) colocar as Flonas sobrepostas a Sawré Muybu para leilão, visando autorizar a exploração madeireira, sem qualquer consulta aos índios (cf. TORRES; ROCHA, 2015);

ii.iii) omitir-se diante do quadro grave de violações territoriais, levadas a cabo por grileiros, madeireiros, palmiteiros e outros – amplamente denunciadas pelos Mundurukus (cf. MUNDURUKU, 2015b e Anexos II a V), pela imprensa (cf. PÚBLICA, 2015), pelo MPF (2015a) e por pesquisadores atuantes na região (cf. FEARNSSIDE, 2016; TORRES e ROCHA, 2015).

iii) conduzir aceleradamente o processo de licenciamento ambiental de São Luiz do Tapajós, prescindindo do chamado “componente indígena”, desrespeitando o direito do povo Munduruku à consulta prévia (conforme rege a Convenção n. 169 da OIT) e ignorando o protocolo de consulta elaborado por esse mesmo povo;

iii.i) impor, através da coação estatal, a realização de estudos ambientais em terras mundurukus, sem consultar os índios e fazendo uso da Força Nacional de Segurança Pública, na chamada “Operação Tapajós” (março de 2013). Com isso, foi tolhida qualquer possibilidade de diálogo livre, e a tensão e a insegurança entre os Mundurukus – que ainda viviam o luto pelo assassinato de Adenilson Krixi pela Polícia Federal (em novembro do ano anterior) – foi reforçada (PONTES JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 282).

iv) disseminar uma imagem caluniosa e difamatória dos Mundurukus em nota oficial, como fez a Secretaria-Geral da Presidência da República em junho de 2013 (cf. PALMQUIST, 2016). Promover com isso, e com os demais casos e fatos citados até aqui acerca da sistemática violência e opressão contra o povo Munduruku e contra a população ribeirinha, o chamado “ethnostress” (LADUKE, 1999, p. 90) – que entre povos

indígenas de outras regiões do mundo tem contribuído marcadamente para o aumento dos índices de suicídio (CASSIDY, 2002).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo se passa como se o princípio do contraditório, introduzido no processo administrativo de regularização de TIs, tivesse criado uma via de contraposição ao próprio direito territorial indígena (NEVES, 2012, p. 560), sobretudo se considerarmos a preeminência da tese do “marco temporal” nas contestações aos relatórios técnicos da Funai acerca da ocupação tradicional em áreas a serem demarcadas. Com isso, intensificam-se as disputas em torno da regularização dessas terras – elas que já estão submetidas a uma espécie de “guerra dos papéis”<sup>25</sup>, uma vez que o seu reconhecimento pelo Estado é comumente atravessado por toda a sorte de interesses opostos aos dos índios, como no caso de “empreendimentos”<sup>26</sup> projetados para as áreas a serem demarcadas. Trata-se de uma guerra de papéis, com efeito: movem-se ações na Justiça; perícias e mais perícias são produzidas; editam-se leis, medidas, portarias; ofícios vêm e vão. De um lado, há um empenho constante – por parte não apenas do poder Executivo, do qual temos tratado com maior fôlego aqui, mas também do Legislativo e do Judiciário (MOLINA, 2017b) – de produzir normas, mecanismos de controle e vias legais e administrativas de ingerência sobre os processos de regularização fundiária de TIs. De outro, há a tenacidade e a persistência das lutas indígenas – que tomam forma, por exemplo, em reuniões com órgãos públicos, divulgação de cartas e outros modos de manifestação.

Vimos, com a exposição do caso da TI Sawré Muybu, o esforço conjunto dos Mundurucus e do MPF no Pará em posicionar-se nessa guerra de modo a reverter o vetor etno/genocida da política de exploração predatória da Amazônia. Com isso, busca-se não apenas garan-

<sup>25</sup> Pegando de empréstimo uma expressão cunhada pelos Wajãpis no contexto dos conflitos entre políticos locais e o Centro de Trabalho Indigenista (GALLOIS, 2011, p. 35).

<sup>26</sup> Só no caso do Tapajós, como já vimos, os planos para barrar os trechos encachoeirados do rio, com a construção das hidrelétricas, estão casados com um projeto mais amplo de escoamento de soja desde o estado de Mato Grosso – o chamado “Arco Norte”, a menina dos olhos do agronegócio, atualmente, e grande atrativo para a inserção da China na Amazônia Brasileira (GLASS, 2015; MORENO, 2015).

tir os direitos daquele povo à consulta prévia e ao reconhecimento de sua ocupação tradicional no médio Tapajós; busca-se garantir que os Mundurukus possam *efetivamente* viver segundo sua organização social, seus costumes, sua língua, suas crenças e suas tradições. Se *levarmos a sério* o que insistentemente dizem esses índios em seus comunicados e seus discursos, entendemos que o modo de vida a eles reconhecido no texto constitucional *não se dissocia* das terras que tradicionalmente ocupam: terra é vida, é onde a cultura, o modo de vida se faz possível. Assim, vemos que não é apenas da garantia de sobrevivência numa terra demarcada que se trata a luta dos Mundurukus, como de tantos outros povos – como se sobreviver bastasse e qualquer terra servisse; é, antes, pela existência do coletivo como tal e a persistência de seu modo de vida, indissociável da vida em sua terra. Reconhecer essa conexão profundamente imbricada é nada menos do que *condição* para o pleno reconhecimento da autodeterminação indígena – no sentido previsto pela Convenção n. 169 da OIT.

## REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Rita. 2001. *Relatório de viagem ao rio Tapajós*: em atendimento à Portaria n. 84, de 31 de janeiro. Brasília, DF: Funai.
2. ALMEIDA, Felipe B. L.; FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. 2015. Suspensão de liminar tem sido usada para violar direitos fundamentais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/suspensao-liminar-sido-usada-violar-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 30 jan. 2017.
3. BOAVENTURA, Luis de Camões. 2016. Usina hidrelétrica de São Luiz do Tapajós: o alagamento da Terra Indígena Munduruku Daje Kapap E'Ipí e o soterramento da Constituição Federal de 1988. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi*: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós. Brasília, DF: International Rivers Brasil.
4. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. 2015. *Portaria Interministerial n. 060 de 24 de março de 2015*. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/legis\\_26632223\\_portaria\\_interministerial\\_n\\_60\\_de\\_24\\_de\\_marco\\_d](http://www.lex.com.br/legis_26632223_portaria_interministerial_n_60_de_24_de_marco_d)>. Acesso em: 30 jan. 2017.
5. BRUM, Eliane. 2014. Como rasgar a Constituição e massacrar índios, segundo o governo Dilma Rousseff. *Desacontecimentos*, São

Paulo, 27 nov. Disponível em: <<http://desacontecimentos.com/desacontecimentos/como-rasgar--a-constituicao-e-massacrar-indios-segundo-o-governo-dilma--rousseff/>>.

6. CALHEIROS, Orlando. 2015. No tempo da guerra: algumas notas sobre as violações dos direitos dos povos indígenas e os limites da justiça de transição no Brasil. *Revista Verdade, Memória e Justiça*, V9.

7. \_\_\_\_\_. 2014. *Aikewara: esboços de uma sociocosmologia tupi-guarani*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Rio de Janeiro: Museu Nacional/UFRJ.

8. CASSIDY, Barbara. 2004. *Getting rid of the indian problem: aboriginal suicide as a manifestation of genocide*.

9. CLASTRES, Pierre. 2011. Do etnocídio. In: *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify.

10. FEARNSIDE, Philipe. 2016. Os planos para usinas hidrelétricas e hidrovias na bacia do Tapajós: uma combinação que implica a concretização dos piores impactos. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil.

11. FLEURY, Lorena C. 2013. *Conflito ambiental e cosmopolítica na Amazônia brasileira: a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte em perspectiva*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

12. FUNAI. 2013. *Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena Sawré Muybu (Pimental)/PA*.

13. GALLOIS, Dominique. 2011. *Terra indígena Wajãpi: da demarcação às experiências de gestão territorial*. São Paulo: Iepé.

14. GLASS, Verena. 2015. Planejamento energético, os BRICS e uma igreja que sangrou. In: BARROS, Joana Barros; GUTTERRES, Anelise; SILVA, Evanildo B. (Org.). *Caderno de Debates 4 BRICS: tensões do desenvolvimento e impactos socioambientais*. Rio de Janeiro: FASE – Solidariedade e Educação.

15. GREENPEACE. 2014. *Greenpeace denuncia a destruição que hidrelétricas causarão no rio Tapajós*. Disponível em: <<https://www.greenpeace.org/pt/informar-se/ambiente/1050-greenpeace-denuncia-a-destruicao-que-hidreletricas-causarao-no-rio-tapajos>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

16. \_\_\_\_\_. 2015. *Barragens do rio Tapajós: uma avaliação crítica do estudo e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA) do Aproveitamento Hidrelétrico São Luiz do Tapajós*. Disponível em: <[http://greenpeace.org.br/tapajos/docs/analise-eia-rima.pdf?\\_\\_hstc=218051913.1841ed05fd1c35e78f787f7e65cc951f.1444252332711.1485187879313.1486571987756.14&\\_\\_hssc=218051913.1.1486571987756&\\_\\_hsfp=3151485687](http://greenpeace.org.br/tapajos/docs/analise-eia-rima.pdf?__hstc=218051913.1841ed05fd1c35e78f787f7e65cc951f.1444252332711.1485187879313.1486571987756.14&__hssc=218051913.1.1486571987756&__hsfp=3151485687)>. Acesso em: 10 out. 2017.
17. GUETTA, Maurício. 2015. Suspensão de liminar à luz do processo coletivo constitucional em matéria ambiental. In: MILARÉ, Édís (Org.). *Ação civil pública após 30 anos*. Revista dos Tribunais.
18. JAULIN, Robert (Ed.). 1979. *La des-civilización: política y práctica del etnocidio*. Editorial Nueva Imagen.
19. LADUKE, Winona. 1999. *All our relations: native struggles for life and land*. Cambridge: South End Pres.
20. LIBARDI, Estella. 2016. *As hidrelétricas do PAC e a (não) demarcação de terras indígenas*. Trabalho apresentado na 30ª Reunião Brasileira de Antropologia.
21. LOURES, Rosamaria Santana Paes. 2017. *Governo Karodaybi: o movimento Iperëğ Ayũ e a resistência Munduruku*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Oeste do Pará: Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais da Amazônia.
22. MAGALHÃES; HERNANDEZ. 2009. Painel de especialistas Análise Crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Disponível em: <[http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/painel\\_especialistas.pdf](http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/painel_especialistas.pdf)>.
23. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2015a. *MPF pede julgamento antecipado para demarcação da terra Sawré Muybu*. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/mpf-pede-julgamento-antecipado-para-demarcacao-da-terra-sawre-muybu>>. Acesso em: 1º fev. 2017.
24. \_\_\_\_\_. 2015b. *Ação civil pública com pedido de liminar em face de União, Norte Energia S.A., Fundação Nacional do Índio e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis*. Inquérito.
25. \_\_\_\_\_. 2015c. *A encruzilhada Munduruku: depois de séculos defendendo o Tapajós, barragens ameaçam os vivos e perturbam os mortos*. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/a-encruzilhada-munduruku-depois-de-seculos-defendendo-o-tapajos-bar>>.

ragens-ameacam-os-vivos-e-perturbam-os-mortos>. Acesso em: 30 jan. 2017.

26. MIRAS, Julia T. 2015. *De terra(s) indígena(s) à Terra Indígena: o caso da demarcação Krikati*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Brasília: Universidade de Brasília.

27. MOLINA, Luísa Pontes. 2017a. *Terra, luta, vida: autodemarcações indígenas e afirmação da diferença*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Brasília: Universidade de Brasília.

28. \_\_\_\_\_. 2017b. *A conjuntura política brasileira, as terras e as vidas dos índios*. Disponível em: <<http://diplomatieque.org.br/a-conjuntura-politica-brasileira-as-terras-e-as-vidas-dos-indios>>.

29. MONTANHA E MANGABAL. 2013. *Carta de apoio aos Munduruku que ocupam Belo Monte*. Disponível em: <<http://www.xinguvivo.org.br/2013/05/29/ribeirinhos-do-tapajos-enviam-apoio-a-ocupa-cao-de-belo-monte/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

30. MONTEIRO, Telma. 2012. *Diálogo tapajós: tentativa de lavagem cerebral das comunidades*. Disponível em: <<http://telmadmonteiro.blogspot.com.br/2012/11/dialogo-tapajos-tentativa-de-lavagem.html>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

31. MORENO, Camila. 2015. *O Brasil made in China: para pensar as reconfigurações do capitalismo contemporâneo*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo.

32. NASCIMENTO, Sandra. 2016. *Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Nande‘Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucuicui no Chile*. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas.

33. NEVES, Lino V. 2012. *Volta ao começo: demarcação emancipatória de terras indígenas no Brasil*. Tese (Doutorado). Universidade de Coimbra.

34. NODARI, Alexandre. 2007. *A posse contra a propriedade: pedra de toque do Direito Antropofágico*. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Literatura. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina.

35. OLIVEIRA, Rodrigo; VIEIRA, Flávia do A. 2016. *Suspensão de liminar e usinas hidrelétricas: a flexibilização do licenciamento*

ambiental por via judicial. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará.

36. OLIVEIRA, Vinicius H. 2015. *Shatters among Sherds: a study of lithics assemblages of the Upper Tapajós River*. Dissertação (Mestrado). Institute of Archaeology, University College London, Londres.

37. PAIVA, Angela Maria T. 2010. *Das águas do rio, as mulheres em movimento na defesa do Xingu: a resistência contra a construção da hidrelétrica de Belo Monte em Altamira – Oeste do Pará*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Belém: Universidade Federal do Pará.

38. PALMQUIST, Helena. 2016. O governo que age como a sucuri e a resistência dos Munduruku às barragens no Tapajós. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil.

39. PEZZUTI, Juarez Carlos Brito; VIDAL, Marcelo Derzi; FÉLIX-SILVA, Daniely. 2016. Impactos da construção de usinas hidrelétricas sobre quelônios aquáticos amazônicos: um olhar sobre o complexo hidrelétrico do Tapajós. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil.

40. PONTES JR., Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. 2016. Usina hidrelétrica de São Luiz do Tapajós e a consulta prévia aos povos indígenas e comunidades tradicionais. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará.

41. PÚBLICA, Agência. 2015. *Ninguém os ouviu*. Disponível em: <<http://apublica.org/2015/02/ninguem-os-ouviu/>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

42. PUGLIESE JR., Francisco Antônio; VALLE, Raoni Bernardo M. 2016. Sobre sítios arqueológicos e lugares significativos: impactos socioambientais e violações dos direitos culturais dos povos indígenas



e tradicionais pelos projetos de usinas hidrelétricas na bacia do rio Tapajós. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará.

43. ROCHA, Bruna S.; OLIVEIRA, Vinicius H. 2016. Floresta virgem? O longo passado humano da bacia do Tapajós. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará.

44. SENA, Edilberto. 2013. *Respostas às falácias do “Grupo de Estudos Tapajós”*. Disponível em: <<https://candidoneto.blogspot.com.br/2013/02/respostas-as-falacias-do-grupo-de.html>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

45. TORRES, Maurício. 2016. Um rio de muita gente. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará.

46. TRINDADE, Flávia B., FERREIRA, Gustavo G.; ALBERTIN, Heidi A.; VEDOVATO, Luís R.; CECARELLI, Marcelo B.; ANGELETTI, Maria Carolina G.; TEMER, Thaís; SAMPAIO, Alexandre A. 2016. A suspensão de segurança: peixe fora d’água diante da Constituição democrática. In: ALARCON, Daniela; MILIKAN, Brent; TORRES, Mauricio (Org.). *Ocekadi: hidrelétricas, conflitos ambientais e resistência na bacia do Tapajós*. Brasília, DF: International Rivers Brasil; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará.

47. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. 2015. *Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/25782893/Sobre\\_a\\_no%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_etnoc%C3%ADdio\\_com\\_especial\\_aten%C3%A7%C3%A3o\\_ao\\_caso\\_brasileiro](https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_no%C3%A7%C3%A3o_de_etnoc%C3%ADdio_com_especial_aten%C3%A7%C3%A3o_ao_caso_brasileiro)>. Acesso em: 30 jan. 2016.

48. \_\_\_\_\_. 2016. *Os involuntários da pátria*. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/25144372/OS\\_INVOLUNT%C3%81RIOS\\_DA\\_P%C3%81TRIA](https://www.academia.edu/25144372/OS_INVOLUNT%C3%81RIOS_DA_P%C3%81TRIA)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

49. WOOLFORD, Andrew. 2009. Ontological destruction: genocide and Canadian aboriginal peoples. *Genocide Studies and Prevention*, v. 4, n. 1, p. 81-97.

# MARCO TEMPORAL: A “ESTÁTUA DE MURTA” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DANIEL PINHEIRO VIEGAS<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo busca demonstrar que dentro do campo jurídico se reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais, permitindo aos magistrados fundamentarem suas decisões nas razões de decidir de julgados precedentes, no que se denomina codificação das decisões judiciais. Por meio do estudo de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal antes e depois da Constituição de 1988, investigou-se como a mais alta Corte do Poder Judiciário nacional tem interpretado a tradicionalidade da ocupação indígena, a fim de identificar quais elementos dessas decisões judiciais estão sendo extraídos como regras gerais, que universalizam determinados valores a serem utilizados em outros casos levados à decisão do sistema jurídico. Com isso se pretende extrair as raízes jurisprudenciais do marco legal, que se apresenta como uma tentativa de pôr uma “pá de cal” sobre os direitos territoriais indígenas.

**Palavras-chave:** Terra. Território. Indígena. Direito constitucional. Marco temporal.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi assessor jurídico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), advogado da Comissão Pastoral da Terra (CPT) e da Federação dos Trabalhadores Rurais em Pernambuco. Atualmente é procurador do Estado do Amazonas (PGE/AM) lotado na Procuradoria de Patrimônio Imobiliário e Fundiário do Estado, além de pesquisador no Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia.

## ABSTRACT

This article seeks to demonstrate that within the legal field the role of jurisprudence in the creation of general norms is strengthened, allowing magistrates to base their decisions on the reasons for deciding on previous judgments, in what is called codification of judicial decisions. Studying the jurisprudential precedents of the Federal Supreme Court before and after the 1988 Constitution, to investigate how the highest court of the national judiciary interprets the traditionality of indigenous occupation in order to identify which elements of these judicial decisions are being extracted as general rules, which universalize certain values, to be used in other cases brought to the decision of the legal system. This is intended to extract the jurisprudential roots of the legal framework, which is presented as an attempt to put a “spade of lime” on indigenous territorial rights.

**Keywords:** Land. Territory. Indigenous. Constitutional right. Time frame.

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. Normas jurídicas e diferença entre significante e significado
  3. Construção jurisprudencial do marco legal: a norma como “pá de cal”
    - 3.1 Precedentes paradigmas da Petição n. 3.388 (2009) e do Recurso Extraordinário n. 44.585 (1962)
    - 3.2 *Síndrome de Copacabana*: disputas do *campo político e social* nos precedentes judiciais da Corte Constitucional
  4. Marco legal como *ratio decidendi* e argumento *ad absurdum*
  5. Considerações finais
- Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O padre Antônio Vieira, na obra Sermão do Espírito Santo, escrito em 1657, estabelece no § III uma profícua comparação dos povos europeus e americanos com dois tipos de estátuas, as de mármore e as de murta. Menciona o religioso que a

estátua de mármore custa muito a fazer, pela dureza e resistência da matéria; mas, depois de feita uma vez, não é necessário que lhe ponham

mais a mão: sempre conserva e sustenta a mesma figura; a estátua de murta é mais fácil de formar, pela facilidade com que se dobram os ramos, mas é necessário andar sempre reformando e trabalhando nela, para que se conserve.

Se deixa o jardineiro de assistir, em quatro dias sai um ramo que lhe atravessa os olhos, sai outro que lhe descompõe as orelhas, saem dois que de cinco dedos lhe fazem sete, e o que pouco antes era homem, já é uma confusão verde de murtas.

Eis aqui a diferença que há entre umas nações e outras na doutrina da fé. Há umas nações naturalmente duras, tenazes e constantes, as quais dificulosamente recebem a fé e deixam os erros de seus antepassados; resistem com as armas, duvidam com o entendimento, repugnam com a vontade, cerram-se, teimam, argumentam, replicam, dão grande trabalho até se renderem; mas, uma vez rendidas, uma vez que receberam a fé, ficam nela firmes e constantes, como estátuas de mármore: não é necessário trabalhar mais com elas.

Há outras nações, pelo contrário – e estas são as do Brasil –, que recebem tudo o que lhes ensinam com grande docilidade e facilidade, sem argumentar, sem replicar, sem duvidar, sem resistir; mas são estátuas de murta que, em levantando a mão e a tesoura o jardineiro, logo perdem a nova figura, e tornam à bruteza antiga e natural, e a ser mato como dantes eram.

É necessário que assista sempre a estas estátuas o mestre delas: uma vez, que lhes corte o que vicejam os olhos, para que creiam o que não vêem; outra vez, que lhes cerceie o que vicejam as orelhas, para que não dêem ouvidos às fábulas de seus antepassados; outra vez, que lhes decepe o que vicejam os pés, para que se abstenham das ações e costumes bárbaros da gentilidade. E só desta maneira, trabalhando sempre contra a natureza do tronco e humor das raízes, se pode conservar nestas plantas rudes a forma não natural, e compostura dos ramos. (VIEIRA, 2009).

Essa diferença, entre as nações na doutrina da fé, se reproduz na doutrina do direito quando o Poder Judiciário, inerte a como os povos e comunidades tradicionais interpretam e vivenciam seus direitos territoriais, utiliza-se da categoria “tempo”, como se fundamento jurídico fosse, para impor limites às reivindicações e mobilizações étnicas, num esforço de podar as “estátuas de murta” territorial e cultural de indígenas e quilombolas.

O caso mais evidente e ponto de partida da análise dos precedentes foi o julgamento da Petição n. 3.388 em 2009, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF), apesar de o § 1º do artigo 231 da Constituição Federal (CF) de 1988 ter definido o conceito de terra tradicionalmente

ocupada<sup>2</sup>, realizou outra escolha política. Nesse julgamento, que se refere ao caso da Terra Indígena (TI) Raposa Serra do Sol, estabeleceu-se a data da promulgação da CF de 1988 como marco temporal<sup>3</sup> para aferição das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Esse mesmo marco temporal voltou a aparecer em 2015, no voto da ministra Rosa Weber no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239, cujo objeto era o Decreto n. 4.887/2003, que regulamentou o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidades quilombolas, pelo critério da autoidentificação.

A questão aqui é: como a Suprema Corte nos julgamentos citados interpreta o texto constitucional e constrói uma norma jurídica que limita uma identidade étnica e territorial no tempo, sem que a própria Constituição e seus princípios fundamentais conduzam a essa poda das reivindicações de minorias como os indígenas e quilombolas?

A partir da resposta a essa questão, este artigo busca demonstrar a necessidade de uma interpretação constitucional, em que a “*ocupação tradicional*” não esteja limitada no tempo linear, pois se revela em uma nova concepção semântica, na qual o “tradicional” é considerado como atrelado a fatos do presente e a reivindicações atuais (ALMEIDA, 2008, p. 19). É o que se observa nas experiências etnogenéticas dos povos indígenas no Brasil, em que a reivindicação por espaços territoriais não está associada à relação de tempo e espaço, mas à necessidade de materialização, construção e reconstrução das suas tradições, como objeto de proteção constitucional.

## 2. NORMAS JURÍDICAS E DIFERENÇA ENTRE SIGNIFICANTE E SIGNIFICADO

Como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 252), “a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade

---

<sup>2</sup> “§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

<sup>3</sup> Técnica de limitação da política de reconhecimento e redistribuição que aparecem no julgamento do Recurso Extraordinário n. 44.585, em 1961, e no Decreto n. 3.912, de 10 de setembro de 2001.

de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica”. Assim, a norma jurídica é construída a partir dos enunciados do sistema de direito positivo, observada a realidade social, não se confundindo com o texto que a veicula. Ela é o produto da interpretação dos dispositivos do sistema do direito positivo.

Adeodato (2011, p. 103), tratando em termos da semiótica contemporânea, da confusão comum de se imaginar que o “ordenamento jurídico” é composto de um conjunto de “normas”, esclarece que “as fontes do direito são significantes, enquanto as normas jurídicas são significados, cujos alcances e sentidos só se podem determinar diante do caso concreto”. Prossegue o autor explicando que as fontes são textos, tais como gestos ou palavras oralmente pronunciadas, “que procuram expressar, significar, simbolizar normas jurídicas. Para perceber essa diferença entre significante e significado, Adeodato (2011, p. 203) invoca

a relação entre algarismo e número. O mesmo significado do número “dois” (que é uma ideia) pode ser expresso por diversos significantes, gestuais, orais e textuais, tais como 2, *zwei*, II, *two*, *dos*. É a mesma diferença que existe entre as fontes do direito (leis, portarias, instrumentos contratuais, costumes jurídicos) e as normas jurídicas que elas procuram expressar.

A teoria estruturante de Müller afirma que o legislador só faz o texto, um dado de entrada para a construção objetiva da norma no caso concreto: o texto da norma não tem ainda qualquer significado (prévio), mas apenas validade, está validamente posto.

Friedrich Müller, para quem não se pode separar “a norma” de sua interpretação, o que significa dizer que só diante do caso individual é criada a norma jurídica e que a generalidade, assim como a validade, é característica do texto e não da norma. Assim, qualquer expressão normativa genérica, como a lei ou a medida provisória, está incompleta, e isso não se afigura uma disfunção sua, mas é hermeneuticamente necessário. O decididor no caso concreto é quem cria a norma jurídica, da qual o texto é uma pequena parte, um dado de entrada.

Com isso, Adeodato (2011, p. 103) observa que as “normas” não são textos estáticos, não “estão ali” na lei ou no código, definitivamente prontos e acabados. Para saber “o que os textos querem dizer, como efetivamente cooperam para o tratamento dos conflitos, vai depender de como os profissionais do direito entendem esses mesmos textos diante do caso concreto”.

Dessa maneira, diante do caso jurídico posto para solução, os operadores do direito devem buscar as fontes normativas para, a partir

delas, desenvolver a argumentação do que pretendem defender, o que para Adeodato (2011, p. 104) caracteriza o dogma da dogmática jurídica, ou seja, dentro dessa sistemática, o argumento só tem validade na medida em que se reporta às fontes do direito pertinentes ao caso, válidas e vigentes, recordando as explicações de Tércio Sampaio de que uma das características da dogmática é a inegabilidade dos pontos de partida. Portanto, a “norma jurídica permanece como uma ideia, um significado que se tenta comunicar por meio das fontes, até que se concretize na decisão do caso, a rigor após o trânsito em julgado” (ADEODATO, 2011, p. 104).

É esse o ponto que nos interessa no presente estudo, pois o que Adeodato descreve é exatamente o campo de disputa posto aos operadores do direito para a construção das normas jurídicas que serão extraídas do texto constitucional do artigo 231, *caput* e § 1º, que regulamenta o direito territorial indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Para tanto, recorre-se também à teoria de Pierre Bourdieu (2011), que, ao explicar o que é o direito, na sua estrutura e no seu efeito social, entende que é preciso retornar à lógica própria do trabalho jurídico no que ele tem de mais específico: a atividade de formalização e os interesses sociais dos agentes formalizadores. Para Bourdieu:

Deixando de se perguntar se o poder vem de cima ou de baixo, se a elaboração do direito e a sua transformação são produto de um “movimento” dos costumes em direção à regra, das práticas coletivas em direção às codificações jurídicas ou, inversamente, das formas e das fórmulas jurídicas em direção às práticas que elas informam, é preciso ter em linha de conta o conjunto das relações objectivas entre o campo jurídico, lugar de relações complexas que obedecem a uma lógica relativamente autônoma, e o campo do poder e, por meio dele, o campo social no seu conjunto. É no interior deste universo de relações que se define os meios, os fins e os efeitos específicos que são atribuídos à acção jurídica. (2011, p. 240).

Segundo Bourdieu (2011), a prática dos agentes encarregados de produzir o direito e de aplicá-lo deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, embora possam existir alguns conflitos de competência que os venham a opor, como na hipótese de uma valorização dos precedentes em detrimento das disposições normativas legais.

Com isso, Bourdieu oferece um substrato analítico que ajuda a compreender por que as decisões judiciais tomadas pela Corte



Constitucional brasileira quanto à reivindicação de territórios tradicionais a distanciam do seu papel contramajoritário e a aproximam do poder simbólico exercido em favor de um modo social que busca se forjar hegemônico.

### 3. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO MARCO LEGAL: A NORMA COMO “PÁ DE CAL”

Dentro do *campo jurídico*, há um consenso entre os seus *agentes* de que está havendo uma mudança na feição da atividade jurisdicional no Brasil a partir de alterações legislativas, as quais têm permitido uma atuação mais criadora do direito por parte dos magistrados. Essa mudança é mais significativamente atribuída ao método de *dizer o direito*, provocando alterações em institutos vinculados às raízes do direito positivo brasileiro, de matriz romano-germânica, chamado de *civil law*, em que se tem na lei o primado da fonte do direito.

Alega-se que o direito brasileiro passa a sofrer forte influência de institutos do sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, informado pela teoria do *stare decisis*, que decorre da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (DIDIER; OLIVEIRA, 2011, p. 289). Ou seja, por mais que possa parecer ambíguo, o que tem acontecido é a verificação de uma maior atividade criadora dos magistrados, que passam a fundamentar outras sentenças, em uma codificação dos precedentes judiciais.

Nesse sentido, um precedente judicial nada mais é do que uma parte da decisão judicial proferida na resolução de um caso concreto, a qual, segundo Tucci (2004, p. 79), “é composta de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do procedimento decisório”.

Portanto, o que tem força persuasiva no precedente judicial é a chamada, no direito inglês, de *ratio decidendi*, ou *holding*, no direito estadunidense (ALBUQUERQUE SILVA, 2005), que constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto, que por sua vez é “composta de: (i) indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), (ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) juízo decisório (*judgement*)” (TUCCI, 2004, p. 83):

importante assentar que ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise. Assim, só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada. (DIDIER; OLIVEIRA, 2011, p. 388).

Demonstra-se, com isso, que dentro do *campo jurídico* se reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais, permitindo aos magistrados fundamentarem suas decisões nas *razões de decidir* de julgados precedentes, no que se denomina *codificação das decisões judiciais*.

Este subcapítulo busca analisar os precedentes jurisprudenciais do STF antes e depois da Constituição de 1988, para investigar como a mais alta Corte do Poder Judiciário nacional tem interpretado a *tradicionalidade da ocupação indígena* e identificar quais elementos dessas decisões judiciais estão sendo extraídos como regras gerais, que universalizam determinados valores a serem utilizados em outros casos levados à decisão do sistema jurídico.

Para tanto, é necessário observar que houve uma continuidade na interpretação do direito territorial indígena desde a Constituição de 1946, mesmo constatando-se profundas modificações normativas até o texto constitucional contemporâneo, que veio a culminar com o julgamento da Petição n. 3.388, em 2009, no caso da TI Raposa Serra do Sol, em que se codificou uma interpretação jurídica quanto ao conceito de ocupação tradicional.

### **3.1 Precedentes paradigmas da Petição n. 3.388 (2009) e do Recurso Extraordinário n. 44.585 (1962)**

Como já mencionado, algumas questões foram inauguradas no julgamento da Petição n. 3.388 em dissonância com o entendimento histórico da própria Corte Constitucional, como, por exemplo, a distinção entre “terra” e “território” indígena, feita pelo ministro Ayres Britto, autor do voto condutor do acórdão. O ministro relator fez constar no item 7, intitulado “AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESA-

## BONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS POVO, PAÍS, TERRITÓRIO, PÁTRIA OU NAÇÃO INDÍGENA”, o seguinte teor:

Somente o território enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão só, em terras indígenas. A traduzir que os grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, País, Pátria, território nacional ou povo independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de nacionalidade e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (BRASIL, 2009).

Não se encontra tal diferenciação em outros precedentes, porém o oposto, o reconhecimento dos diversos indígenas como “povos” e o seu direito a um “território”, sem nenhuma preocupação com a unidade territorial nacional ou com eventuais simbolismos das expressões. É o que se observa no julgamento do Recurso Extraordinário n. 44.585 (BRASIL, 1962), da relatoria do ministro Victor Nunes Leal, um paradigma desde a década de 1960, que, ao apreciar a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Mato Grosso, a qual reduziu o território indígena dos Kandiwéus, assim dispôs:

A Constituição Federal diz o seguinte: “Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem a e disponibilidade das terras, objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do *habitat* de um povo. Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios,

embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Do exposto acima, depreende-se que o ministro Victor Nunes Leal consignou em seu entendimento o direito ao “território” indígena ocupado, do qual os indígenas retiravam sua subsistência sem nenhuma distinção com a expressão “terra” indígena, como posteriormente veio a fazer o STF.

Essa distinção conceitual entre dois julgados, num período de pouco mais de cinquenta anos, recorda a lição de Bourdieu (1989), segundo a qual a jurisprudência, embora se repita, nunca é do mesmo modo; há distinções, ainda que sutis, reveladoras de disputas do *campo político* e *social*, que interferem e relativizam a autonomia do *campo jurídico*. Assim, a divergência quanto à “terra” e ao “território” foi a distinção mais significativa entre os julgados citados, cujas semelhanças demonstram que o acórdão do caso Raposa Serra do Sol é uma tentativa de codificação de normas jurídicas, a partir da interpretação construída nesse período pelo Poder Judiciário, embora tenham existido quatro textos constitucionais distintos nesse mesmo intervalo.

### **3.2 Síndrome de Copacabana: disputas do campo político e social nos precedentes judiciais da Corte Constitucional**

Muitas das questões dispostas no acórdão do julgamento da Petição n. 3.388 já haviam surgido em julgamentos anteriores à CF de 1988, sempre como um esforço de encerrar as reivindicações territoriais indígenas, com fundamento em argumentos que têm um encaideamento silogístico.

O primeiro ponto que chama a atenção foi o estabelecimento de um critério objetivo para o reconhecimento do domínio das comunidades

indígenas sobre seus territórios, ao se interpretar que a CF de 1988 estabeleceu a sua promulgação como um marco temporal para o reconhecimento apenas da ocupação territorial indígena, contemporânea à data de 5 de outubro de 1988, conforme se lê no item 11 do acórdão da Petição n. 3.388, intitulado “O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS”:

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da

causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. (BRASIL, 2009).

Prosseguindo em seu posicionamento, o ministro Ayres Britto também faz uma interpretação do que seriam os “direitos originários” sobre as “*terras tradicionalmente ocupadas*”, afirmando:

12. DIREITOS ORIGINÁRIOS. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de originários, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como nulos e extintos (§ 6º do art. 231 da CF). (BRASIL, 2009).

Com esse entendimento, o ministro Ayres Britto propõe “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena” (BRASIL, 2009), entendendo que a tradicionalidade da ocupação indígena está na identificação das terras em que estavam presentes no marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Ou seja, exige-se uma posse anterior e ininterrupta.

Esse entendimento é uma repetição do que foi decidido, *obter dictum*, pelo ministro Victor Nunes Leal no Recurso Extraordinário n. 44.585 (BRASIL, 1962), ao não admitir a redução da TI Kandiwéu a partir da interpretação de que a CF de 1946 havia reconhecido aos índios o território que ocupavam na data da promulgação. Ou seja, naquele julgado, a Constituição de 1946 foi definida como marco temporal limite para reconhecimento ao direito ao território indígena. De acordo com o ministro Victor Nunes Leal:

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária a sua subsistência. Essa área, existente na data

da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas. (BRASIL, 1962).

Observa-se que, para justificar a necessidade de limitação das reivindicações territoriais indígenas, o principal argumento, historicamente recorrente nos precedentes jurisprudenciais do STF, é a chamada “Síndrome de Copacabana”, que apareceu pela primeira vez no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.234 (BRASIL, 1980a), de relatoria do ministro Cunha Peixoto, em que o ministro Cordeiro Guerra, a propósito da interpretação do § 1º do artigo 198 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, afirmou que:

a serem interpretados em sua literalidade, teriam estabelecido o confisco da propriedade privada neste País, nas zonas rurais, bastando que a autoridade administrativa dissesse que as terras foram, algum dia, ocupadas por silvícolas. Ora, nós somos um País de imigração, um País continental, em que o homem civilizado abre caminho para a criação do seu império.

Prossegue o ministro Cordeiro Guerra, afirmando que o direito à posse permanente das terras habitadas pelos “silvícolas”

só pode ser aplicado nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios. (BRASIL, 1980a)<sup>4</sup>.

Quanto à vinculação do direito territorial à ancianidade e ininterruptão da posse, ou seja, à ocupação indígena a partir da demonstração de uma vinculação a determinado espaço geográfico, considerando a presença de elementos arqueológicos, trata-se de uma compreensão mais comum, já que, pela tradição jurídica nacional, decorrente da Lei de Terras (1850) e da doutrina do *indigenato* de João Mendes Júnior (1912), entende-se que o direito dos povos autóctones se deve à anterioridade da sua presença em relação aos colonizadores.

<sup>4</sup> O ministro mantém seu entendimento mesmo fazendo uma diferenciação entre a usurpação que se deu no início do processo de colonização e a que ocorreu posteriormente, com a usurpação das TIs por invasores, ao afirmar que, “quando o civilizado invade o território indígena e se estabelece pela força, nesses casos, se há de aplicar os §§ 1º e 2º do artigo 198, mas não no caso do colonizador, do desbravador do País. Deixo, assim, isto bem claro, como *avant première* do meu pensamento, porque não me deixo levar por um sentimentalismo mal orientado, que pode conduzir à atrofia do País, ou à inquietação rural, com resultados imprevisíveis” (BRASIL, 1980a).

Foi exatamente essa a prova que se exigiu do povo Xavante no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.215 (BRASIL, 1980b), em 5 de março de 1980, cujo objeto era a regularidade da titularidade de domínio de glebas dentro de Reserva Indígena Pimentel Barbosa, no município de Barra do Garças, em Mato Grosso, ocasião na qual o relator, ministro Décio Miranda, afirmou:

(...) as terras em causa não são ocupadas por silvícolas, ou já não eram desde os idos de 1960, que parece ter sido a época de sua transmissão a particulares pelo Estado de Mato Grosso, os títulos dos impetrantes, a admitir que tenha, regularmente essa origem, sobrenadariam à impugnação que se lhes viesse a fazer sob esse aspecto.

Mais adiante, o relator, ministro Décio Miranda, julgou pela procedência do pedido de indenização com o fundamento da inexistência de posse ancestral, aferível arqueologicamente, ao concluir que:

nas terras em causa não se achavam permanentemente localizados os silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946) à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), nem havendo indícios de que tenha sido “habitat” imemorial dos índios, pois que eles foram trazidos para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), os títulos de propriedade do autor são válidos, e a União não poderia ter se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as perdas e danos a que deu causa. (BRASIL, 1980b).

Adequado e relevante para a discussão tratada no presente estudo o registro do ministro Aldir Passarinho em seu voto no Mandado de Segurança n. 20.215, que, embora não tenha sido utilizado na conclusão do seu raciocínio jurídico sobre o caso, é relevante para a discussão tratada no presente estudo:

De modo que também acolho, no particular, o voto do Sr. Ministro Relator. Apenas não posso deixar de manifestar minha surpresa quanto a uma venda de terras do Estado de Mato Grosso, numa área que parece ser enorme e que ficou sem utilização por período longo, quando parece óbvio, que se o Estado a vendeu é porque deveria ela ter destinação útil, e não ser deixada para simples valorização em exploração imobiliária. (BRASIL, 1980b).

Ou seja, embora os ministros do STF tenham julgado procedente o pedido do mandado de segurança, obrigando a União a indenizar os impetrantes/proprietários de fazendas dentro do perímetro da TI Xavante, com o fundamento de que havia mais de vinte anos os indígenas não tinham a posse do local, deixaram claro que os não índios também nunca exerceram atos de posse, contudo lhes reconheceram o direito à indenização.



A exigência da ancianidade e da ininterrupção da posse indígena para reconhecimento da tradicionalidade da ocupação aparece também no julgamento da Ação Cível Originária n. 278-8, em 10 de agosto de 1983, que apreciou o pedido de indenização por desapropriação indireta de imóvel dentro do perímetro do Parque Nacional do Xingu, em Mato Grosso, na margem direita do rio Xingu. Nesse julgado, o relator, ministro Soares Muñoz, reproduz trechos do parecer do jurista Miguel Reale, que sintetiza o desconhecimento e reducionismo reflexivo do pensamento jurídico conservador nacional, segundo o qual o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autoriza, todavia, a União a estender “*ad libitum*”, por ato unilateral de puro arbítrio, a área que o art. 4º, item IV, da atual Constituição lhe confere. A admitir-se a inexistência de uma “relação proporcional entre as tribos e o território a elas indispensável, a fim de manter íntegro e intocável o tipo de vida que lhes é próprio, não restariam mais terras devolutas para grande número de Estados, nem sobraria espaço para as propriedades privadas”. (BRASIL, 1983).

Ressalta-se, entretanto, que ainda não foi harmonizado pela Suprema Corte o conflito existente entre a exigência da ininterrupção da ocupação indígena com a compreensão da manutenção da qualidade de indígena de determinado território quando desocupado na data da promulgação da CF por decorrência de atos de violência.

Nota-se que o ministro Ayres Britto entende que a privação da posse direta da terra na data da promulgação da Constituição de 1988, em decorrência de atos de violência, não descaracterizaria a ocupação tradicional:

onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não índios, é claro que o caso não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade do direito sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios. (BRASIL, 2009).

Esse entendimento já estava consagrado a partir da Constituição de 1988. No julgamento da Ação Cível Originária n. 323-7, que

tinha por objeto a declaração de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais concedidos pelo governo do estado de Minas Gerais e incidentes sobre área de ocupação “imemorial” do povo indígena Krenak, passou-se a entender que o fato de não estar mais na posse de seu território tradicional não retiraria a natureza de TI. Conforme voto do ministro Néri da Silveira (BRASIL, 1993), “tratava-se de terras ocupadas por índios ao longo do tempo e se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não a descaracterizou como terras de índios”.

Já havia surgido, também, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 469-RS, em 10 de maio de 2000, cujo objeto era a nulidade de títulos concedidos pelo estado do Rio Grande do Sul na área dos Kaingangs do Toldo Ventara. Constatou do voto do relator, ministro Ilmar Galvão (BRASIL, 2000):

Diante de tais questões, é fora de dúvida que soa como de todo desinflante para seu deslinde todo e qualquer esclarecimento que se poderia acrescentar ao laudo, acerca da quantidade de índios remanescentes ou do grau de sua aculturação, de seus costumes atuais, de sua condição, ou não, de eleitores, etc.

Entretanto, o STF nunca estabeleceu, objetivamente, qual o período de tempo anterior à CF de 1988 se admite que o esbulho sofrido pelas comunidades indígenas, independentemente das intenções, tenha ocorrido “legitimamente”, enquanto um ato de conquista, como defendeu o ministro Nelson Jobim (BRASIL, 1998), ou se de fato o direito originário não prescreve ante o esbulho das comunidades indígenas, independentemente das intenções do autor da violência.

Ante essa incerteza, observa-se que alguns ministros do STF têm aplicado aleatoriamente essa *ratio decidendi*. É o caso do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087/DF<sup>5</sup>, de 13 de agosto de 2014, mais adiante comentado, em que não foi considerado um esbulho que se deu cinquenta anos antes da Constituição de 1988 e cujas vítimas e testemunhas oculares ainda estão vivas.

Contribuiu, também, na construção do entendimento do acórdão que apreciou o caso Raposa Serra do Sol, o Recurso Extraordinário n.

<sup>5</sup> Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com pedido de medida liminar, interposto por Avelino Antonio Donatti, contra acórdão proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que denegou a segurança pleiteada, com o fim de cassar ato do ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria n. 3.219, de 7/10/2009, na qual foi declarada a posse permanente.

219.983-3 (BRASIL, 1998), julgado em 9 de dezembro de 1998, de relatoria do ministro Marco Aurélio, em que se discutia se o artigo 20, incisos I e XI, da Constituição de 1988, alcançava terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas, dando origem ao Enunciado n. 650 da Súmula do STF, segundo o qual “os incisos I e XI do artigo 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por índios em passado remoto”.

Naquele julgamento, o ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, indagou se, considerando as Constituições anteriores e a Constituição de 1988, no que se refere às *terras que tradicionalmente ocupam*, “é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas?”. Segundo o ministro, a resposta é,

desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versavam sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estado atual em que revelada a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do artigo 231, a ocupação, utilizando-se da expressão “(...) as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”, veio no § 1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas. (BRASIL, 1998).

Essa interpretação, segundo o ministro Marco Aurélio, decorre da própria redação do artigo 231, § 2º, da CF, pois “cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se, como atual, a posse” e conclui dizendo que é a “demonstração inequívoca de se haver preservado situação concreta por ela apanhada” (BRASIL, 1998), para novamente retornar à chamada Síndrome de Copacabana e afirmar:

Conclui-se, assim, que a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição de 1988, considerada a regência sequencial da matéria sob o prisma constitucional, não alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito. (BRASIL, 1998).

Nesse mesmo julgamento, o ministro Nelson Jobim (BRASIL, 1998), recordando-se de quando foi ministro da Justiça e teve a oportunidade de se envolver nessa controvérsia sobre terras indígenas, em

seu voto, manifestou-se no mesmo sentido quanto à tese da propriedade indígena das terras imemoriais, que, segundo ele,

começa numa conferência de João Mendes de Almeida sobre o indigenato. Ele cria, então, a figura do indigenato baseado no Alvará Régio de 1680, que se referia aos ocupantes primários e originários das terras. O problema é que as terras só passaram a ser de propriedade da União com a Constituição de 67. Antes, a Constituição de 34, que foi a primeira a constitucionalizar a questão indígena, meramente mandou respeitar a posse das áreas ocupadas pelos indígenas, mas não definiu a propriedade. Tanto isso é verdade que todas as legislações posteriores a 34, até mesmo legislações posteriores a 1891, a um decreto do Presidente Washington Luís, estabelecem a necessidade do Serviço de Proteção aos Índios, que veio a ser substituído depois pela FUNAI, de negociar com os Estados. Há até um extraordinário parecer do Professor Néri da Silveira, quando Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul, sobre uma questão que surgiu naquele Estado envolvendo o Governador Walter Jobim, em 1946, sobre o Toldo Nonoai, em que S. Exa. examina longamente o problema. Somente em 1967, o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos índios eram de propriedade da União. Até então, a regulamentação das terras ocupadas pelos índios era obra dos Estados, e isso era atribuição do Ministério da Agricultura, que negociava com os Estados a forma de legitimar a posse.

Em 1988, começou a aparecer esta expressão, rejeitada amplamente na Assembleia Constituinte e repetida pelo ministro Moreira Alves, a chamada “posse imemorial”. Esse conceito nada tinha a ver com o jurídico, mas com o antropológico, e os grupos indigenistas pretendiam com isso retomar o conceito de posse imemorial para recuperar o indigenato de João Mendes, na famosa Conferência de 1912. Por isso, quando se definiu as terras indígenas, no texto do artigo 231 da Constituição Federal, houve uma longa discussão – e aqui quero contar com a memória do eminente ministro Maurício Corrêa –, num trabalho imenso do senador Severo Gomes, que esclarece perfeitamente a questão da definição das terras indígenas.

A terra indígena no Brasil, por força da definição do parágrafo 1º do artigo 231, se compõe de quatro elementos distintos. O primeiro deles:

“Art. 231. (...)”

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente (...)”

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra “tradicionalmente” não é a posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e

histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. Agora, a terra indígena não é só a área possuída de forma tradicional pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

“(...) as utilizadas para suas atividades produtivas (...)”

Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade indígena sobrevive.

O terceiro elemento que compõe esse conceito de terra indígena:

“(...) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar (...)”

E, por último:

“(...) e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

A partir da composição desses quatro elementos surge, então, os dados objetivos e históricos para a demarcação da terra indígena.

Com esse raciocínio, o ministro Nelson Jobim aderiu ao voto do relator, ministro Marco Aurélio, e registrou a importância de seus fundamentos para “repor, no seu devido lugar, a questão dessas terras indígenas e acabar com essa pretensão” (BRASIL, 1998), firmando um entendimento reproduzido em casos semelhantes (Recursos Extraordinários n. 249.705-3/SP, n. 285.098-5/SP, n. 330.849-1/SP e n. 335.887-1/SP)<sup>6</sup>.

Assim, considerando que no *campo* jurídico brasileiro a jurisprudência assume o protagonismo da criação de normas gerais, conduzindo os magistrados a fundamentarem suas decisões em julgados

<sup>6</sup> Em 2010, a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) apresentou à Comissão de Jurisprudência do STF proposta de enunciado de súmula vinculante, para consolidar o entendimento de que os incisos I e XI do artigo 20 da CF (são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios) não alcançam terras de aldeamentos extintos antes de 5 de outubro de 1988, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. A Comissão de Jurisprudência do STF, da qual participavam a ministra Ellen Gracie (presidente) e os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, se manifestou pelo arquivamento da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) n. 49, com o fundamento de que, no recurso extraordinário do qual se originou a Súmula n. 650/STF, a discussão não guardava relação alguma com o tema da demarcação de reservas indígenas, e que a Confederação “busca, claramente, obter uma nova e mais ampla dimensão do texto sumular, desvinculando-o, por completo, da restrita questão jurídico-constitucional que o originou”. A ministra Ellen Gracie e os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski entenderam que a deliberação sobre a edição de enunciado de súmula a respeito do assunto dependeria da existência de inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria no exato sentido pretendido pela CNA, restando carente esse requisito formal de existência de reiteradas decisões do Supremo (BRASIL, 2010).

precedentes que se codificam, observa-se que o STF, de maneira não unânime, tem consolidado os seguintes entendimentos, extraídos do artigo 231, § 1º, da CF de 1988:

- A utilização recorrente da chamada “Síndrome de Copacabana”, utilizada sempre como forma de atemorizar a todos com uma eventual reivindicação dos povos indígenas de todo o território brasileiro, ou ao menos de áreas nobres do território nacional, como o bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro, com fundamento na originariedade do direito territorial indígena;
- A vinculação do direito territorial sempre à ancianidade e ininterruptão da posse, ou seja, a ocupação indígena atual e ligada a elementos arqueológicos, independentemente de o direito territorial indígena ter sido ampliado a partir da regra constitucional do artigo 231, § 1º, da CRFB/1988, que identifica diversas possibilidades de qualificação de uma área como TI;
- A CF teria estabelecido data certa, ou seja, a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988), como “insubstituível referencial” para considerar o direito territorial indígena sobre um determinado espaço geográfico; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam naquela data específica;
- O consentimento relativo e arbitrário dos espaços territoriais indígenas de cuja posse direta esses povos eventualmente tenham sido privados na data da promulgação da Constituição, em decorrência de atos de violência, o que em tese não descaracterizaria a ocupação tradicional;
- Uma tendência em manter o mesmo entendimento jurídico (norma jurídica) estabelecido desde o texto constitucional de 1946, ainda que haja grande distinção em relação ao texto da Constituição de 1988.

Diante dessa observação, questiona-se a possibilidade de admitir uma interpretação do texto constitucional em que a tradicionalidade da ocupação indígena seja reconhecida independentemente da existência de elementos arqueológicos, de ancianidade da posse e da sua ininterruptão, a partir do disposto no artigo 231, § 1º.

Essa compreensão interpretativa posta como desafio ao direito é uma condição dos próprios movimentos étnicos que têm exigido o reconhecimento jurídico de “suas formas intrínsecas de uso comum dos recursos naturais e as delimitações de suas territorialidades específicas”, cujas noções preconcebidas e etnocêntricas não comportam mais nenhuma força explicativa ante a necessidade de incorporação do fator étnico (ALMEIDA, 2006, p. 8) e do pluralismo jurídico da Constituição de 1988.

#### 4. MARCO LEGAL COMO *RATIO DECIDENDI* E ARGUMENTO *AD ABSURDUM*

Para que se possa responder à questão apresentada no item anterior, é necessário observar que o STF, não de maneira pacífica, tem atribuído força vinculante ao julgamento do caso Raposa Serra do Sol, embora os ministros tenham, por maioria, no julgamento dos Embargos de Declaração na Petição n. 3.388, de relatoria do ministro Roberto Barroso, entendido que “a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico”, o que significa que “os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar” (BRASIL, 2013).

Além da inexistência de efeito *erga omnes* do julgamento da Petição n. 3.388, no julgamento de um dos embargos de declaração, interposto pelo senador Augusto Affonso Botelho Neto, foi negado provimento ao pedido de exclusão de uma área demarcada por ser de ocupação privada desde 1918, com domínio reconhecido por sentença proferida em ação discriminatória transitada em julgado, em 1983, em virtude do caráter originário do direito dos índios, preponderante sobre quaisquer outros, assim definido pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso:

Não verifico qualquer vício quanto ao ponto, que foi expresso e claramente examinado no acórdão embargado. Já em sua ementa, o julgado destacou o caráter originário do direito dos índios, que preponderaria sobre quaisquer outros. Observou-se, ainda, que a “tradicionalidade da posse nativa (...) não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. Caso das ‘fazendas’ situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da ‘Raposa Serra do Sol’”. (BRASIL, 2013).

Contudo, o relator, ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2013) afirmou que “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões”.

É exatamente a desarmonia desse entendimento entre os próprios ministros da Suprema Corte e a desconsideração do caráter originário do direito a ser protegido que se observa nos julgamentos do Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.100/DF

(BRASIL, 2014a) e do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087/DF (BRASIL, 2014b).

Quanto ao acórdão do Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.100/DF<sup>7</sup>, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de agosto de 2014, no que se referiu à alegada violação do marco temporal imposto, para a caracterização da área como tradicionalmente indígena, qual seja, a promulgação da CF em 5/10/1988, o Plenário do STF entendeu que a decisão proferida na Petição n. 3.388/RR, isto é, em ação popular, seria desprovida de força vinculante e não se estenderia de forma automática, conforme ementa abaixo, com os destaques feitos aqui:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexequível, todavia, nos estreitos limites do *mandamus*. Precedentes. II – O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria – Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 –, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. **IV – O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros, processos em que se discuta matéria similar”.** V – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014a).

Contudo, posteriormente, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087/DF, após a mudança regimental

<sup>7</sup> Trata-se de agravo regimental contra decisão monocrática.



que transferiu para as Turmas a competência para julgar mandados de segurança, o relator originário, ministro Ricardo Lewandowski, manteve o entendimento do voto proferido no Mandado de Segurança n. 31.100/DF, valendo-se das considerações da Procuradoria-Geral da República abaixo transcritas quanto ao reconhecimento do direito territorial indígena:

a demarcação de terras indígenas é matéria propícia a debates fervorosos e palco de interesses antagônicos. Convém, todavia, ressaltar que a Constituição Federal de 1988 reconhece, expressamente, o direito originário das comunidades indígenas sobre terras tradicionalmente ocupadas, conceituando-as como aquelas “que destinam-se a sua posse permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições” (CF, art. 231, § 1º). Assim, ao criar espécie de posse normativa em favor dos povos indígenas, não erige como pressuposto a exatidão dos registros de ocupação anterior. Outra consequência a ser assinalada, também oriunda do texto constitucional, é a impossibilidade de se consolidarem quaisquer direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas por índios.

Estas devem ser objeto de mera declaração do poder público, dando notícia de seu caráter originário. Não prevalecem, em tais circunstâncias, títulos dominiais concedidos pelos estados, nulos de pleno direito face ao reconhecimento da ocupação tradicional. (BRASIL, 2014b).

A posição do ministro Ricardo Lewandowski estava lastreada no laudo antropológico apresentado, que embasou a edição da Portaria n. 3.219, objeto da impugnação pelo mandado de segurança, no qual constava a informação de que:

Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros. Essa estratégia de permanência na terra foi praticada até início da década de 1980, quando as últimas famílias foram obrigadas a deixar o local (BRASIL, 2014b). “A maioria das pessoas com mais de trinta anos que compõem essa parentela [dos Guyraroaká] nasceram em Guyraroká e guardam uma viva memória do território e da vida comunitária que aí desenvolviam. (...) As informações levantadas junto aos índios dão conta da concentração expressiva de população Kaiowá residindo na terra reivindicada em caráter permanente até o início da década de 1940”. (SILVA, 2015, p. 6).

Entretanto, o ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, e tornando-se relator para o acórdão com a adesão da ministra Cármen Lúcia, afirmou:

Em complemento ao marco temporal, há o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta que a ocupação fundiária seja coincidente com o dia e o ano da promulgação, é preciso haver um tipo “qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios.” (voto Min. Ayres Britto, Pet 3.388).

Nota-se, com isso, que o segundo marco é complementar ao primeiro. Apenas se a terra estiver sendo ocupada por índios na data da promulgação da Constituição Federal é que se verifica a segunda questão, ou seja, a efetiva relação dos índios com a terra que ocupam. Ao contrário, se os índios não estiverem ocupando as terras em 5 de outubro de 1988, não é necessário aferir-se o segundo marco.

A decisão impugnada pelo presente recurso ordinário chegou a mencionar a Pet 3.388 e, inclusive, transcreveu trechos relativos à definição dos marcos temporal e tradicional, nela delimitados. Realizou, contudo, equivocada interpretação da jurisprudência desta Casa.

Como visto, há mais de setenta anos não existe comunidade indígena na região reivindicada. Isto é, em 5 de outubro de 1988, marco objetivo insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, essas terras não eram habitadas por comunidade indígena há quase meio século!

O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial. (BRASIL, 2014b).

Por sua vez o ministro Ricardo Lewandowski manteve seu entendimento e confirmou seu voto, recordando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do próprio STF de que “a ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena”. De outro lado, o ministro Gilmar Mendes novamente retornou ao temor da Síndrome de Copacabana ao afirmar que o bairro

certamente teve índios, em algum momento; a Avenida Atlântica certamente foi povoada de índio. Adotar a tese que está aqui posta nesse parecer, podemos resgatar esses apartamentos de Copacabana, sem dúvida nenhuma, porque certamente, em algum momento, vai ter-se a posse indígena. Por isso que o Tribunal fixou o critério, inclusive em relação aos aldeamentos extintos que pegariam uma boa parte de São Paulo. (BRASIL, 2014b).

A partir disso, prosseguiu o ministro Gilmar Mendes, embora sob os protestos do ministro Ricardo Lewandowski de que “Copacabana” seria um argumento *ad absurdum*, redigindo o seguinte acórdão:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJ e 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança. (BRASIL, 2014b).

Os acórdãos dos mandados de segurança citados acima demonstram que o STF tem sido rigoroso em aplicar a data da promulgação da Constituição de 1988 como um marco temporal para o reconhecimento da ocupação indígena; contudo, tem relativizado o direito quando a comunidade indígena é privada de seu território, em decorrência de atos de violência, o que de acordo com a jurisprudência não descaracterizaria a ocupação tradicional.

Diante desses dados, observa-se que a interpretação do artigo 231, § 1º, da CRFB/1988 identificado na jurisprudência tem sempre relacionado o direito territorial indígena a uma posse anterior e ininterrupta ou, quando muito, a elementos arqueológicos que revelem uma vinculação de determinado povo a um território ancestral.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

José Afonso da Silva observa que o STF juntou nessa interpretação “dois conceitos que, na forma como estão sendo entendidos, são nitidamente espoliadores dos direitos fundamentais dos índios: o *marco temporal em 5/10/1988 e o renitente esbulho*” (SILVA, 2015, p. 7), apontando os seguintes pontos metodológicos que revelam os desvios semânticos da concepção de renitente esbulho:

25.1. Primeiro. Essa concepção desvia o foco dos direitos indígenas, interpretando as normas jurídico-constitucionais como se fossem destinadas a comunidades de não índios, por isso quer que os índios e suas comunidades ajam como se vivessem no mundo dito civilizado; é isso que quer dizer aquela exigência de que para caracterizar o esbulho de suas terras pelos não índios o conflito tem que materializar-se “por uma controvérsia possessória ajuizada”. Ora, as regras das Constituição sobre os direitos indígenas têm a natureza de direito protetivo de minorias e, portanto, devem ser compreendidas na conformidade do contexto de vivência dessa minoria. “A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico, por isso, sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse contexto veicula – também se submete às relações de contexto”. Ora, o contexto da vivência confere às normas jurídicas destinadas à proteção indígena um sentido compatível com essa vivência.

25.2. Segundo desvio metodológico é a compreensão dos conflitos sobre as terras indígenas como “um conflito possessório de direito civil”, como se se tratasse de um conflito entre dois indivíduos sobre a posse de um bem, como se fosse uma disputa entre dois fazendeiros, uma disputa individualista. Não é isso que se dá; não é uma disputa de natureza possessória, porque os índios, como observado, não têm uma posse nesse sentido do direito privado. Os direitos dos índios não são de natureza individualista, porque os direitos originários sobre as terras é um direito comunitário no sentido de que as comunidades indígenas é que são primariamente titulares desses direitos; os índios gozam desses direitos como integrantes das respectivas comunidades. É um fenômeno já observado por Jhering ao discorrer sobre as comunidades gentílicas, onde “os bens da gens pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolavelmente ligado à qualidade de membros da coletividade” (*L'Esprit Du Droit Romain*). É por causa dessa dupla dimensão, ao mesmo tempo, individual e comunitária, que inclui os direitos dos índios entre os direitos fundamentais de solidariedade (P. 18)

25.3. Terceiro. Não se compadece com a Constituição essa concepção de que o esbulho não se refere ao passado, pois enquanto a comunidade

usurpada existir os direitos às suas terras perduram, porque a Constituição, art. 231, § 4º, declara que são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Aquela concepção constitui, pois, uma forma de extinção pretoriana de direitos imprescritíveis, em afronta à Constituição. Vale dizer, pois, que a comunidade despojada de suas terras pelos não índios tem direito a elas retornar a qualquer tempo e isso deve ser garantido pelo Poder Público, inclusive o Poder Judiciário, que tem o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, nos termos do *caput* do art. 231 da Constituição. (SILVA, 2015, p. 18).

Os desvios semânticos apontados por José Afonso da Silva se explicam pelas próprias razões adotadas pelo ministro Gilmar Mendes quanto ao estabelecimento do marco temporal, ao afirmar, em seu voto, que o “objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre as terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas” (BRASIL, 2014b):

Fica claro, por esse texto, que o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, ainda que essa proteção seja uma exigência da Constituição, que até determina competir a União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. A Constituição o diz no *caput* do art. 231, mas o Supremo Tribunal Federal diz o contrário em última instância. Fica claro também que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infundáveis sobre as terras não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas. Fica claro ainda, segundo esse voto, que os conflitos entre índios e fazendeiros devem ser resolvidos em detrimento dos direitos dos índios, sem se levar em conta as normas constitucionais que os protegem! (SILVA, 2015, p. 11).

Portanto, à parte os interesses revelados nas interpretações do ministro Gilmar Mendes, será que a tradicionalidade da ocupação indígena está sempre relacionada ao passado e, no caso do direito territorial indígena, o artigo 231, § 1º, da CRFB/1988 permite como único caminho interpretativo a exigência de uma vinculação ao passado? Há uma coerência entre as normas jurídicas criadas a partir dos precedentes da Suprema Corte e as pretensões de reconhecimento de direitos da CF de 1988?

Mais que isso, essas normas jurídicas extraídas pelo Supremo estão em harmonia com a insurgência dos povos indígenas, a partir da promulgação da CRFB/1988, ou será apenas uma tentativa de marmorificar os direitos territoriais indígenas, sem perceber que, em verdade, apenas se está criando uma estátua de murta?

Não há justificativa interpretativa para admitir que o artigo 231, § 1º, da CF de 1988 tenha seu sentido alterado para afirmar a existência de uma limitação temporal do direito territorial indígena, principalmente porque foi justamente a reivindicação territorial desses povos que culminou com o próprio texto constitucional, que por sua vez legitimou a ação social posterior desses grupos étnicos.

Portanto, não cabe associar o direito territorial desses grupos étnicos aos institutos jurídicos de aquisição por prescrição temporal, porém sim à especificidade com que constroem e reconstróem suas tradições e à escolha política e constitucional do Estado Brasileiro em protegê-las. A reivindicação por espaços territoriais não está associada à relação de tempo e espaço, mas à necessidade de materialização, construção e reconstrução das suas tradições, como objeto de proteção constitucional.

Assim, a “*ocupação tradicional*” se revela uma nova concepção semântica, na qual o “tradicional” é considerado como atrelado a fatos do presente e a reivindicações atuais (ALMEIDA, 2008, p. 19) e conduz à conclusão de que, para além do *indigenato*, o § 1º do artigo 231 e o artigo 215, § 1º, ambos da CRFB/1988, positivaram o instituto da *territorialização*, como um processo natural e reverso à política indigenista territorial praticada pelo Estado colonial e, posteriormente, pelo Estado Brasileiro, em que o direito territorial não é apenas originário de uma anterioridade da posse ou da presença indígena, mas decorrente da proteção constitucional ao direito de existir desses grupos étnicos, com suas especificidades.

Sugiro um novo caminho interpretativo, fundado nos elementos fáticos provocados pelo movimento indígena e materializados na Constituição de 1988 e na Convenção n. 169 da OIT, que parte do princípio de que ao Estado Brasileiro (inclusive os estados e o Distrito Federal) se impôs o dever de garantir o pleno exercício dos direitos culturais, de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (artigo 215, CRFB/1988), em especial o de proteger as manifestações das culturas indígenas (§ 1º do artigo 215, CRFB/1988).

Esse reconhecimento territorial deve se dar a partir da identificação, nas comunidades indígenas, de elementos empiricamente observáveis, como: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefi-

nição do controle social sobre os recursos ambientais; e 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado (OLIVEIRA, 1997, p. 22).

Dessa maneira, a partir de Dworkin (2002), pode-se concluir que a expressão “*terras que tradicionalmente ocupam*” não é uma expressão “vaga”, mas, sim, um “conceito” constitucionalmente estabelecido e que não admitiria a aplicação da concepção do STF, que não pode ser justificada pela teoria da mutação constitucional, para alegar uma limitação temporal do direito territorial indígena, já que se trata de alteração semântica que conduz à exclusão de grupos minoritários, e não o inverso como é aceito pela doutrina constitucional.

Para além disso, a jurisprudência do STF se sustenta na interpretação capitaneada por Ferraz (2004), que usa como ponto de partida a interpretação biológica da ideia de *habitat* e, valendo-se do instituto do *indigenato* (1912), indica uma determinação geográfica para conseguir extrair um marco temporal, em contraposição ao marco do uso tradicional, estabelecida pelo legislador constituinte.

Dessa forma, coloca-se ao direito o desafio de, a partir da crítica ao próprio conteúdo do conceito de interpretação, incluir a perspectiva de quem vive a norma e a interpreta (HÄBERLE, 2002, p. 13), para permitir conhecer o “outro” por razões de coexistência e de alargamento de horizontes, e não mais por razões de controle e de dominação externa (SAID, 2007, p. 19), muito menos para lhes pôr sob uma ineficaz “pá de cal” ante a força da murta.

## REFERÊNCIAS

1. ADEODATO, João Maurício Leitão. A construção retórica do ordenamento jurídico: três confusões sobre ética e direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 3, p. 103-114, Abr. 2011. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1990/2176>>. Acesso em: 3 ago. 2014.
2. ALBUQUERQUE SILVA, Celso de. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
3. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.

4. \_\_\_\_\_. Arqueologia da tradição: uma apresentação da coleção “Tradição & Ordenamento Jurídico”. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas*. Manaus: PPGSCA-UFAM/Fundação Ford, 2006.
5. BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O poder simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
6. BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 maio 2014.
7. \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2014.
8. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Voto apresentado na sessão plenária de 18/4/2012. ADIN ajuizada pelo DEM contra o Decreto n. 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205330>>. Acesso em: 20 nov. 2014.
9. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239*. Voto: Ministra Rosa Weber. Plenário. 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.
10. \_\_\_\_\_. *Ação Cível Originária n. 278*. Desapropriação indireta de imóvel para integrar o Parque Nacional do Xingu, de relatoria do ministro Soares Muñoz. Julgado em 10 de agosto de 1983. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 107, p. 461 et seq., 1984.
11. \_\_\_\_\_. *Ação Cível Originária 323-7*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgado em 14 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266076>>. Acesso em: 13 out. 2014.
12. \_\_\_\_\_. *Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 469-1*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 10 de maio de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=353875>>. Acesso em: 13 out. 2014.



13. \_\_\_\_\_. *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.100*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631951880>>. Acesso em: 27 out. 2014.
14. \_\_\_\_\_. *Embargos de Declaração na Petição n. 3.388*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP &docID=5214423>>. Acesso em: 27 out. 2014.
15. \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança n. 20.215*. Relator: Ministro Décio Miranda. Julgado em 5 de março de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85026>>. Acesso em: 13 out. 2014.
16. \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança n. 20.234*. Relator: Ministro Cunha Peixoto. Julgado em 4 de junho de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85037>>. Acesso em: 13 out. 2014.
17. \_\_\_\_\_. Manifestação pelo arquivamento de PSV sobre demarcação de reservas indígenas. Comissão de Jurisprudência. *Notícias STF*, 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122930>>. Acesso em: 15 ago. 2014.
18. \_\_\_\_\_. *Petição n. 3.388*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 19 de março de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 27 out. 2014.
19. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n. 44.585, relator para o acórdão o ministro Victor Nunes Leal, no mandado de segurança interposto pelo Serviço de Proteção aos Índios contra a Lei estadual n. 1.077/1950, que reduziu o território indígena do povo Kandiwéu. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 20. jan./fev./mar. 1962. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020_1.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2014.
20. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário n. 219.983-3*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 9 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248790>>. Acesso em: 13 out. 2014.
21. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 16 de

outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 27 out. 2014.

22. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Podivm, 2011. v. 2.

23. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

24. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

25. \_\_\_\_\_. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun. 2004.

26. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interesses da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

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

28. SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Tradução Tomás Rosa, Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

29. SILVA, José Afonso da. *PARECER* à consulta feita por Manuela Carneiro da Cunha, professora titular aposentada da FFLCH da USP, Samuel Rodrigues Barbosa, professor da Faculdade de Direito da USP, Associação Juízes pela Democracia, o Centro de Trabalho Indigenista, o Instituto Socioambiental, a Organização Índio é Nós e o Centro de Estudos Ameríndios da USP, 2015. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/parecer-jose-afonso-da-silva-marco-temporal.pdf](http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/parecer-jose-afonso-da-silva-marco-temporal.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

30. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

31. VIEIRA, Antônio. *Sermões (1608-1697)*. Ministério da Cultura, Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro, [www.bn.br](http://www.bn.br) [<http://www.bn.br/bibvirtual/acervo/>], RocketEdition, eBooksBrasil.com, edição eBooksBrasil.

# DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS E O MARCO TEMPORAL: O STF CONTRA A CONSTITUIÇÃO

CAROLINA RIBEIRO SANTANA<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo abordará como os direitos territoriais originários dos povos indígenas brasileiros, garantidos na Constituição Federal de 1988, estão sendo ameaçados por entendimento do Supremo Tribunal Federal. Os povos indígenas foram participantes ativos do processo constituinte e, ainda que sem direito a voto, atuaram de modo decisivo na elaboração do texto positivado no artigo 231. A garantia desses direitos territoriais encontra apoio também nas normativas internacionais das quais o Brasil é signatário (ONU, OIT e OEA). Apesar desse escopo normativo protetivo, a Suprema Corte tem atuado em contradição com tais garantias e adotado em seus julgados a tese do marco temporal, fortalecida após o acórdão da Petição n. 3.388/RR. Esse entendimento jurisprudencial compromete gravemente, por meio de mutação constitucional, os bens tutelados pelo artigo 231 de nossa Lei Maior. Dada a magnitude da alteração, observa-se significativo aumento nas judicializações dos processos administrativos de demarcação de TIs. Por essa razão, o Poder Judiciário tem se constituído como um novo ator nesse processo cuja atribuição está a cargo do

---

<sup>1</sup> Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio (Dissertação: *Pacificando o direito*: desconstrução, perspectivismo e justiça no direito indigenista. Orientação e co-orientação: Bethânia Assy e Eduardo Viveiros de Castro, respectivamente). Advogada. Bacharel em Direito pela UFPR, com habilitação em Direito do Estado e em Direito das Relações Sociais. Indigenista especializada da Fundação Nacional do Índio (Funai) desde 2010, onde desempenhou as seguintes funções: atuou na Coordenação Regional Nordeste II junto aos povos indígenas de Alagoas, Pernambuco e Sergipe; atuou como coordenadora regional da Funai do Sul da Bahia; atuou na Diretoria de Proteção Territorial; atuou como assessora para Assuntos Internacionais da Presidência da Funai e, atualmente, atua na Coordenação de Índios Isolados e Recém-Contatados.

Poder Executivo. As graves consequências práticas decorrentes disso serão aqui apresentadas, bem como serão avaliadas criticamente as possibilidades de afastamento da tese aceitas pelo STF. Por fim, o artigo apresenta, valendo-se do conceito de nova separação de poderes de Bruce Ackerman, qual seria a postura mais adequada a ser tomada pelo STF diante da especialização técnica do órgão indigenista, a Funai.

**Palavras-chave:** Direitos territoriais indígenas. Tese do marco temporal. Mutação constitucional. Nova separa o de poderes.

## ABSTRACT

The present paper will address how the territorial and originarian rights of the Brazilian indigenous peoples guaranteed in the Federal Constitution of 1988 are in risk because of a recent decision of the Supreme Federal Court (STF). Indigenous peoples were active participants in the constituent process and although they did not have the right to vote they acted decisively in the elaboration of the text of the 231 article. The guarantee of these territorial rights is also supported by the international norms that Brazil is a signatory (UN, ILO and OAS). Despite this protective normative scope the Supreme Court has acted in contradiction with such guarantees. It has adopted in its judgments the so-called thesis of the temporal framework which was strengthened after the judgment of the 3.388/RR petition. This jurisprudential thesis seriously compromises through a constitutional change the assets protected by the 231 article of the Constitution. After this constitutional changing there is a significant increase in judicialization of the administrative processes of demarcation of indigenous lands. That is why we can say that informally the judiciary branch has constituted itself as a new actor in this process of the federal executive power. The serious practical consequences resulting from this jurisprudential understanding will be presented here and the possibilities accepted by the STF to rejecting the thesis will be critically evaluated. Using the concept of a new separation of powers of Bruce Ackerman the paper will finally presents what would be the most appropriate position to be taken by the STF considering the technical know how of the governmental agency: National Foundation for Indigenous Peoples (Funai).

**Keywords:** Indigenous land rights. Temporal legal framework. Constitutional changing. New separation of powers.

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. O Poder Judiciário como novo ator do processo administrativo de demarcação territorial
    - 2.1 Fragilidade das exceções concedidas à tese do marco temporal
    - 2.2 Diferença entre ampliação e revisão de limites de terra indígena demarcada
    - 2.3 Direitos territoriais indígenas e direitos fundamentais
    - 2.4 Diferença entre ausência de posse e posse intermitente
    - 2.5 Por uma nova separação dos poderes
  3. Considerações finais
- Referências

## 1. INTRODUÇÃO

“Eu tenho usado o meu botoque, minha vida, meu documento. Minha orelha é documento também.”<sup>2</sup>

Os direitos territoriais indígenas no Brasil são tema tão antigo quanto a formação do próprio Estado Brasileiro. Diversos são os documentos históricos a testemunhar que, já no período da colônia, discutia-se, sem a participação dos indígenas, o que fazer com suas terras. Praticou-se, à luz do princípio da contiguidade, ampla espoliação dos territórios indígenas. Segundo esse princípio, frequentemente evocado no período das grandes navegações, a pretensão ocupacionista do conquistador poderia avançar continente adentro tanto quanto possível, até que encontrasse uma pretensão alheia concorrente, entre as quais não estava a presença de indígenas, mas tão somente as pretensões dominiais de outro Estado-Nação.

Para que a soberania fosse legítima sobre um território encontrado por uma nação europeia, era necessário que a descoberta fosse confirmada pela ocupação efetiva e os indígenas não estivessem organizados em uma sociedade unificada em torno de uma ação política permanente. Vistas sob o prisma do eurocentrismo, as sociedades indígenas não seriam, por óbvio, consideradas com um grau de orga-

---

<sup>2</sup> Cacique Raoni Mentuktire, na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, fazendo referência à importância e ao significado dos adornos de orelha típicos de alguns povos indígenas.

nização política capaz de obstar uma espoliação territorial. Visando a legitimar tais espoliações, as nações coloniais europeias lançavam mão da doutrina da *terra nullius*, reconhecendo a soberania dos países europeus sobre o território de povos tidos como atrasados, para quem os europeus levariam os benefícios do cristianismo e da civilização. Por meio dessa doutrina, foram legitimadas espoliações territoriais de indígenas nas Américas Latina, Central e do Norte, na África, na Oceania e em parte da Ásia<sup>3</sup>.

Ainda entre os fundamentos para a ocupação das terras brasileiras, estava a ideia de que, como não havia lei anterior que vigesse sobre a terra (pois, segundo os portugueses, os indígenas não apresentavam nenhuma forma de Estado soberano e eram primitivos em sua organização social), Portugal poderia adquirir soberania sobre tais territórios, prescrevendo, assim, o direito a ser aplicado em suas colônias (SILVA, 1996, p. 39). A aquisição de soberania sobre um território sem lei era prática recorrente de expansão territorial de impérios mercantis.

Além da doutrina da *terra nullius* como justificativa para a legitimação do domínio de territórios indígenas pela metrópole e do reconhecimento da soberania portuguesa nesses territórios sob o argumento de que eram territórios sem lei, ainda cabe a lembrança de que, com o advento da Lei de Terras, em 1850, o que antes tinha sido considerado *res nullius* passou a ser tido como *res publicae*, e, portanto, inapropriável. As terras não voltaram aos indígenas.

Embora os colonizadores considerassem os indígenas seres de humanidade questionável<sup>4</sup>, não era possível desconsiderar o fato de que esses indivíduos eram os primeiros habitantes dos territórios do chamado “novo mundo”. Na doutrina dos direitos territoriais dos povos indígenas, usa-se como basilar documento histórico de reconhe-

<sup>3</sup> Para aprofundamentos a respeito do uso da doutrina da *terra nullius*, ver Castellino (2004, p. 89-116); Patton (2000, p. 125-131); Fanagan (2000, p. 49 et seq.); Knop (2002, p. 114 et seq.); Prasad (2008) e Tedmanson (2008). Sobre a experiência no Canadá e no México, ver Curtis (2000) e, na Austrália, ver Short (2008, p. 31-178).

<sup>4</sup> No princípio do contato entre índios e portugueses, a necessidade de justificar a presença europeia no novo mundo adiou o questionamento a respeito da humanidade desses povos – o que apareceria com força nos anos seguintes. Assim, a Companhia de Jesus rumou para um dos grandes pilares da colonização: a catequese das almas. A questão da liberdade dos índios sempre permeou a política metropolitana, que vacilava entre a necessidade de mão de obra barata ou escrava (caso a conclusão fosse a de que os índios não tinham alma) e a catequese (para os que pregavam a humanidade dos indígenas).

cimento estatal de tais direitos o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, que reconheceu aos indígenas a condição de “primários e naturais” senhores de suas terras<sup>5</sup>. Esse documento é um importante exemplar do reconhecimento do direito originário dos indígenas sobre seus territórios (PORTUGAL, 1608).

Apesar desse reconhecimento, é preciso compreender alguns pontos para dimensionar a razão pela qual a efetivação dos direitos territoriais indígenas sempre tem encontrado óbices. Inicialmente é preciso tomar consciência de que, no Estado Brasileiro, o direito não foi fruto de uma experiência comunitária. O direito português, imposto às populações indígenas, era necessário à concretização do projeto da metrópole, pois instaurava um sistema de legalidade avançada sob o ponto de vista do controle, da coerção e da efetividade formal (ROCHA, 1994, p. 9; WOLKMER, 2005, p. 45). Afastou-se, de início, o ponto de vista indígena.

Além disso, a forma universalizante típica dos textos legais exclui, numa simples expressão (“os índios”), toda a diversidade sociocultural que sempre vem à tona no caso concreto de cada julgamento. Por meio da invisibilização da heterogeneidade de etnias, anula-se a diversidade das realidades territoriais das relações com o território. A invisibilidade dessa complexidade no direito acaba por iludir seus operadores, que, a partir de seu lugar de fala ocidental e uniformizador, não atentam para o quanto isso contribui para a irresolução da questão territorial indígena, a qual se arrasta há anos.

A Constituição Federal (CF) de 1988 tem em seu artigo 231 um texto que, de modo geral, contempla os anseios territoriais dos povos indígenas. Apesar de ponderarem que o procedimento administrativo de demarcação deveria ser mais célere, não fazem críticas contundentes que objetivem alterar o conteúdo da norma. Isso se deve, em grande medida, ao fato de que diversas lideranças indígenas participaram da Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Embora não tenha sido da maneira mais adequada – pois tiveram de impor sua presença e não tiveram direito ao voto, dado o caráter não exclusivo da Assembleia –, muitos puderam apresentar suas opiniões e considerações a respeito de seus direitos. Reparava-se, ainda que muito tímida e incipientemente, a centenária ausência de diálogo entre indígenas e legisladores.

<sup>5</sup> O disposto no Alvará Régio foi reafirmado pela Lei de 6 de junho de 1755.

Até o momento da constituinte, um número muito pequeno de indígenas possuía conhecimentos sobre as estruturas jurídicas, políticas e administrativas do Estado Brasileiro, o que impedia qualquer participação em termos efetivamente igualitários. Ainda eram desconhecidas pela grande maioria deles as estruturas dos poderes constituídos, o significado e a importância de uma Constituição ou de uma assembleia nacional constituinte. Para além da imensa complexidade que se lhes apresentava, e supondo que alguns deles tenham sido capazes de dominar tal avalanche de informações em tão pouco tempo, ainda existia o desafio dos termos em que as coisas são postas: o inegociável ponto de vista do Estado.

Durante a ANC, os debates em torno da questão indígena foram iniciados na Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, que compunha a Comissão da Ordem Social. Foi nos trabalhos do Plenário, porém, que os debates se acirraram, razão pela qual se formou a Frente Parlamentar Pró-Índio, coordenada pelo deputado Tadeu França PDT/PR, a fim de fazer a defesa de tais propostas e combater as articulações do chamado “centrão” (PILATTI, 2008, p. 4) e da bancada “anti-índio”<sup>6</sup> na ANC.

Com o artigo 231, a CF de 1988 consagrou o direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O direito originário, portanto (que já havia sido afirmado no Alvará Régio de 1º de abril de 1680), ingressa definitivamente no rol das normas de mais elevada hierarquia, as constitucionais. É constitucional, portanto, o entendimento de que o direito dos indígenas sobre suas terras é inato e o ato administrativo estatal de demarcação de terras indígenas (TIs) é de natureza jurídica meramente declaratória, e não constitutiva de direito. Essa teoria de que os direitos originários são direitos congênitos em vez de adquiridos é conhecida como teoria do indigenato<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Os deputados contrários às propostas dos direitos indígenas eram Álvaro Valle PL/RJ; Moisés Pimentel PMDB/CE; Cleonânio Fonseca PFL/SE; Gustavo de Faria PMDB/RJ; Jovanni Massini PMDB/PR e Marcelo Cordeiro PMDB/BA.

<sup>7</sup> Para informações mais detalhadas sobre a teoria do indigenato, ver Mendes Junior (1912) e Barbosa (2001).



## 2. O PODER JUDICIÁRIO COMO NOVO ATOR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO TERRITORIAL

A participação dos povos indígenas na ANC assegurou que o texto constitucional fosse pautado pela renúncia definitiva de conceitos retrógrados que guiavam a política indigenista até então, pela inauguração de um Estado pluriétnico e multicultural e pela garantia expressa de seus direitos, tanto os territoriais, como os sociais. As conquistas advindas da luta indígena por reconhecimento lograram ser positivadas no ordenamento jurídico.

Entretanto, a garantia formal dos direitos territoriais indígenas não tem sido suficiente para assegurar sua materialização. O texto da chamada Constituição Cidadã conferiu aos indígenas a possibilidade de serem sujeitos de suas histórias, de seus direitos e de suas decisões. Todavia, uma parcela da população ligada a valores antirrepublicanos e antidemocráticos esforça-se para manter viva a mentalidade advinda de séculos de construções sociais privativas de direitos.

Nos poucos momentos em que há vontade política no Poder Executivo federal para a efetivação do texto constitucional, os obstáculos interpostos pelas forças oligárquicas regionais ligadas ao agronegócio tratam de paralisar os trabalhos do órgão indigenista oficial, a Funai, incumbida de iniciar o procedimento demarcatório e zelar pelos direitos indígenas. Tais oligarquias, em razão de peculiares características da formação do Estado Brasileiro, vascularizam-se pelos poderes constituídos municipais e estaduais e, não raro, ascendem às instâncias responsáveis por decisões que afetam toda a República.

Entre as opções feitas pelo constituinte originário está a decisão de atribuir a prerrogativa de demarcação de TIs ao Poder Executivo federal, que a executa por meio de um ato administrativo complexo. O ato se inicia na Funai, segue para o Ministério da Justiça e, por fim, vai à Casa Civil. O Poder Judiciário, por sua vez, quando provocado, pode intervir em qualquer uma das fases (identificação e delimitação, contraditório, declaração, homologação, extrusão de ocupantes não indígenas e registro) a fim de garantir a devida execução do rito e assegurar que não haja abusos por parte das autoridades envolvidas. Atualmente, essas intervenções judiciais, que deveriam ser eventuais, configuram-se como verdadeiro fenômeno que nos permite afirmar, sem exagero, que o Poder Judiciário se tornou – informalmente – mais

um dos atores a participar das fases do procedimento administrativo de demarcação de TIs, influenciando ou, até mesmo, ordenando ao Poder Executivo quais decisões devem ser tomadas. Tornou-se raro encontrar procedimento demarcatório em que não haja judicialização.

Embora não seja fenômeno recente, a judicialização dos procedimentos de demarcação de TIs intensificou-se sobremaneira após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na Petição n. 3.388/RR, que tratou da demarcação da TI Raposa Serra do Sol. Esse julgamento resultou no acórdão que se fundamentou na combinação da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto – assentando a condição indígena da totalidade da área demarcada – com as 19 condicionantes elaboradas pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Para além das inovações legislativas trazidas pelas 19 condicionantes, o que não é objeto do presente artigo, gostaríamos de concentrar este estudo no pronunciado pelo ministro Ayres Britto no corpo do acórdão e que se tem usado chamar de tese do marco temporal ou tese do fato indígena.

Em exercício interpretativo, o relator, visando a extrair do próprio corpo normativo de nossa Lei Maior marcos regulatórios para os processos de demarcação, afirmou:

Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. (BRASIL, STF, 2009).

O entendimento do relator estabelece nova condição a ser atribuída ao caráter de permanência da habitação dos indígenas em suas terras, ao mesmo passo que engessa e restringe os estudos antropológicos capazes de verificar as variadas facetas que a permanência da habitação pode adquirir ao longo dos anos, conforme se verá adiante. Assim, para autorizar que um território possa ser declarado pelo Poder Executivo federal como tradicionalmente indígena, o Poder Judiciário

institui a rígida exigência de que os indígenas estivessem na posse da área em 5 de outubro de 1988.

Esse entendimento tem acarretado significativo aumento das demandas ao Judiciário, uma vez que a inovação gerou expectativas de que TIs já declaradas possam vir a ser desconstituídas. Para mencionar somente as três primeiras anulações e restringir a análise ao âmbito da Suprema Corte, citamos as TIs Porquinhos, no Maranhão, Guyraroká e Limão Verde, em Mato Grosso do Sul. Combinada com a tese do marco temporal, a Segunda Turma do STF lançou mão de outro elemento contido no acórdão prolatado na Petição n. 3.388/RR, a condicionante XVII, cujo teor veda a ampliação de TIs já demarcadas.

Não deixa de ser curioso o fato de que demais tribunais estejam fazendo uso desse exercício interpretativo, uma vez que, nos embargos de declaração, o STF afirmou estarem os termos do julgado restritos ao caso concreto. A análise dos embargos coube ao ministro Roberto Barroso, que assim se pronunciou:

A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões. (BRASIL, STF, 2013).

A respeito da TI Porquinhos, de ocupação tradicional dos Kanelas Apãnjekras, os requerentes, municípios de Fernando Falcão, Barra do Corda e Grajaú, alegaram que o procedimento de demarcação estaria descumprindo a decisão do STF no julgamento da Petição n. 3.388/RR, que discutiu a demarcação da TI Raposa Serra do Sol. Segundo os requerentes, estaria ocorrendo a ampliação de TI já demarcada na década de 1970 e homologada em 1983. O STF deu provimento ao recurso ordinário dos requerentes, concedendo a segurança para declarar a nulidade do procedimento administrativo de identificação e delimitação da TI, bem como a nulidade da Portaria Declaratória n. 3.508, de 21 de outubro de 2009, do ministro de Estado da Justiça, que declarou os limites da área tradicional para usufruto exclusivo do povo Kanela Apãnjekra. (BRASIL, STF, 2014a).

Acerca da TI Guyraroká, decisão já transitada em julgado, o impetrante logrou êxito em recurso ordinário no qual o STF, entendendo que não fora atendida a tese do marco temporal, concedeu a segurança

para afirmar a nulidade do procedimento administrativo de identificação e delimitação da TI, bem como da Portaria Declaratória n. 3.219, de 7/10/2009, do ministro de Estado da Justiça, que declarou os limites da área tradicional para usufruto exclusivo do povo Guarani Ñandeva. (BRASIL, STF, 2014b).

Por sua vez, no julgado da TI Limão Verde, também já transitado em julgado, o STF, deu provimento ao agravo regimental requerido por Tales Oscar Castelo Branco, entendendo procedente o pedido para declarar a inexistência de ocupação indígena e, ainda, afirmar a nulidade do procedimento de identificação e delimitação da área indígena incidente na fazenda Santa Bárbara, no município de Aquidauana, Mato Grosso do Sul. A decisão da Suprema Corte fundamentou-se na tese do marco temporal, asseverando que não restou comprovado que, no dia 5 de outubro de 1988, os indígenas ocupavam a área pleiteada. (BRASIL, STF, 2014c).

Nas três decisões mencionadas, o Poder Judiciário interferiu de modo a protagonizar o resultado do procedimento demarcatório administrativo de TIs. Nas três houve declaração de nulidade do procedimento administrativo de identificação e delimitação. Vale ressaltar que as consequências ocorridas *in loco* após um pronunciamento dessa natureza podem vir a atrasar a demarcação em anos ou décadas, fazendo com que, na prática, venham a ter efeitos de difícil retroação.

## 2.1 Fragilidade das exceções concedidas à tese do marco temporal

O STF aceita que a tese do marco temporal seja afastada se comprovado o renitente esbulho impingido à comunidade indígena, ao passo que atribui restrito conteúdo para tal comprovação (BRASIL, STF, 2014c). Nessa toada, a Suprema Corte afirmou que, para comprovação de existência de conflito prévio a 5 de outubro de 1988 que tenha dado causa à saída dos indígenas de sua terra, serão admitidas duas maneiras: apresentação de evidências de comprovado “conflito que se materializa por circunstâncias de fato” ou por, pelo menos, “uma controvérsia possessória judicializada”.

À primeira vista, a possibilidade de exceção à rígida tese do marco temporal pode parecer um alento aos defensores da causa indígena. Um olhar mais atento, porém, revelará os fortes obstáculos a serem transpostos aos que estiverem em busca de evidências

probatórias, seja por circunstâncias de fato, seja por controvérsia possessória judicializada.

Circunstâncias de fato, como jornais e revistas de época, podem vir a auxiliar nessa empreitada. Entretanto, seria inocência imaginar que a complexa relação entre os detentores dos meios de comunicação, os interesses latifundiários e as empresas colonizadoras tenham registrado as arbitrariedades infligidas aos povos indígenas. Se atualmente, após décadas de luta por direitos, a expropriação de TIs não comove a população em geral e ainda não é devidamente noticiada pela mídia, não se pode esperar que, em épocas de coronelismo e caudilhismo, tais fatos fossem notícia relevante que merecesse registro.

Documentos oficiais também podem ser úteis para preencher as exigências de comprovação das circunstâncias de fato, como, por exemplo, os produzidos pelo órgão indigenista oficial, a Funai. Ressalte-se, todavia, que a fundação, instituída durante o período militar, foi idealizada como um braço estatal para “pacificar” e “amansar” indígenas, facilitando o avanço da fronteira agrícola rumo ao oeste. A Funai era órgão auxiliar da execução do Plano de Integração Nacional e sua meta de entregar “terras sem homens para homens sem terra”.

No caso da TI Limão Verde, foram juntados aos autos documentos históricos escritos pelos indígenas e enviados ao extinto Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e à Funai ao longo de diversos anos, além de documentos de servidores desses órgãos demonstrando que os indígenas retornavam à terra reiteradamente. Além disso, apresentou-se nos autos o registro histórico de um pedido de solicitação para uso de caminhão visando a auxiliar na retirada dos pertences dos indígenas do local<sup>8</sup>. A Suprema Corte, porém, não considerou configuradas as exigidas circunstâncias de fato e afirmou que manifestações formais, “esparsas ao longo de várias décadas podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Acerca do conjunto probatório apresentado pela Funai, fazemos referência à Informação Técnica n. 47/DPT/2015 – Funai, que consta nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.642/STF.

<sup>9</sup> Nesse sentido, assim se manifestou o STF no agravo regimental ao acórdão no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.642: “Também não pode servir de comprovação de ‘esbulho renitente’ a sustentação desenvolvida no voto-vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam

Para além das circunstâncias de fato, o STF admite que seja trazida aos autos comprovada controvérsia possessória judicializada. Novamente, observa-se um critério de difícil exequibilidade. De acordo com o artigo 232 da CF, os indígenas têm capacidade postulatória há menos de trinta anos; afinal, somente com o advento da Constituição Cidadã, os índios, suas comunidades e organizações passaram a ser partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Antes disso, eles se encontravam sujeitos ao regime tutelar estabelecido pela Lei n. 6.001/1973.

Assim, para que hoje seja possível comprovar um conflito que tenha se materializado por uma controvérsia possessória judicializada antes de 1988, se faz necessário que, na época: i) o órgão indigenista oficial tenha pleiteado judicialmente os direitos territoriais indígenas (o que não era praxe, visto que em diversos períodos históricos ele esteve a serviço do avanço das fronteiras agrícolas do país, optando pela criação de reservas indígenas de insuficiente extensão nas quais fosse possível realocar os indígenas e para onde eram levados, indiscriminadamente, indígenas de diferentes etnias); ii) que o possuidor de área incidente em TI tenha judicializado a controvérsia possessória, o que também não era praxe, haja vista que a prática de expulsar essas populações de seus territórios tradicionais era recorrente, socialmente aceita, mais econômica e com retorno mais rápido que uma judicialização; iii) que algum indígena emancipado tenha judicializado o esbulho possessório sofrido (ainda que se considere – por amor ao debate – que houvesse a prática frequente de emancipação de indígenas, as dificuldades do acesso à Justiça, as barreiras impostas pelo idioma, os custos de uma judicialização tornam a possibilidade absolutamente remota).

---

junto aos órgãos públicos, desde o início do século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas entre 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual”.

## 2.2 Diferença entre ampliação e revisão de limites de terra indígena demarcada

É de primordial importância que a vedação da ampliação de TI já demarcada, presente na condicionante XVII do acórdão proferido no julgamento da TI Raposa Serra do Sol, deixe de ser aplicada de modo indiscriminado em outros julgados<sup>10</sup>. É primordial garantir o pronunciado nos embargos de declaração, ou seja, garantir que as condicionantes não se estendam para julgados de outras TIs. O significado dessa garantia transcende a defesa da opinião da Corte, pois significa também reconhecer a diversidade das realidades indígenas que não suportam a universalização de teses e conceitos. Para isso, as condicionantes devem permanecer restritas ao universo de análise daquela TI, uma vez que o conjunto probatório agrupado, as análises realizadas e o livre convencimento dos magistrados foi fundamentado em razões específicas daquele caso concreto.

Ora, a ampliação de uma TI é uma categoria que não pode se confundir com a revisão dos limites de uma área já demarcada. A revisão de limites de uma TI é um ato administrativo necessário quando se constata que, ocorrida no passado, a demarcação original se encontra eivada de vícios que, à luz da Constituição de 1988 e da Convenção n. 169/OIT, necessitam ser sanados para garantir o respeito à vida digna, bem como garantir o direito à reprodução física e cultural da coletividade indígena.

Os procedimentos de demarcação das TIs são fruto das contingências políticas e históricas de seu tempo. Em outros períodos, a política indigenista pautou-se por demarcar as TIs tendo como parâmetros somente o ponto de vista do Estado e dos não indígenas<sup>11</sup>. A velha política indigenista, por assim dizer, ao planejar transformar os indígenas em pequenos agricultores e, quiçá, em homens cidadãos “civilizados”, demarcava as terras de modo a pouco avançar para além das áreas de moradia dos grupamentos indígenas. Isso resultou

<sup>10</sup> A condicionante da vedação de ampliação de TI demarcada foi utilizada pelo STF para fundamentar a suspensão do procedimento de demarcação da TI Porquinhos, no Maranhão.

<sup>11</sup> Conforme Mendes (2002), as demarcações participativas tiveram início, de fato, na Funai no início da década de 1990 com a instituição do Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da Amazônia Legal.

em demarcações que desconsideraram a necessidades de acesso aos rios, aos territórios sagrados e importantes para a manutenção da cosmologia indígena, às áreas para a coleta de material para a produção das casas, de artesanato, às áreas de caça, de pesca, de coleta, enfim, áreas que apenas o olhar do próprio indígena somado ao olhar de um profissional atento à alteridade poderia considerar.

Ao longo das duas últimas décadas, os processos administrativos de demarcação de TIs passaram por alterações significativas visando a incluir estratégias de ação que abarquem os usos, costumes e tradições desse Outro, o indígena, bem como garantam condições para a sua reprodução física e cultural. O artigo 231 da CF, o Decreto n. 1.775/1996 e a Portaria n. 14/1996 do Ministério da Justiça são os diplomas legais que garantem, minimamente, o reconhecimento da diversidade cultural no âmbito do processo administrativo de demarcação de TIs. Essas são as normas que regem o processo demarcatório desde 1988 e, com maiores garantias, desde 1996. Porém, como demonstrado, nem sempre foi assim.

É imprescindível, portanto, que o Judiciário passe a considerar em suas análises a diferença entre a ampliação e a revisão de limites de TI, pois essa compreensão supera em muito as discussões realizadas no âmbito da Petição n. 3.388/RR. Garantir a revisão de limites significa garantir a reparação de equívocos institucionais cometidos no passado em um momento no qual não havia total compreensão da valorização da diversidade cultural e da alteridade.

### **2.3 Direitos territoriais indígenas e direitos fundamentais**

O direito às TIs, assegurado pelo artigo 231 da CF de 1988, não garante apenas moradia – o que já seria essencial –, ou moradia culturalmente adequada, conforme afirmou o ministro Ayres Britto na relatoria da Petição n. 3.388/RR. O direito às terras garante aos indígenas a dignidade de suas vidas, devido a sua ligação congênita e substancial com o território. Somente em posse da terra os indígenas desenvolverão plenamente sua noção de bem viver, sua cosmologia e sua organização social, que, por vezes, dá sentido ao mundo e à própria vida.

Nesse sentido manifestou-se Ailton Krenak durante a ANC de 1987:

Não adianta os Srs. formularem uma proposta culturalista, não adianta formular uma proposta que venha a contemplar o direito do índio falar



a sua língua, dançar a sua festa e usar o seu cocar, porque antes de tudo isso é preciso ter uma terra para pisar em cima. (BRASIL, 1987a).

A advogada Sônia Guajajara afirmou – em ocasião em que o Poder Legislativo tentou descaracterizar os direitos territoriais indígenas constitucionalmente garantidos<sup>12</sup> – que os indígenas têm uma relação espiritual com a terra de seus ancestrais. “Nós não negociamos direitos territoriais porque a terra, para nós, representa a nossa vida”, declarou Sônia.

Para o procurador da República Daniel Sarmento, essas características que ligam os indígenas visceralmente às suas terras permitem equiparar os direitos territoriais indígenas às garantias fundamentais. Os direitos territoriais indígenas são tão vitais para o constitucionalismo democrático e para a edificação de uma comunidade fraterna quanto os direitos individuais clássicos. Isso permite, inclusive, que os direitos territoriais indígenas sejam protegidos pelos limites ao poder de reforma constitucional por constituírem cláusulas pétreas. (SARMENTO, 2013)

Afirma Sarmento que:

a Constituição de 88 tem um compromisso visceral com os direitos fundamentais como um todo, e não só com as liberdades individuais clássicas. Não se trata de uma Constituição liberal-burguesa, preocupada acima de tudo com a contenção do arbítrio estatal, mas sim de uma Lei Fundamental que toma como tarefa primordial promover a dignidade humana em todos as suas dimensões, inclusive das minorias vulneráveis, como os povos indígenas. (...) O STF já afirmou que a localização de um direito constitucional fora do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, não basta para descaracterizá-lo como cláusula pétrea.<sup>13</sup>

Se avaliada sob esse prisma, a tese do marco temporal afronta direitos fundamentais. Quando determina a anulação de uma portaria declaratória de demarcação de TI, o STF não apenas ignora os esbulhos possessórios sofridos antes de 1988 como também compromete gravemente os bens jurídicos tutelados pela Constituição, quais sejam, a vida digna e o acesso à terra ancestral.

A mutação constitucional trazida pela tese do marco temporal desnatura o direito fundamental previsto no artigo 231 da Constituição, impedindo o gozo pelos povos indígenas do usufruto exclusivo de suas terras tradicionais e, por consequência, nega-lhes uma vida

<sup>12</sup> Manifestação oral na sessão de debate da PEC n. 215 realizada em 13/8/2013, na Câmara dos Deputados.

<sup>13</sup> Aqui, Daniel Sarmento refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939.

digna. A jurisdição constitucional deve fiscalizar os limites impostos às maiorias, posto que é núcleo basal da nossa lei maior a construção de uma sociedade justa e igualitária. Na mesma toada em que Sarmiento aborda a Proposta de Emenda à Constituição n. 215 (SARMENTO, 2013), entendemos ser possível afirmar, analogamente, que, em face das características contramajoritárias dos direitos das minorias, é dever do STF fortalecê-los, em vez de somar-se às vozes das preferências majoritárias ou dos cálculos de utilidade social.

## 2.4 Diferença entre ausência de posse e posse intermitente

É sabido entre aqueles que trabalham com o direito indigenista que a demarcação de uma TI é ato administrativo meramente declaratório e não constitutivo de direito. Isso significa dizer que, preenchidos os requisitos previstos no artigo 231 da CF de 1988<sup>14</sup>, os indígenas, automaticamente incorporam à sua esfera jurídica o direito à posse e ao usufruto das terras que tradicionalmente ocupam. Segundo Daniel Sarmiento, “trata-se, indiscutivelmente, de um direito adquirido, que se funda em expressa determinação do poder constituinte originário” (SARMENTO, 2013).

Por meio do fenômeno da mutação constitucional, a tese do marco temporal altera os elementos exigidos pelo § 1º do artigo 231 da CF, pois passa a exigir que tais requisitos tenham estado presentes na data da promulgação da Constituição. Exige-se, a partir de então, que os indígenas tivessem permanecido na posse de suas terras até 5 de outubro de 1988.

Se, por um lado, é possível afirmar que o constituinte originário desejava apaziguar os conflitos no campo, por outro, não existem argumentos consistentes que permitam afirmar, como o faz o ministro Ayres Britto em seu voto, que a opção do constituinte tenha sido a de restringir a regularização fundiária somente aos indígenas que lograram resistir em suas terras até a data da promulgação da Carta Magna. O que há, pelo contrário, são argumentos capazes de afirmar

---

<sup>14</sup> Habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

que o constituinte estava ciente das injustiças cometidas no passado e desejava considerá-las nos processos de restauração do direito à terra.

Veja-se, por exemplo, que entre os temas indígenas discutidos na Assembleia Constituinte estava o de definir se seriam bens dos estados federados as terras de extintos aldeamentos indígenas que muitas vezes coincidiam como o próprio local tradicional de habitação dos povos indígenas. Se tivesse sido aprovada, essa proposta ignoraria as expropriações vividas pelos povos indígenas bem como banalizaria problemas históricos relacionados às formas de extinção de aldeamentos. Ademais, havia entre os constituintes o temor de que expedientes fraudulentos viessem a criar situações de “extintos aldeamentos”.

O resultado da votação está registrado na ata da sessão plenária de 17 de agosto de 1988, quando 367 dos 559 congressistas, suprimiram esse indesejado dispositivo, ou seja, não atribuíram aos bens dos estados federados as terras de aldeamentos extintos. Isso demonstra que os constituintes optaram por deixar aberta a possibilidade de regularização fundiária de TIs para além de qualquer período temporal. Não houve vontade constituinte de limitar temporalmente os direitos territoriais indígenas, nem, tampouco, de condicionar a habitação permanente à condição de ininterruptividade da posse indígena (BRASIL, 1987b). Pelo contrário, quando o artigo 231 é interpretado em paralelo com seu espelho, o artigo 20, inciso II<sup>15</sup>, singelo raciocínio permite-nos concluir que a Constituição – ao afirmar que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente – afastou qualquer possibilidade de interpretação que não alcance as contingências históricas que possam ter ocasionado eventuais intermitências na constância da habitação.

Nesse sentido, em atenção aos usos, costumes e tradições indígenas e, ainda, ao processo histórico da realidade do campo, há que aceitar formas de permanência indígena na terra que ultrapassem o conceito de posse civil. Os relatórios de identificação e delimitação de TIs (doravante RCID), elaborados pelos grupos técnicos instituídos pela Funai, trazem exaustivos exemplos de habitação permanente das terras tradicionais a partir de um contexto de resistência indígena. Veja-se, por exemplo, que, mesmo diante de uma política indigenista

---

<sup>15</sup> “Art. 20. São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.” (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

estatal de remoção forçada de indígenas de suas terras tradicionais, há diversos relatos e evidências de que os indígenas retornavam reiteradamente aos seus territórios, como demonstram documentos oficiais do SPI e da Funai. Além disso, relatos e documentos históricos dão conta de demonstrar que muitos indígenas, em clara estratégia de permanência em suas terras ancestrais, permaneciam trabalhando para aqueles que deram origem ao esbulho.

O RCID da TI Guyaroká, cuja portaria declaratória foi anulada a partir da tese do marco temporal, demonstra, por meio de documentos históricos, que os indígenas permaneceram em suas terras mesmo após a alienação delas à Companhia Matte Laranjeira. Contrariando a Lei de Terras e o Decreto n. 1.318 de 1854, que proibiam a alienação das terras ocupadas pelos indígenas, o estado de Mato Grosso do Sul concedeu títulos em áreas ocupadas por eles que, ainda assim, nelas permaneceram submetendo-se aos trabalhos nos ervais.

A tese do marco temporal claramente priva os indígenas de seus direitos territoriais e, cruelmente, impinge-lhes dupla punição: a primeira ao expulsá-los de suas terras e a segunda ao negar-lhes o direito a essa mesma terra de onde foram expulsos sob a alegação de que não foram suficientemente capazes de resistir ao massacrante processo histórico de esbulho praticado tanto pelo Estado como por particulares.

A triste realidade atual da demarcação das TIs no Brasil, muito graças ao Poder Judiciário, traz imensa insegurança jurídica aos indígenas, cujos bens a Constituição deveria garantir zelo. Segundo Sarmiento (2013),

para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é necessário conferir estabilidade às relações jurídicas de que participam. A segurança jurídica é, por isso, um valor fundamental nas sociedades democráticas, e uma das suas mais importantes concretizações é a garantia ao direito adquirido, positivada em nossa Constituição no art. 5º, inciso XXXVI.

O direito dos indígenas às suas terras é direito adquirido e vem sendo assegurado pelo Estado com base em estritas normativas previstas na CF acrescida da complementariedade regulatória do Decreto n. 1.775/1996 e da Portaria/MJ n. 14/1996. Inovar o processo nesse momento é violar a segurança jurídica aos direitos indígenas que vem sendo erigida e duramente conquistada desde então.

## 2.5 Por uma nova separação dos poderes

As portarias emitidas pelo ministro de Estado da Justiça e anuladas pelo STF com base na tese do marco temporal fundamentaram-se em complexos estudos técnicos elaborados em estrita observância ao disposto no Decreto n. 1.775/1996 e na Portaria/MJ n. 14/1996<sup>16</sup>. Essas normativas estabelecem rígidas regras a serem observadas na elaboração de um RCID. Tais portarias são, portanto, fruto de extensos trabalhos técnicos, teóricos e de campo, elaborados por grupos coordenados por antropólogos de qualificação reconhecida e que realizam estudos de natureza sociológica, etno-histórica, ambiental e fundiária.

Os estudos apresentados pelo grupo técnico mencionado são complexos e multidisciplinares, pois visam a garantir a segurança e a eficácia das decisões que serão tomadas: i) pelo presidente da Funai, ao aprovar e publicar o RCID; ii) pelo ministro de Estado da Justiça, que declara os limites do território; e iii) pelo presidente da República, que homologa a TI declarada.

O mérito administrativo do procedimento de demarcação de TIs, visto por uma perspectiva pluralista, está além das condições de análise do Poder Judiciário, que não goza de condições técnicas nem políticas para afirmar, nos moldes exigidos pela legislação, a legitimidade

---

<sup>16</sup> Grosso modo, pois os critérios são bastante complexos, os trabalhos desenvolvidos no RCID devem ter como finalidade apresentar: i) filiação cultural e linguística, eventuais migrações, censo demográfico, distribuição espacial da população e identificação dos critérios determinantes dessa distribuição; histórico de ocupação de TI de acordo com a memória do grupo étnico envolvido, identificação das práticas de secessão eventualmente realizadas pelo grupo e respectivos critérios causais, temporais e espaciais para tanto. Além disso, os estudos devem: ii) comprovar, detalhadamente, a habitação permanente do grupo indígena; iii) descrever as atividades produtivas, econômicas e as relações socioculturais; iv) elencar justificativas bastantes para a apresentação de áreas imprescindíveis à utilização do meio ambiente pelo grupo; v) demonstrar dados sobre a reprodução física e cultural, como taxas de natalidade e mortalidade do grupo nos últimos anos e projeção relativa ao crescimento populacional, descrição dos aspectos cosmológicos e justificativas da escolha de áreas relacionadas a isso; vi) apresentar levantamento fundiário de não indígenas na área, número de ocupações, identificação dos títulos de posse e/ou domínio eventualmente existentes; vii) conter uma conclusão e proposta de delimitação da área demarcada, acompanhada de carta topográfica na qual deverão estar identificados os dados referentes a vias de acesso terrestres, fluviais e aéreas eventualmente existentes. Ressalte-se que, da segunda à quinta parte, os trabalhos devem ser realizados com a participação do grupo indígena envolvido, cujas manifestações poderão ser acatadas ou não pelo grupo técnico.

ou não de uma ocupação tradicional indígena. O processo de produção probatória típico do processo judicial não é capaz de substituir os dados levantados pelo grupo técnico que realizou o RCID de uma TI.

Nesse contexto, observa-se que, para além da independência e separação dos poderes republicanos, a Funai goza de independência técnica – frise-se: técnica –, frente a qualquer outro órgão em qualquer dos poderes. A decisão administrativa de demarcação territorial indígena não poderia, portanto, ser atacada em seu mérito, mas tão somente em sua forma.

Dito isso, é preciso, todavia, não incorrer na leviandade de subsumir a atuação do Poder Judiciário a mero controle do devido processo administrativo. Se assim fosse, correríamos o risco de ficar vulneráveis à decisões técnicas abusivas, uma vez que nem sempre é clara a linha que separa o técnico-burocrático do jurídico. Nessa toada, é preciso garantir meios para que, sem interferências indevidas, o Poder Judiciário possa “assegurar que as pretensões burocráticas atinentes à técnica não sejam simples mitos legitimadores, mas configurem avanços duramente auferidos” (ACKERMAN, 2013, p. 75).

Nesse sentido manifestou-se o ministro Edson Fachin, no Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, a respeito do trabalho técnico desenvolvido pela Anvisa:

(...) a incidência dos princípios constitucionais que pautam a atuação da Administração Pública à atividade regulatória do Estado exige que, para o controle da publicidade, haja indicação compreensível das razões de decidir e que não haja erro manifesto na apreciação dos fatos. A Administração, ante a incidência do princípio da legalidade, não pode incorrer em erro manifesto na aplicação da lei, nem agir em abuso de suas prerrogativas. É preciso, ademais, em virtude do princípio da proporcionalidade, que haja provas suficientes para o exame de uma situação complexa por parte da Administração Pública e que as razões de decidir sejam expostas com precisão, confiança e consistência dos fatos. Finalmente, embora não decorra explicitamente dos princípios aqui indicados, também incumbe à Administração o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). (BRASIL, STF, 2016).

Em singelo silogismo, infere-se da posição adotada pelo ministro que, a respeito dos trabalhos técnicos desenvolvidos pela Funai, devem ser respeitadas as especificidades e escolhas técnicas inerentes ao trabalho de identificação e delimitação de TIs, devendo a fundação, quando provocada judicialmente, prestar contas de sua atuação.

O vultoso número de judicializações dos processos de demarcação de TIs pode dar a falsa impressão de que as atividades estão sendo realizadas sem critérios técnicos ou, até mesmo, legais. Em verdade, isso decorre em muito da enunciação da tese do marco temporal. Importa, frente a isso, que o STF observe atentamente o trabalho técnico realizado pela Funai e não se deixe influenciar pela força econômica e política de interesses contrários ao texto constitucional.

Na questão dos direitos territoriais indígenas brasileiros, não há possibilidade de uma definição que será universalmente aceita. Isso não deve, porém, ser compreendido como óbice à efetivação das garantias constitucionais desses direitos. A própria Constituição enuncia que somos uma sociedade plural e multicultural; logo, os consensos serão cada vez mais desafiadores, quando não inalcançáveis. Diante desses desafios, fazer adequações, concessões ou mutações constitucionais em um texto que foi escrito – pela primeira vez na história do Brasil – em parceria com os indígenas não parece a decisão mais democrática.

O mais adequado, do ponto de vista dos princípios e garantias constitucionais, é exigir da Funai que siga procedimentos justos em que seja possível aos interessados identificar a legitimidade e a equidade da decisão tomada. Conforme já vem sendo feito pela fundação, é importante que os fundamentos de suas decisões sejam verificáveis por meio da publicidade dos atos tomados e da garantia do contraditório administrativo. Para isso, existem os §§ 7º e 8º do artigo 2º do Decreto n. 1.775/1996. No exercício do contraditório, ainda que discordem das razões adotadas, os interessados devem receber a resposta que demonstre os caminhos seguidos para se chegar às conclusões adotadas. À luz do que precede, *deve o Judiciário, em vez de exigir que o Poder Executivo anule portarias declaratórias de TIs, exigir que o órgão indigenista oficial goze de condições de trabalho capazes de assegurar o rigor técnico dos trabalhos, a resposta adequada aos contraditórios e a demonstração disso quando exigido.*

A desconfiança para com o trabalho da Funai não pode ser justificativa para um ativismo judicial competitivo, no qual o Poder Judiciário se subroga na posição do gestor público, mas, sim, um ativismo cooperativo, exigindo-se do Poder Executivo, quando isso não for feito, que comprove a razoabilidade de sua escolha. Em vez de dar provimento a pleitos individuais geradores de insegurança jurídica, a decisão mais acertada para o Poder Judiciário é a de incentivar o

Executivo a aprimorar análises de impacto e a consistência das escolhas administrativas (SCHAPIRO, 2016, p. 337).

O ministro Fachin, ainda a respeito da necessidade de serem consideradas pelo Poder Judiciário as decisões técnicas de outras ciências, afirma que seria contraintuitivo imaginar que a decisão de apenas uma única pessoa possa dispensar a discussão de toda uma comunidade científica. E continua:

Com efeito, se é possível afirmar que a “construção social da realidade” integra o saber comum das teorias sociológicas do conhecimento (TEUBNER, Günther. *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*. *Law and Society Review*. V. 23, n. 5, p. 730), é preciso concordar – sem olvidar do alcance que esse debate tem nas discussões acadêmicas – com a conclusão de Habermas, no sentido de que é à comunidade científica que se deve reconhecer autoridade epistêmica (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002). Comunidade científica não é uma entidade e não coincide com determinado órgão do Estado: ela é uma metonímia para substituir o sujeito pelas condições de comunicação, a fim de que, por meio delas, seja produzido o conhecimento. É nesse sentido que a intervenção judicial, especialmente a monocrática, encontra óbice para substituir-se à produção do conhecimento científico, o qual, como visto pela legislação de regência, é diretriz única para a decisão administrativa. (BRASIL, STF, 2016).

Para além do conhecimento técnico científico dos antropólogos e dos demais profissionais que fazem parte do grupo que elabora o RCID, não se pode olvidar a forte presença do conhecimento científico indígena no relatório, conforme assegura o artigo 2º da Portaria/MJ n. 14/1996, enunciando que na elaboração do RCID fica garantida a participação do grupo indígena envolvido<sup>17</sup>.

Ainda no que diz respeito às decisões judiciais que estão se pautando pela tese do marco temporal, Pádua Fernandes assevera que, como os direitos dos povos indígenas são informados pelo conteúdo das práticas e tradições desses povos, “somente uma decisão antropologicamente informada pode ser juridicamente consistente” (FERNANDES, 2017). E prossegue afirmando que “a arrogância epistemológica de uma hermenêutica jurídica que não dialoga com outras ciências não é capaz de inspirar decisões que se coadunem com os direitos humanos”.

<sup>17</sup> Com exceção da fase de inclusão dos aspectos gerais, as manifestações indígenas devem ser ouvidas “registrando-se a respectiva manifestação e as razões e fundamentos do acolhimento ou da rejeição, total ou parcial, pelo Grupo Técnico, do conteúdo de referida manifestação”. (BRASIL. Portaria MJ n. 14, de 1996, artigo 2º).



Nesse contexto, é importante ponderar que a aplicação da tese do marco temporal, ao desconsiderar os estudos realizados pelo órgão indigenista, desconsidera também a valorização da alteridade no reconhecimento das formas próprias de territorialidade do indígena, pois sua posse, via de regra, não pode ser pensada como voltada apenas para a habitação e para as atividades produtivas. A preocupação da Funai, em atenção ao direito de consulta previsto na Convenção n.169 da OIT, é a de garantir que sejam registradas e consideradas, na medida do possível, as noções de ocupação do território a partir da perspectiva indígena.

O significado da tradicionalidade da ocupação deve ser preenchido a partir das realidades e epistemologias indígenas, não a partir de significantes eurocêntricas e ocidentais. Trata-se de um sentido de tradicionalidade conferido a partir da autodeterminação indígena. Trata-se de levar o direito à diferença, e portanto o conhecimento indígena, a sério. Respeitar a autodeterminação e valorizar a alteridade epistêmica das sociedades indígenas está em consonância com os princípios constitucionais que trazem em seu bojo a pluralidade e a promoção da dignidade em todas as suas dimensões e o reconhecimento do Outro, daquele que é diferente do sujeito de direito pensado de forma universal.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O outro existe, logo pensa. E se esse que existe é outro, então seu pensamento é necessariamente outro que o meu. Quem sabe até deva concluir que, se penso, então também sou um outro. Pois, só o outro pensa.” (VIVEIROS DE CASTRO, 2008).

Ao longo deste artigo, foram expostos diversos argumentos capazes de exemplificar que, embora o ordenamento jurídico garanta formalmente os direitos territoriais indígenas, o próprio Poder Judiciário tem criado entraves à execução desses direitos constitucionalmente assegurados.

Desde o Brasil colônia até os dias atuais, a espoliação dos territórios indígenas tem encontrado guarida em teses jurídicas, seja pelo princípio da contiguidade, pela doutrina da *terra nullius*, pelo advento da Lei de Terras (SILVA, 1996) e, agora, pela tese do marco temporal.

Se, por um lado, a CF de 1988 contemplou os anseios territoriais dos povos indígenas, a atual interpretação que o STF confere ao artigo 231 desnatura e descaracteriza esses direitos. O que tem ocor-

rido como consequência dessa mutação constitucional é a negação do direito à terra e, conseqüentemente, a negação da dignidade das vidas indígenas, devido à ligação congênita e substancial que essas pessoas têm com o território. Se avaliada sob esse prisma, portanto, a tese do marco temporal afronta direitos fundamentais.

O direito dos indígenas às suas terras é direito adquirido e vem sendo assegurado pelo Estado por meio do procedimento administrativo de demarcação que se baseia em estritas normativas previstas na CF acrescida da complementariedade regulatória do Decreto n. 1.775/1996 e da Portaria/MJ n. 14/1996.

A ingerência do Judiciário sobre o mérito do procedimento administrativo de demarcação de TIs não é razoável, pois conhecimentos específicos e técnicos alheios à área jurídica estão presentes nos estudos preparatórios de demarcação. É urgente que se compreenda que o mérito administrativo, técnico e, até mesmo, político do procedimento, visto por uma perspectiva pluralista, está além das condições de análise do Poder Judiciário, que não goza de condições para afirmar, nos moldes exigidos pela legislação, a legitimidade ou não de uma ocupação tradicional indígena. O processo de produção probatória típico do processo judicial não é capaz de substituir os dados levantados pelo grupo técnico que realizou o RCID de delimitação de uma TI, tampouco de alcançar a complexidade do pensamento indígena, também presente nos estudos por exigência normativa.

Para evitar que uma perspectiva meramente não indígena venha impor aos índios soluções que não lhes são próprias, o respeito pela singularidade exige do magistrado vigilância e cuidado para que, na hora de realizar o cálculo do direito, aceite a percepção do indígena do uso e da concepção da terra. O próprio procedimento de demarcação, por si só, já representa algo estranho aos costumes indígenas, uma vez que os limites territoriais apenas vêm materializar as regras de um ordenamento jurídico a eles imposto – ordenamento esse que repousa fortemente sobre a noção de propriedade, também alheia à cosmologia ameríndia.

É essencial propiciar condições para que as relações de troca de valores e conhecimentos entre as comunidades indígenas e a sociedade nacional não sejam desiguais. Nisso o Poder Judiciário também tem responsabilidade – com a alteridade e com o reconhecimento da diversidade cultural – quando, ao decidir, tece narrativas a respeito

dessas populações. Além do processo administrativo demarcatório, também o ordenamento jurídico é simbolicamente violento com os povos indígenas, uma vez que sempre estiveram alijados do processo de gestação e aplicação das leis. Diante disso, podemos afirmar que somente a adequada e reta aplicação da legislação não é suficiente para oferecer condições de justiça a uma decisão judicial cujo objeto seja direitos indígenas.

O magistrado – que sempre pondera sobre os diversos atores envolvidos na lide – deve estar ciente dessa violência simbólica inerente ao ordenamento jurídico e deve voltar a atenção para aquilo que é característico das próprias sociedades indígenas em vez de questionar-se sobre a ausência de elementos que aproximem as sociedades ameríndias da sociedade nacional.

O apelo por justiça feito pelos povos indígenas é um apelo pela existência de, no mínimo, uma relação dialógica franca. O magistrado tem em suas mãos o poder de abrir o direito para um universalismo de encontros e, quiçá, um experimentalismo institucional no qual a matriz cosmológica europeia não seja apresentada como único ponto de partida. Fazer justiça aos povos indígenas não está, portanto, apenas em ver o seu ponto de vista e dar-lhes voz, simplesmente convidando-os ao debate. Mais que isso, faz-se necessária a experiência de permitir que o diálogo se dê fora dos termos da “grande mitologia branca”<sup>18</sup>. Isso somente ocorrerá se relativizarmos nossos próprios conceitos tidos como inegociáveis, como a concepção do uso da terra, por exemplo.

É falando ao e com o Outro – e não simplesmente distribuindo-lhe ou negando-lhe direitos – que reconheço nele uma “qualidade de sujeito, comparável ao que eu mesmo sou” (TODOROV, 1993, p. 128). Uma interação nesse grau exige uma transformação de nós não indígenas em nossa forma de compreender ou reconhecer o Outro. Exige, ademais, que repensemos nossa condição de “reconhecedores” de direitos, que traz intrínseca, necessariamente, uma condição de superioridade. É preciso criar condições reais para que as garantias jurídicas que operam somente a partir dos conceitos e do léxico da cultura ocidental não sejam as únicas balizas de análise das decisões judiciais, pois não dialogam adequadamente com as demandas indígenas.

<sup>18</sup> A “grande mitologia branca” é um sinônimo em Derrida (1972) para o pensamento da transcendência de matriz ocidental, baseado na metafísica da presença, o qual nos permite representar o mundo e o sujeito no mundo.

Fazer justiça à singularidade é tomar consciência da sociabilidade do direito e não apenas afirmar, elementarmente, que esse Outro (o indígena) é reconhecido (pelo não indígena) como um sujeito de direito. O que está em jogo é a oportunidade de descortinar a complexidade do direito – tomando consciência de que, pensado no Estado e para o Estado, ele inevitavelmente empobreceu as possibilidades do porvir. Faz-se necessário buscar, dentro dessa operação tão estratégica quanto mitológica, que é o direito, a promessa, que ele mesmo esconde, de que, ao abrir espaço para a singularidade, será possível, no dizer de Paolo Grossi, redescobrir um “tesouro escondido, ou seja, toda a gama variada de riquezas do universo jurídico” (GROSSI, 2004, p. 67).

## REFERÊNCIAS

1. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Apud: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 657.718/MG. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.
2. BARBOSA, Marco Antônio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.
3. BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. (Atas de Comissões) SNPIPDM. Anexo à ata da 3ª Reunião, Centro Gráfico do Senado Federal, v. 1, p. 564, 22/4/1987, 1987a. Disponível em: <<http://www.congresso.gov.br/anc88/>>. Acesso em: 2 dez. 2009.
4. \_\_\_\_\_. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. VII – Comissão de Sistematização. Centro Gráfico do Senado Federal, v. 1, p. 564, 1987b. Disponível em: <<http://www.congresso.gov.br/anc88/>>. Acesso em: 2 dez. 2009.
5. \_\_\_\_\_. *Constituição Federal*, 1988. Artigo 20.
6. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição n. 3.388/RR*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.
7. \_\_\_\_\_. *Petição n. 3.388*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.

8. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário n. 657.718/MG*. Relator: Ministro Edson Fachin, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.
9. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.642/SC*. Ministro presidente, 2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.
10. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.
11. \_\_\_\_\_. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.542*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2014a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.
12. CASTELLINO, Joshua. The “right” to land, international law and indigenous peoples. In: \_\_\_\_\_; WALSH, Niamh (Org.) *International law and indigenous peoples*. Martinus Nijhoff Publishers, 2004. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10171552&p00=>>>. Acesso em: 20 fev. 2010.
13. DERRIDA, Jacques. *Marges de la philosophie*. Paris: Minuit, 1972.
14. FANAGAN, Tom. *First nations?: second thoughts*. McGill-Queen's University Press, 2000. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10141884&p00=>>>. Acesso em: 25 fev. 2010.
15. FERNANDES, Pádua. *Colapso ético do Judiciário brasileiro e os povos indígenas*. 2017. Disponível em: <<https://jornalistaslivres.org/2017/05/colapso-etico-do-judiciario-brasileiro-e-os-povos-indigenas/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.
16. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
17. KNOP, Karen C. Diversity and self-determination. In: *International Law*. Cambridge University Press. 2002. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10014585&p00=>>>. Acesso em: 25 fev. 2010.
18. MENDES, Artur Nobre. O PPTAL e as demarcações participativas. In: BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Estado e povos*

*indígenas*: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: LACED, 2002.

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

20. PATTON, Paul. *Deleuze and the political*. Routledge, 2000. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10054120&p00=>>>. Acesso em: 18 fev. 2010.

21. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: PUC Rio e Lumen Juris, 2008.

22. PORTUGAL. Alvará de 1º de abril de 1680. In: *Lei de 6 de junho de 1755: para se restituir os índios do Pará e Maranhão*. Disponível em: <<http://iuslusitane.fcsh.unl.pt>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

23. ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Paris, 1994.

24. SARMENTO, Daniel. *A PEC 215/00 e as cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro, 2013.

25. SCHAPIRO, Mario. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, maio-ago. 2016.

26. SILVA, Lígia Osorio. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas: UNICAMP, 1996.

27. SHORT, Damien. *Reconciliations and colonial power: indigenous rights in Australia*. Ashgate Publishing Limited, 2008. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10215567&p00=>>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

28. TEDMANSON, Deirdre. Isle of exception: sovereign power and Palm Island. In: BANERJEE, Subhabrata Bobby; PRASAD, Anshuman. *Critical perspectives on international business: critical reflections on management and organization: a postcolonial perspective*. v. 4, n. 2/3, p. 142-161. Emerald Group Publishing Limited, 2008. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ebraryanddbd/docDetail.action?docID=10246160&p00=>>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

29. TODOROV, Tzevetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

30. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. O perspectivismo é a retomada da antropofagia oswaldiana em novos termos. In: VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. *Encontros*. Entrevistas organizadas por

Renato Sztutman. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2008. p. 117-118.  
Entrevista concedida a Luísa Elvira Belaunde.

31. WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

32. \_\_\_\_\_. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Paris, 1994.

# A TERRITORIALIZAÇÃO COMO INSTITUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E CONTRAPOSIÇÃO AO MARCO TEMPORAL

DANIEL PINHEIRO VIEGAS<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo investiga o sentido da expressão “terras tradicionalmente ocupadas”, cunhada na Constituição Federal de 1988 e interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da Petição n. 3.388/RR, em 2009, do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sob fundamento da teoria do *fato indígena*, estabeleceu a promulgação da Carta Magna como marco temporal para o reconhecimento do direito territorial indígena. Para isso se analisou a hipótese de a Constituição Federal de 1988, no artigo 231, § 1º, e no artigo 215, § 1º, para além do *indigenato* e do *fato indígena*, ter positivado a *territorialização* como instituto jurídico. Para a aferição dessa hipótese, a pesquisa investigou as seguintes questões: 1) A expressão “terras que tradicionalmente ocupam” é “vaga” e admite a aplicação da concepção do Supremo Tribunal Federal? 2) É possível, a partir da teoria da mutação constitucional, admitir que o artigo 231, § 1º, da Constituição Federal de 1988 tenha seu sentido alterado para admitir uma limitação temporal do direito territorial indígena? 3) Como os povos indígenas

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi assessor jurídico do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), advogado da Comissão Pastoral da Terra (CPT) e da Federação dos Trabalhadores Rurais em Pernambuco. Atualmente é procurador do Estado do Amazonas (PGE/AM) lotado na Procuradoria de Patrimônio Imobiliário e Fundiário do Estado, além de pesquisador no Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia.



interpretam o artigo 231, § 1º, da Constituição Federal de 1988 a partir das experiências de reivindicação dos indígenas do Nordeste e dos novos conflitos urbanos no Norte? 4) Como pensar uma tradicionalidade que se distancie de uma perspectiva arqueológica e etnocêntrica? 5) Como se aproximar de uma concretização constitucionalizante do artigo 231, § 1º, da Constituição Federal?

**Palavras-chave:** Terra. Território. Tradição. Indígena. Etnogênese. Fato indígena. Indigenato. Territorialização. Direito constitucional.

## ABSTRACT

This article investigates the meaning of the expression “traditionally occupied lands” coined in the Federal Constitution of 1988 and interpreted by the Supreme Court in which the judgment of Petition no. 3388/RR in 2009, the case of the Raposas Serra do Sol Indigenous Land, founded on the theory of the indigenous fact (*fato indígena*), established the promulgation of the National Constitution as a timeframe for the recognition of indigenous territorial rights. For this purpose, was examined the hypothesis that the Federal Constitution of 1988, in article 231, paragraph 1 and article 215, paragraph 1 going beyond the *indigenato* and indigenous fact, have established territorialization as a legal institution. To measure this hypothesis the research investigates the following issues: 1) Is the expression traditionally occupied lands “vague” and does it permit the application of the conception used by the Supreme Court? 2) Is it possible, through the theory of constitutional change, to admit that article 231, paragraph 1 of the 1988 Federal Constitution has altered its meaning to allow a time limitation for indigenous territorial rights? 3) How do indigenous peoples interpret article 231, paragraph 1 of the 1988 Federal Constitution from the experiences of Northeast Indian demands and new urban conflicts in the North? 4) How to think about a traditionalism that is distant from archaeological and ethnocentric perspectives? 5) How to approach constitutionalizing attainment of article 231, paragraph 1 of the Federal Constitution?

**Keywords:** Land. Territory. Tradition. Indigenous. Ethnogenesis. Indigenous fact. *Indigenato*. Territorialization. Constitutional right.

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. Considerações preliminares
  3. Tradicionalidade da ocupação indígena do texto da Constituição de 1988: disputa entre a norma vivenciada e a norma represada pela mutação inconstitucional
    - 3.1 As “*terras que tradicionalmente ocupam*”: uma tentativa de tornar “vaga” uma expressão textualmente delimitada pela Constituição Federal de 1988
    - 3.2 Teoria da mutação constitucional e seus limites interpretativos
    - 3.3 Causas e efeitos da Constituição de 1988 nas emergências étnicas dos povos indígenas e necessidade de uma concretização constitucionalizante
    - 3.4 O conteúdo do conceito de tradição como ponto de partida para uma nova interpretação constitucional da tradicionalidade da ocupação indígena
    - 3.5 *Territorialização* como novo instituto jurídico trazido pela Constituição Federal de 1988 para além do indigenato e em contraposição ao fato indígena
  4. Considerações finais
- Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é fruto de um trabalho científico cujo objeto de estudo teve origem no mesmo questionamento de Said (2007) quanto à possibilidade de sobreviver às consequências da divisão da realidade humana em culturas, histórias, tradições, sociedades e até raças claramente diferentes para de algum modo evitar a hostilidade expressa pela divisão dos homens em “nós” e “eles”, cujo uso histórico e de fato normalmente teve intenções não muito admiráveis.

Esse questionamento norteou e instigou a busca por maior compreensão das escolhas jurídicas e políticas do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, no ano de 2009, ao apreciar a Petição n. 3.388 e julgar a ação popular ajuizada contra a União, em maio de 2005, pelos senadores Affonso Botelho Neto e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, na qual se impugnava o modelo de demarcação contínuo da Terra Indígena (TI) Raposa Serra do Sol, situada no estado de Roraima.

No julgamento, a mais alta Corte do Poder Judiciário nacional firmou grande quantidade de normas e critérios para demarcação de

TIs, entre os quais o estabelecimento da data da promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 como marco temporal para aferição das áreas tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Nesse acórdão do STF, sob o item 11, intitulado O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS, o relator, ministro Ayres Britto, dispôs que a CF trabalhou com a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como “instituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine” (BRASIL, 2009). Disso já se observam as escolhas da Suprema Corte em utilizar as mesmas expressões que rotulam os indígenas desde o período colonial.

Prosseguindo, o ministro Ayres Britto (BRASIL, 2009) também fez uma interpretação de qual seria o sentido da expressão “*terras tradicionalmente ocupadas*” cunhada na CF, dispondo, sob fundamento da teoria do *fato indígena*, que haveria um marco da tradicionalidade da ocupação, ou seja, “é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”, excetuando-se apenas quando a reocupação não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios.

Esse entendimento estimulou essa investigação acerca do conceito de “*ocupação tradicional*” disposto no artigo 231, § 1º, da Constituição da República, para verificar se de fato o texto constitucional qualifica a posse indígena a partir de uma relação congênita, como pretende o *indigenato* (1912); se existe força explicativa nessa *teoria do fato indígena*, que condiciona o direito territorial à temporalidade da posse, a partir do conceito de *habitat*; ou, ainda, se houve um novo caminho para compreender a complexidade da ocupação indígena institucionalizado na Constituição de 1988, considerando a realidade da etnogênese e da territorialização na história e na antropologia nacionais.

A partir da constatação de que a CF de 1988 manteve a tradição constitucional brasileira do *indigenato*, reconhecendo aos povos indígenas o direito territorial sobre as terras tradicionalmente ocupadas, é necessário observar se o texto foi além e desvinculou o direito das comunidades indígenas da perspectiva arqueológica e da linearidade

temporal, não exigindo para o reconhecimento do direito territorial uma posse imemorial nem datada, mas a tradicionalidade do seu uso.

Para isso, buscou-se investigar a ressemantização do conceito de “tradição” para contrapô-lo aos institutos jurídicos do *indigenato* e do *fato indígena* e verificar se no *campo jurídico* é possível, a partir da interpretação constitucional, observar a necessidade da incorporação de uma nova categoria ao léxico jurídico que justifique e solucione as novas demandas territoriais, observadas as experiências das comunidades indígenas no Nordeste e as novas territorialidades urbanas, na cidade de Manaus, no estado do Amazonas.

Com isso, este artigo sintetiza uma pesquisa que lança como hipótese a possibilidade de a CF de 1988, no artigo 231, § 1º, e no artigo 215, § 1º, para além do *indigenato*, ter positivado, como instituto jurídico, a *territorialização*, como um processo natural e reverso à política indigenista territorial praticada pelo Estado colonial e, posteriormente, pelo Estado Brasileiro, não vinculado à anterioridade da posse ou da presença indígena, mas decorrente da proteção constitucional ao direito de existir desses grupos étnicos, com suas especificidades.

## 2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É necessário registrar as opções conceituais de determinadas expressões, para que os leitores entendam o porquê de a pesquisa empregar alguns termos como sinônimos, mesmo de maneira contrária ao entendimento do STF, no julgamento da Petição n. 3.388/RR. Esse registro segue o alerta de Foucault (2007, p. XV-XVI), no prefácio de *As palavras e as coisas*, de que não há, “mesmo para a mais ingênua experiência, nenhuma similitude, nenhuma distinção que não resulte de uma operação precisa e da aplicação de um critério prévio”, que é indispensável para a imposição da ordem do “nós” ao “outro”.

Portanto, “é só o reconhecimento do caráter essencialmente pre-conceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza” (GADAMER, 2005, p. 360), observando que as escolhas conceituais são ordens e, como tais, formam “a rede secreta segundo a qual elas se olham de algum modo umas às outras e aquilo que só existe através do crivo de um olhar, de uma atenção, de uma linguagem” (FOUCAULT, 2007, p. XVI).

Assim, considerando que a “variação semântica no tempo e no espaço é indissociável dos condicionamentos pragmáticos, ou seja, dos interesses, expectativas e valores envolvidos no momento da interpretação/aplicação” (NEVES, 1994, p. 322), este artigo rejeita a aplicação das expressões “silvícola”, “aborígene”, “primitivo”, “nativos”, “gentil”, “brabo”, bem como as distinções estabelecidas pelo STF em relação à terra e ao território, além da sua escolha de não se referir aos indígenas como povos.

A abolição das expressões aspeadas acima deve-se ao fato de estarem associadas a uma ideia primitivista de idealizar os índios como seres selvagens na definição encontrada no dicionário (ABL, 2008, p. 1181), como elementos do atraso e da desordem, que não distinguiria comunidades indígenas de primatas, numa perspectiva evolucionista, cujo ranço ainda está fortemente presente na jurisprudência em expressões como “aculturados”, “misturados”, entre outras<sup>2</sup>, para justificar a aplicação de um conceito restritivo de nação.

O STF considerou “território” como uma categoria jurídico-política, que delimita espacialmente “a incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma”, enquanto o substantivo “terra” seria uma categoria sociocultural, e não política, para concluir que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras deteria estatura normativa de “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente (BRASIL, 2014).

Todavia, seguindo a doutrina de Souza Filho (2003, p. 101) em seu estudo acerca da territorialidade no Estado Brasileiro, observa-se que as distinções estabelecidas pelo STF, em verdade, revelam que a mesma ideologia utilizada para negar a existência de um povo é historicamente aplicada para negar o território.

<sup>2</sup> Nesse trecho do acórdão da Petição n. 3.388, observa-se a perspectiva evolucionista na distinção entre índios e silvícolas, como se este fosse um estágio anterior ao suposto processo de perda de cultura que a Corte denomina de “aculturação”, mas que não tem respaldo na antropologia contemporânea: “O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO ‘ÍNDIOS’ NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo ‘índios’ é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. **Índios** em processo de aculturação permanecem **índios** para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes sim, **índios** ainda em primitivo estágio de habitantes da selva” (BRASIL, 2009).

Os nomes que o Direito brasileiro, no decorrer dos tempos, deu aos territórios indígenas são reveladores do conteúdo que se atribuía ao direito outorgado. “Reserva” era o nome utilizado pela Lei de Terra de 1850, Lei nº 601, e guardava a ideia de reservar um espaço territorial aos povos que fossem encontrados na colonização para a distribuição, chamada de ordenada, a quem tivesse capital para nelas investir. Nas terras reservadas, os índios deveriam ficar até que aprendessem um trabalho “civilizado” e pudessem ser integrados à vida nacional. Embora reservados, os direitos eram provisórios, mas sempre ligados a um espaço territorial.

A palavra “área” foi também usada, e finalmente “terra indígena”. O nome “território” nunca foi usado; ao contrário, foi intencionalmente negado. É claro que há uma não muito sutil diferença entre chamar entre “terra” e “território”: “terra” é o nome jurídico que se dá à propriedade individual, seja pública ou privada; “território” é o nome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional. Assim, o território é um espaço coletivo que pertence a um povo. (SOUZA FILHO, 2003, p. 101).

Como bem observa o antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida, esse léxico revela um arcabouço teórico de um senso comum erudito, cuja raiz histórica das escolhas conceituais e distinções estabelecidas nos precedentes jurisprudenciais remontam a uma estratégia de disputa de poder estabelecida após as Revoluções Inglesa, Francesa e Americana, as quais, segundo Hobsbawm (2012), não poderiam desprezar a terra como condição e consequência necessária da sociedade burguesa e de todo o desenvolvimento econômico na velocidade em que se pretendia.

De outro lado, o receio de se associar à ideia de povo com a formação de uma nação, o que colocaria teoricamente em risco a integridade territorial nacional, revela-se uma falsa premissa e um preconceito de imaginar que a “nação singulariza o elemento humano do Estado ou se confunde com o próprio Estado” (SILVA, 2005, p. 852). Trata-se de uma perspectiva superada ante a realidade de existirem Estados multinacionais ou multiétnicos, Estado sem nação (o Vaticano) e nação sem Estado (como os judeus até a fundação do Estado de Israel) (SAUER, 1933, p. 186 apud SILVA, 2005, p. 852).

Como observa Agamben, há no conceito de povo dentro da política ocidental uma ambiguidade semântica que não é casual, mas reflexo de uma anfibiação intencional, uma oscilação dialética entre dois polos opostos:

de um lado, o conjunto Povo como corpo político integral, de outro, o subconjunto povo como multiplicidade fragmentária de corpos necessi-

tados e excluídos; ali uma inclusão que se pretende sem resíduos, aqui uma exclusão que se sabe sem esperanças; num extremo, o Estado total dos cidadãos integrados e soberanos, no outro, a reserva corte dos milagres ou campo dos miseráveis, dos oprimidos, dos vencidos que foram banidos. (AGAMBEN, 2014).

Menos que conceitos científicos, essas distinções semânticas revelam a existência de “uma luta teórica contra a força dos esquemas interpretativos dos *positivistas no direito*” (ALMEIDA, 2008, p. 20), que confundem etnias, minorias e/ou povos tradicionais dentro de uma noção genérica de “povo”, elidindo a diversidade cultural, e contra a ação sem sujeito de esquemas inspirados nos “estruturalismos”, que privilegiam e se circunscrevem às oposições simétricas entre “comum” e “individual”, entre “coletivo” e “privado”, entre “propriedade” e “uso”, entre recursos “abertos” e “fechados”, entre “tradicional” e “moderno”, menosprezando a dinâmica das situações concretas produzidas pelos povos e grupos tradicionais nas suas relações sociais com seus antagonistas históricos. O “modelo de propriedade comum”, concebido pelos legisladores para harmonizar a homogeneização jurídica dos registros cadastrais de terras, e as interpretações absolutas do “uso comum”, que aparecem nos documentos oficiais com finalidade de recenseamento agropecuário, são aqui relativizados e considerados como noções preconcebidas, que contraditam as ações mobilizatórias dos chamados “povos tradicionais” e suas categorias intrínsecas de apropriação dos recursos naturais (ALMEIDA, 2008, p. 20). Desta feita, não se optou neste trabalho por perpetuar a distinção entre “terra” e “território”, cuja relevância se refere muito mais a uma questão ideológica historicamente construída do que a uma diferença ontológica que conduziria a alguma teoria separatista ou conspiratória contra a soberania estatal. Assim, após a Constituição de 1988, “não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência inafastável” (PEREIRA, 2007, p. 9).

Por conseguinte, a opção pela denominação “povos indígenas” fundamenta-se juridicamente nos critérios adotados pela Convenção n. 169 da OIT<sup>3</sup>, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de

<sup>3</sup> “Art. 1º (...) 3. A utilização do termo ‘povos’ na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.”

2004, e pelo Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que “Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”.

### **3. TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DISPUTA ENTRE A NORMA VIVENCIADA E A NORMA REPRESADA PELA MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL**

Ao interpretar o texto constitucional disposto no artigo 231, no julgamento da Petição n. 3.388/RR, o STF entendeu que o reconhecimento dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” seria uma certa “maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios” (BRASIL, 2009).

Quanto, especificamente, às “terras que tradicionalmente ocupam”, a Corte Constitucional entendeu que se exige “que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica” (BRASIL, 2009). Por isso justificou o estabelecimento de um “marco temporal de ocupação (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene” (BRASIL, 2009).

Para estabelecer esse marco temporal de reconhecimento do direito territorial indígena sobre as terras tradicionalmente ocupadas (*teoria do fato indígena*), a Suprema Corte se valeu de uma interpretação literal da expressão “*habitat*” para concluir pela existência de um elemento temporal na ocupação indígena, ao considerar que haveria aí um sentido de localização da comunidade, de maneira não ocasional, na data da promulgação da Constituição (FERRAZ, 2004).

Observa-se que o ponto central das razões do STF está na interpretação da expressão “terras que tradicionalmente ocupam”, que, embora esteja esmiuçada no § 1º do artigo 231 da CF, com lastro na doutrina de José Afonso da Silva, concluiu que aquelas hipóteses de TIs ali dispostas seriam quatro condicionantes, “todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha” (SILVA, 2005, p. 855), para qualificar um espaço territorial como indígena.



Com isso, o STF interpretou a “ocupação tradicional” como se fosse uma cláusula “vaga”, não distinguindo *conceito* de *concepção* (DWORKIN, 2002), diferenciando a norma jurídica do texto jurídico no momento de sua concretização, entretanto de maneira oposta à teoria normativo-estruturante de Müller, segundo a qual,

o teor literal funciona, de acordo com o tipo da norma, de maneiras distintas, como diretrizes e limite da concretização admissível. A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não o único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Por isso não mais devemos falar de interpretação ou explicação, mas sim de concretização da norma. (MÜLLER, 2005, p. 105).

A interpretação do STF, como se observa no quadro a seguir, está mais próxima do texto da Constituição de 1946 e da compreensão que a Corte tinha, em 1961, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 44.585, do que o disposto na literalidade do artigo 231, § 1º, da Constituição de 1988. Embora diante de textos distintos, em ambos os casos, no momento de sua concretização, recorre-se ao estabelecimento de um marco temporal que limita o reconhecimento do direito:

Constituição	1946	1988
<b>Texto constitucional</b>	Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.	Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Constituição	1946	1988
<b>Norma constitucional</b>	<p>“Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária a sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar.”</p> <p>[Trecho do voto do ministro Víctor Nunes Leal no Recurso Extraordinário n. 44.585 (BRASIL, 1962)].</p>	<p>“O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborigene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica.” [Trecho do acórdão da Petição n. 3.388 (BRASIL, 2009)].</p>

Cabe investigar se de fato a interpretação do artigo 231, § 1º, da CF realizada pelo STF permitiu adequada seletividade das expectativas criadas com a promulgação do texto constitucional, sobretudo aos povos indígenas, ou se conduziu a uma concretização desconstitucionalizante, atuando no sentido da manutenção do *status quo* social, servindo “à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais” (NEVES, 1996, p. 324).

Para isso, será importante analisar as seguintes questões: 1) A expressão “terras que tradicionalmente ocupam” é “vaga” e admite a aplicação da concepção do STF?; 2) É possível, a partir da teoria da mutação constitucional, admitir que o artigo 231, § 1º, da CF de 1988 tenha seu sentido alterado para admitir a limitação temporal do direito territorial indígena?; 3) Como os povos indígenas interpretam o artigo

231, § 1º, da CF de 1988, a partir das experiências de reivindicação dos indígenas do Nordeste e dos novos conflitos urbanos no Norte?; 4) Como pensar uma tradicionalidade que se distancie de uma perspectiva arqueológica e etnocêntrica?; 5) Como se aproximar de uma concretização constitucionalizante do artigo 231, § 1º, da CF?

### **3.1 As “*terras que tradicionalmente ocupam*”: uma tentativa de tornar “vaga” uma expressão textualmente delimitada pela Constituição Federal de 1988**

Dworkin (2002, p. 209) observa, especificamente em relação à *Bill of Rights*, mas de forma também aplicável à Constituição brasileira, que padrões “vagos” são escolhas do legislador, para que sua orientação teórica não se baseie na supremacia das maiorias, já que seu objetivo é proteger os cidadãos ou grupos de cidadãos contra decisões que a maioria deseja mesmo sob a justificativa de que se está atendendo ao interesse geral ou comum.

Portanto, a partir do substrato teórico de Dworkin (2002), observa-se que o constituinte não permitiu que a Suprema Corte aplicasse a sua *concepção* do que seriam “*terras que tradicionalmente ocupam*”, já que no § 1º estabeleceu exatamente o *conceito* ao dispor que seriam aquelas terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Também não se pode considerar uma interpretação que admita a possibilidade de tratar-se de condições que caracterizem determinada terra como indígena, porque, quando o texto constitucional exige condições simultâneas, ele o faz expressamente, como no artigo 186<sup>4</sup> da CRFB/1988.

---

<sup>4</sup> “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Não é apenas isso, mas também porque é possível que parte do território habitado não seja utilizada para atividades produtivas, assim como espaços imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais não se destinem à reprodução física e cultural. Mais ainda, poderiam ser inclusive contraditórios, já que determinados espaços, ambientalmente protegidos, não poderiam ser destinados a atividades produtivas.

Importante recordar que não se deve confundir o conteúdo da norma com o texto legal. Sem dúvida, as “normas jurídicas não são idênticas aos seus textos de normas” (MÜLLER, 2005, p. 104). À necessidade de manter uma relação entre a norma e o texto escrito, Häberle (2002, p. 13) acrescenta a ideia de que:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Portanto, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la” (HÄBERLE, 2002, p. 13). Assim, “quando não há uma relação consistente entre texto e atividades concretizantes”, está-se diante de uma concretização desconstitucionalizante, em que o texto constitucional se torna “uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se frequentemente à margem do modelo textual de Constituição” (NEVES, 1996, p. 323).

É exatamente essa a crise de normatividade, com uma concretização desconstitucionalizante, observada no acórdão do julgamento da Petição n. 3.388/RR, na qual incidiu o STF ao não integrar a “esfera pública pluralista” (NEVES, 1996, p. 324), nesse processo de interpretação em que criou uma limitação temporal a um direito tido como originário e o vinculou a um tempo linear.

Ora, considerando que a Corte Constitucional tem o papel de realizar a função estabilizadora e congruentemente generalizante da seletividade das diversas expectativas normativas constitucionais (NEVES, 1996, p. 324), observa-se que ela não atentou para como os povos indígenas interpretaram o artigo 231, § 1º, da CF, o que pode ser feito a partir de uma análise do comportamento desses grupos, antes da promulgação da CF, o que provocou a sua redação atual, bem como posteriormente, como efeito dessa construção.

Essa análise revelará a grande contradição no fato de que, para a Suprema Corte, essa promulgação, efeito e causa da ação do movimento

indígena, deveria ser tida como o referencial para que nenhuma expectativa fosse criada em torno de direitos assegurados na literalidade do texto, que, embora seja tão inovador em relação às Constituições anteriores, acaba sendo compreendido como se não tivesse sido alterado, realizando uma aplicação limitada do instituto do *indigenato* de 1912.

### 3.2 Teoria da mutação constitucional e seus limites interpretativos

O princípio da supremacia constitucional, que coloca o texto da Constituição em posição de superioridade em relação às demais normas do sistema jurídico, fundamenta-se em dois pilares básicos: a força normativa da Constituição e a rigidez constitucional. A força normativa refere-se à aplicação direta da interpretação do texto constitucional que permita a resolução de casos concretos, ou seja, a eficácia da norma jurídica extraída da interpretação. Já a rigidez do texto constitucional conduz ao entendimento de que sua alteração depende de procedimentos legislativos específicos e diferenciados previstos em seu próprio texto. Por essa razão, tudo que pode ser modificado, informalmente, deve ser feito dos limites para o interior do texto, por interpretação (CADENA, 2010).

Dessa forma, se, por um lado, os limites da força normativa da Constituição situam-se onde a norma constitucional não se enquadra com a disposição individual do presente; por outro lado, não são rígidos, pois a própria “vontade da constituição” constitui parte dessa disposição, podendo ampliar consideravelmente tais limites (HESSE, 1992, p. 70). Segundo Hesse (1997, p. 49), a “força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”.

É essa “vontade atual” que conduz às “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES, 2008, p. 129). Trata-se da mutação constitucional, que consiste em:

um processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais. (BULOS, 1997, p. 57).

Neto e Sarmento (2013, p. 340) entendem que a mutação constitucional decorre da “mudança na opinião pública e nos valores comunitários, impulsionada por diversos movimentos sociais que se mobilizaram em favor da justiça e da inclusão social de grupos até então excluídos”, provocando uma alteração na interpretação de uma cláusula constitucional. Essas alterações, que envolvem mudanças nas próprias relações sociais e históricas, impõem um equilíbrio entre a rigidez da Constituição e sua mobilidade, pois, segundo HESSE (1998, p. 45),  
somente elas possibilitam satisfazer a transformação histórica e a diferenciabilidade das condições de vida (...) porque elas, em seu efeito estabilizador, criam aquela constância relativa, que somente é capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes, imensas e que não mais podem ser vencidas.

Todavia, essa mutação não é um processo harmonioso e livre de conflitos entre os poderes da República e os demais intérpretes constitucionais (HÄBERLE, 2002), porque, se de um lado esboça uma possibilidade do texto constitucional de se manter atualizado, de outro interfere no equilíbrio de forças, principalmente entre o Poder Judiciário e o Legislativo, além de possibilitar que fatores reais de poder atropelem a força normativa da Constituição (NETO; SARMENTO, 2013, p. 341), imobilizando o texto constitucional ou conduzindo a uma concretização desconstitucionalizante no momento de aplicação da norma jurídica (NEVES, 1996).

Konrad Hesse (1998) já havia ressaltado que os mecanismos de mudança da constituição, como instrumentos de recepção das alterações sociais no ordenamento constitucional, mais que necessários, são uma condicionante para o alcance da própria força normativa da Constituição, em que

o persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso são dados; senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível. (HESSE, 1992, p. 45).

Todavia, o próprio Hesse (1998) considerava inaceitável a ideia de ausência de limites à mutação constitucional, o que o levou a apontar que, embora se tenha tratado muito sobre os limites dos processos formais de mudança da Constituição, pouco se discutiu sobre os limites aos processos informais de alteração, embora haja o estudo desses limites (HESSE, 1992), destacando a importância de observar:

os parâmetros mais claros, que permitam responder à pergunta se houve uma mudança da Constituição. (...) Quando faltam tais parâmetros, então não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais porque a afirmação sempre possível da existência de mutação constitucional não pode ser provada, nem refutada. Isso nos obriga a levantar a questão relativa aos limites da mutação constitucional. (HESSE, 1992, p. 84).

A doutrina reconhece que o primeiro e menos controvertido limite a ser observado é o próprio texto constitucional, já que a mutação não pode justificar alterações que contradigam o texto escrito, devendo ocorrer dentro das possibilidades interpretativas; caso contrário, se deverá buscar o caminho da emenda constitucional (NETO; SARMENTO, 2013). Conforme Hesse (1992, p. 101) o conteúdo da norma constitucional só poderá se modificar no interior do marco traçado pelo texto; assim, se é verdade que um texto pode ter mais de um significado, também é verdade que não pode ter infinitos (CALLEJÓN, 1997, p. 108).

Portanto, admitir mutações constitucionais que violem o texto da Constituição implicaria negar a própria força normativa e a rigidez que garantem a supremacia constitucional, “tornando-a excessivamente dependente dos fatores reais de poder ou das preferências do intérprete de plantão” (NETO; SARMENTO, 2013, p. 314) e, ainda, “gerando mutações inconstitucionais” (BARROSO, 2009, p. 128).

No caso analisado, observa-se que o texto constitucional foi expresso em reconhecer aos indígenas “os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas”, esclarecendo tratar-se daquelas “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Não há razoabilidade em extrair desse texto a existência de um “marco temporal de ocupação”, para afirmar que a CF trabalhou com uma datação determinada, ou seja, a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988), como um referencial para o dado da ocupação de determinado espaço geográfico. Ora, interpretar dessa forma é desconsiderar que o texto não condicionou o direito à terra a uma data específica nem a uma ocupação imemorial, vinculadas ambas as hipóteses a uma posse ancestral de determinado espaço.

Em verdade, o texto constitucional desvinculou o direito territorial ao tempo linear, como foi reivindicação dos povos indígenas durante

os debates da constituinte, relacionando-o ao modo de utilização da terra, voltado para o futuro, ao afirmar que seria o espaço necessário ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural.

### **3.3 Causas e efeitos da Constituição de 1988 nas emergências étnicas dos povos indígenas e necessidade de uma concretização constitucionalizante**

O agir e o vivenciar dos povos indígenas, antes e após a promulgação da Constituição de 1988, revelam uma dissonância da interpretação do STF, que põe em risco o próprio diploma legal ao criar uma severa restrição a esse grupo específico. A interpretação que estabelece a promulgação da Constituição de 1988 como limite temporal para a estagnação dos espaços territoriais destinados aos povos indígenas desconsidera o efeito que a própria inovação normativa trouxe a essas comunidades a partir de suas mobilizações antes da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e da Convenção n. 169 da OIT.

Como para o caso quilombola seria incoerente estabelecer a Lei Áurea como marco temporal para marmorificação dos espaços ocupados pelos quilombos<sup>5</sup>, já que é a partir dessa norma que se multiplicaram as formas de organização comunitária desses grupos, no caso do direito territorial indígena, o estabelecimento da Constituição de 1988 como limitador temporal é uma incongruência com suas pretensões de promover a diversidade e proteger as minorias.

Ressalta-se que a interpretação do STF se torna ainda mais inadequada quando se observa como os povos indígenas se organizaram e se movimentaram para conquistar a redação desse texto constitucional, que em verdade não pretendeu produzir um efeito frigorificante do desenvolvimento étnico-territorial; ao contrário, foi a partir dele que se catalisou o ressurgimento das etnicidades e, conseqüentemente, das demandas por espaços territoriais.

Dois casos são bem específicos. O primeiro é o dos povos indígenas do Nordeste, que, da invisibilidade e do enfrentamento dos

---

<sup>5</sup> Em 2015, a ministra Rosa Weber (BRASIL, 2015) apresentou seu voto após o pedido de vista, quando, não coincidentemente, é transportado para o direito territorial quilombola o mesmo marco temporal imposto aos povos indígenas, como elemento objetivo a ser acrescido ao critério subjetivo da autoidentificação.



estigmas impostos pelo longo tempo de contato, travaram, desde a década de 1970, uma odisséia por reconhecimento e por uma política de redistribuição, sendo um dos efeitos desse processo, inclusive, a redação do artigo 231, § 1º, da CRFB/1988. O segundo é o dos recentes conflitos fundiários no estado do Amazonas que envolvem indígenas na cidade, os quais, em uma articulação pluriétnica, constituem e reivindicam espaços a serem compartilhados entre distintos povos, como efeito de uma interpretação da mesma norma constitucional.

Portanto, o que está em jogo nesse processo envolvendo essas comunidades étnicas não é apenas uma política de reconhecimento mas também uma política de redistribuição, ou seja, nos termos do dilema teorizado por Nancy Fraser (2006, p. 231), a complexidade revela que há em relação a essas comunidades uma “injustiça socioeconômica, enraizada na estrutura político-econômica da sociedade” e “uma injustiça cultural ou simbólica”, “arraigada a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação”.

É relevante registrar que cada povo indígena do Nordeste tem processo histórico próprio, com avanços e retrocessos na luta por seus espaços territoriais. No caso do Norte, especificamente do Amazonas, as especificidades muitas vezes se relacionam a núcleos familiares que se deslocam para a capital e se organizam com outras famílias de etnias diferentes. Com isso, registra-se que não se pretende aqui defender a ideia de uma historicidade única com movimentos uniformes e genéricos, mas apenas observar os efeitos no texto da Constituição de 1988 e as causas que essa redação trouxe ao movimento indígena nessas duas regiões, além das expectativas que foram criadas e dos espaços conquistados, para investigar se, de fato, o artigo 231, § 1º, da CRFB/1988 representa apenas uma aplicação restrita do *indigenato*, *do fato indígena* ou se promoveu a institucionalização jurídica da *territorialização* indígena.

Também, não se está propondo identificar a origem da emergência étnica dos povos do Nordeste com os conflitos étnico-fundiários do Estado do Amazonas, mas investigar se esses casos distintos permitem a busca por novos caminhos interpretativos do artigo 231, § 1º, da CF, considerando a diversidade de intérpretes constitucionais (HÄBERLE, 2002) e a necessidade de que a interpretação promova a inclusão e proteção das minorias (DWORKIN, 2002).

Portanto, pretende-se observar se é possível relacionar a promulgação da Constituição de 1988 com as alianças indígenas ao longo do processo

histórico e admitir, com fundamento nesse texto normativo, a percepção de que a identidade indígena, assim como qualquer outra identidade, é construída e reelaborada constantemente, superando a perspectiva do indígena como indivíduo preso a um passado histórico e a resquícios arqueológicos, impossibilitado de mobilidade territorial por meio da política de reconhecimento e redistribuição trazida pelo texto constitucional.

O indício revelador da hipótese demonstrada é o fato de que, na década de 1950, os povos indígenas registrados no Nordeste eram formados por apenas 10 etnias, passando em 1994 para 23 (OLIVEIRA, 1997). Esses dados confirmam uma mudança na percepção dos índios do Nordeste, afastando a ideia de índios *misturados* e de que teriam perdido sua indianidade, seus traços e culturas, criando uma desconcertante “contradição em termos absolutos” ao se observar “o surgimento recente (duas décadas!) de povos que são pensados, e se pensam, como originários” (OLIVEIRA, 1997, p. 14).

Esse fenômeno no Nordeste, em que a realidade se tornou um paradoxo ao positivismo jurídico e antropológico, obrigou a própria antropologia a discutir também as teorias sobre a etnicidade e os modelos analíticos utilizados (OLIVEIRA, 1997), para possibilitar uma observação desses povos contemporaneamente e não como povos e culturas descritos apenas “pelo que foram (ou pelo que, supõe-se, eles foram) há séculos atrás” (OLIVEIRA, 1997, p. 15).

Para o *campo jurídico*, a necessidade de textos que tivessem força normativa para solucionar os conflitos territoriais oriundos dessa *emergência* étnica, que não se compreende mais a partir de um direito decorrente da ancestralidade da presença como se extraía do *indigenato* até então, muito menos do *fato indígena*.

Assim, o direito teve que lidar, na década de 1980, com as reivindicações de políticas distributivas, como as demandas por terra e assistência ao órgão indigenista, dos atuais povos indígenas do Nordeste, que passaram a tornar-se objeto de estudo da antropologia, na observação do restabelecimento dos territórios indígenas, com a retirada dos não índios e a *desnaturalização* da “*mistura*” (OLIVEIRA, 1997, p. 18). Isso ocorreu por intermédio do processo denominado etnogênese<sup>6</sup>, abrangendo a emergência de novas identidades como a

<sup>6</sup> A maioria dos 23 atuais povos indígenas do Nordeste resulta de processos caracterizados como “etnogêneses”, iniciados neste século, não apresentando por isso

reinvenção de etnias já reconhecidas e culminando com a *territorialização* definida por Oliveira (1997, p. 22), assim disposta:

um processo de reorganização social que implica: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado.

A grande mudança foi a substituição da ideia de “ocupação permanente” pela de “ocupação tradicional”, afastando-se da associação da posse indígena com o tempo linear, quando se buscava a demonstração da imemorialidade como requisito de reconhecimento da TI. De acordo com Silva (2005, p. 856), “nem tradicionalmente nem posse permanente são empregados em função de usucapião imemorial em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores”, nem a uma circunstância temporal, mas refere-se ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há com unidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições. (SILVA, 2005, p. 856).

Portanto, observa-se que a etnogênese dos índios do Nordeste pautou uma mudança na perspectiva antropológica dessa mobilização social e contribuiu para a redação do texto da Constituição de 1988, que passou, também, a criar legítimas expectativas aos povos indígenas do Amazonas diante do impacto do fenômeno da urbanização e da

---

continuidade com antigos relatos de viajantes e missionários, e, muitas vezes, nem mesmo com a literatura antropológica das primeiras décadas do século XX. Mas as etnogêneses, alerta Oliveira, não são produto de pura e simples invenção. Um dos elementos centrais em sua caracterização é a valorização de tradições e de uma autenticidade, que nos colocariam justamente o problema da existência e reprodução de elementos de cultura de grupos dominados sob formas muitas vezes inteiramente ignoradas pelas tradições e saberes dominantes no âmbito da nação ou da região e, só por isso, dadas como inexistentes (ARRUTI, 1995, p. 86). “É sob o signo da invenção de cultura que devem ser pensados os povos indígenas do Nordeste, com um resolutivo movimento de afastar o viés etnológico de buscar, no presente, culturas autênticas (ou ainda fontes culturais específicas da etnicidade). Não importa o quanto os símbolos venham de fora, o que conta é que são vividos e pensados como se estivessem impressos a ferro e fogo nos corpos e sentimentos dos indivíduos; e que daí lhes determina – como uma força interior – o seu futuro, concebido como um reencontro com o seu verdadeiro destino” (OLIVEIRA, 1993 apud ARRUTI, 1995, p. 86).

industrialização, em que os indígenas são submetidos aos mecanismos gerais dessas políticas que privilegiam a iniciativa individual em detrimento do grupo ou da etnia, sendo institucionalmente classificados como “pobres” ou “excluídos”, privando-se do controle de sua própria representação e de sua identidade coletiva (ALMEIDA, 2009, p. 10).

Esse cenário tem provocado uma multiplicidade de situações de conflito, decorrentes principalmente das “tentativas oficiosas e autoritárias de negar o processo de emergência de identidades indígenas ou minimizar sua presença na cidade”, principalmente no que se refere à ocupação de terrenos vagos por famílias indígenas e às reivindicações elementares de direitos territoriais dirigidas ao Estado pelos movimentos indígenas (RODRIGUES, 2009, p. 66).

As pesquisas realizadas no Projeto Nova Cartografia Social<sup>7</sup> revelam que, na cidade de Manaus, “a formação de comunidades étnicas está fortemente relacionada com a questão do uso e da apropriação do território” (RODRIGUES, 2009, p. 70), mas não limitada a uma concepção apenas de espaço físico ou meramente geográfica,

mas de lugares políticos e identitários em que os indígenas reconstróem seu espaço social de maneira a destacar suas diferenças em relação aos demais agentes sociais, marcando as fronteiras de sua etnicidade e mantendo alguns sinais particulares que assinalam a sua identidade coletiva de referência. (RODRIGUES, 2009, p. 70).

Trata-se de territorialidades específicas, que “podem ser consideradas como diferentes processos de territorialização e como delimitando dinamicamente, terras de pertencimento coletivo” (ALMEIDA, 2006, p. 25). Os diversos povos indígenas na cidade de Manaus revelam que:

a elaboração de identidades específicas se processa concomitante à construção de territorialidades específicas, de forma que cada grupo constrói socialmente seu território de uma maneira própria e com propriedades intrínsecas a partir de conflitos internos e externos. Essas territorialidades se

---

<sup>7</sup> “O Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia (PNCSA) tem como objetivo dar ensejo à auto-cartografia dos povos e comunidades tradicionais na Amazônia. Com o material produzido, tem-se não apenas um maior conhecimento sobre o processo de ocupação dessa região, mas sobretudo uma maior ênfase e um novo instrumento para o fortalecimento dos movimentos sociais que nela existem. Tais movimentos sociais consistem em manifestações de identidades coletivas, referidas a situações sociais peculiares e territorializadas. Estas territorialidades específicas, construídas socialmente pelos diversos agentes sociais, é que suportam as identidades coletivas objetivadas em movimentos sociais. A força deste processo de territorialização diferenciada constitui o objeto deste projeto.” (PNCS, 2014).

manifestam sempre como um contraponto ao *status quo* da política administrativa, da economia hegemônica e às políticas públicas, ao mesmo tempo em que se apropriam do caráter dialógico na relação com os aparelhos de governo, com as agências, os movimentos e as instituições sociais, funcionando sempre como uma “rede de organizações”. (SANTOS, 2009, p. 48).

Nesse sentido, Almeida (2006, p. 68) chama atenção para o fato de que é preciso relativizar o caráter absoluto das dicotomias correlatas ao dualismo campo-cidade, como substância necessária, quando se pretende caracterizar comunidades tradicionais e compreender suas manifestações etnoculturais (SANTOS, 2009, p. 50).

Assim, o processo de urbanização e industrialização para a presença de diversos povos indígenas na cidade de Manaus e no seu entorno, como Tikuna, Baniwa, Desano, Baré, Tariano, Piratapuaia, Kambeba, Miranha, Apurinã, Mura, Sateré-Mawé, Munduruku e várias etnias do alto rio Negro, criando unidades étnicas diferenciadoras, para afiançar direitos e políticas específicas, num movimento que vem sendo desenhado com mais intensidade a partir da Constituição de 1988, contra a tendência tecnicista e nacionalista de homogeneizar pequenos espaços das identidades étnicas, que se formam em Manaus (SANTOS, 2009, p. 55).

Essas comunidades indígenas vivem sem políticas públicas específicas, em geral em áreas de risco e submetidas às condições degradantes de subemprego ou de mercado de trabalho informal, com acesso a precários serviços de saúde, educação e segurança (SANTOS, 2009, p. 55). Nesse contexto, a constituição das comunidades e associações está voltada para o caráter intencional, moldada por ações pragmáticas, especificamente estabelecidas para facilitar a busca de recursos (SANTOS, 2009, p. 55), mas também para viabilizar ações em busca de espaços físicos, articulando outras soluções por meio de outras esferas de poder, concretizando as expectativas criadas com a disposição do artigo 231, § 1º, da CF.

Esses fatos revelam que, assim como a antropologia teve de se reinventar para conseguir entender o movimento indígena, o direito tem que construir uma interpretação com força normativa diante desses novos conflitos, visto que os povos indígenas hoje estão tão distantes de culturas neolíticas pré-colombianas quanto os brasileiros atuais da sociedade portuguesa do século XV, ainda que possam existir, nos dois casos, pontos de continuidade (OLIVEIRA, 1997, p. 35).

Do mesmo modo que alguns autores na literatura antropológica, como Barth (1984) e Hannerz (1992), sugeriram abandonar imagens arquitetônicas de sistemas fechados e passar a trabalhar com processos de circulação de significados, enfatizando que o caráter não estrutural, dinâmico e virtual é constitutivo da cultura (OLIVEIRA, 1997, p. 35), também é necessário no *campo* jurídico perceber os povos indígenas como objeto dinâmico e não cristalizado (GEERTZ, 1978), percebendo a historicidade na cultura (THOMPSON, 1998), assim como a dimensão política da cultura e da identidade, para pensar a questão das “emergências” como um fenômeno histórico do século XXI, a fim de permitir pensar uma tradicionalidade que se distancie de uma perspectiva arqueológica e etnocêntrica e elaborar uma concretização constitucionalizante do artigo 231, § 1º, da CF.

### 3.4 O conteúdo do conceito de tradição como ponto de partida para uma nova interpretação constitucional da tradicionalidade da ocupação indígena

Ao exigir uma permanência temporal em determinado espaço físico para reconhecimento da tradicionalidade da ocupação, a “tradição” “continua sendo definida a partir dos critérios ocidentais”, em que a “mudança cultural, a recriação da tradição só é aceita em relação à corrente civilizatória ocidental”, pois, quando se processa com outras sociedades, é estigmatizada com uma identidade ilegítima (ARRUDA, 2002, p. 149). Essa diferenciação conduz ao questionamento sobre o conceito de “tradição” que qualifica a posse indígena, se está necessariamente vinculado à relação tempo/espaço e se a continuidade etnográfica disposta no acórdão do STF exige uma ancestralidade aferível temporalmente.

Observa-se que a própria **continuidade etnográfica** em um sentido **anímico e psíquico**, como afirmado pelo ministro Ayres Britto, conduz à hipótese de que a ocupação tradicional indígena não é localizável na relação tempo/espaço, mas na necessidade (protegida pelo artigo 231, § 1º, da CRFB/1988) de materialização física das práticas culturais construídas e reconstruídas cotidianamente por um sujeito coletivo de direitos com uma identidade étnica distinta da hegemônica. Nessa perspectiva, a “tradição” não exige uma referência à repetição de práticas culturais milenares, porém a práticas,

muitas vezes recentes, que se ligam simbolicamente a um passado, mas que se destina a enfrentamentos contemporâneos de defesa do pleno exercício dos direitos culturais, constitucionalmente garantidos (artigo 215 da CRFB/1988).

Portanto, para pensar uma tradicionalidade que se refira a uma continuidade etnográfica anímica e psíquica, em que a “terra indígena, no imaginário coletivo aborígene não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia” (BRASIL, 2009), é preciso observar como a sociedade foi ao longo do tempo tratando de maneira distinta suas relações culturais a partir das suas perspectivas da “tradição”. Para isso, é importante recorrer à sociologia, que foi a grande ciência observadora desse fenômeno, permitindo elaborações de novas reflexões desses estudos no *campo jurídico*.

Essa compreensão interpretativa posta como desafio ao direito é uma condição dos próprios movimentos étnicos que têm exigido o reconhecimento jurídico de “suas formas intrínsecas de uso comum dos recursos naturais e as delimitações de suas territorialidades específicas”, cujas noções preconcebidas e etnocêntricas não comportam mais nenhuma força explicativa ante a necessidade de incorporação do fator étnico (ALMEIDA, 2006, p. 8) e do pluralismo jurídico da Constituição de 1988.

O que se observa na interpretação do conceito de “tradição” limitado a um marco temporal, constante no julgamento da Petição n. 3.388, é em verdade o estabelecimento de uma relação de continuidade histórica e de “imitação puramente reativa”, como entende Weber em 1913 (1994, p. 15), associando o comportamento estritamente tradicional ao costume, para quem a tradição

do mesmo modo que a imitação puramente reativa – encontra-se por completo no limite e muitas vezes além daquilo que se pode chamar, em geral, ação orientada “pelo sentido”. Pois frequentemente não passa de uma reação surda a estímulos habituais que decorrem na direção da atitude arraigada. A grande maioria das ações cotidianas habituais aproxima-se desse tipo, que se inclui na sistemática não apenas como caso-limite, mas também porque a vinculação ao habitual pode ser mantida conscientemente, em diversos graus e sentidos.

Trata-se de um sentido de tradição relacionado a algo que é transmitido do passado para o presente, sem reflexão quanto à duração,

formas de transmissão ou de exibição nem quanto ao grau de deliberação racional em sua criação, mas apenas a um comportamento orientado pelo passado, o qual exerce sua autoridade sobre o presente (GRÜNEWALD, 2012).

Entretanto, Foucault (1968, p. 17) desafia as ciências sociais com “tarefas negativas”, entre as quais a de “se libertar de todo um jogo de noções que estão ligadas ao postulado de continuidade”, como no caso da “tradição”, em que se “permite ao mesmo tempo delimitar qualquer novidade a partir de um sistema de coordenadas permanentes e de dar um estatuto a um conjunto de fenômenos constantes”. Portanto, para Foucault (1968, p. 14), é “a noção de descontinuidade que mudou de estatuto”. Assim, explica que:

Para a história, sob sua forma clássica, o descontínuo era ao mesmo tempo o dado e o impensável: o que se oferecia sob a forma dos acontecimentos, das instituições, das ideias ou das práticas dispersas; reduzido, apagado, para que aparecesse a continuidade dos encadeamentos. A descontinuidade era o estigma da dispersão temporal que o historiador tinha por tarefa suprimir da história. (FOUCAULT, 1968, p. 14).

É a mesma percepção de Hannah Arendt ao afirmar que “aplicar à política ou à história a lei dos grandes números e dos longos períodos”, como se faz na ciência econômica por meio da estatística, “é nada menos que obliterar voluntariamente o próprio objeto destas duas” (ARENDRT, 2007, p. 52), pois é inútil buscar significado em ambas as ciências descartando-se as condutas diárias e as tendências automáticas, por considerá-las irrelevantes.

Nota-se que, após a Segunda Guerra Mundial, a sociologia e a antropologia passaram a perceber a “tradição” de maneira menos estática e mais dinâmica, direcionando suas observações para as análises processuais, que revelaram que as “tradições se sustentam por uma memória coletiva, requerem atualização prática (geralmente ritualizada) e organizam o passado em relação ao presente, tornando o primeiro não primariamente preservado, mas sim continuamente reconstruído” (GRÜNEWALD, 2012, p. 186).

Por intermédio de sujeitos que zelam por sua eficácia social, as tradições têm ainda conteúdo normativo ou moral que lhes proporciona caráter de vinculação. Assim, uma “tradição representa não apenas o que ‘é’ feito em uma sociedade, mas o que ‘deve ser’ feito” (Giddens, 1996, p. 35), podendo ainda carregar uma verdade da qual não faz sentido discordar nem contradizer. (GRÜNEWALD, 2012, p. 186).



Nesse mesmo sentido, Almeida (2006, p. 9) entende que “tradição” não pode ser lida mais “segundo uma linearidade histórica ou sob a ótica do passado ou ainda como uma ‘reminiscência’” das comunidades autóctones.

Hobsbawm e Ranger (1997, p. 9) demonstram que, “muitas vezes, ‘tradições’ que parecem ou são consideradas antigas são bastante recentes, quando não são inventadas”. Essas “tradições inventadas” incluem as “realmente inventadas, construídas e formalmente institucionalizadas, quanto as que surgiram de maneira mais difícil de localizar num período limitado e determinado de tempo”, definindo-se como

um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácitas ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e norma de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente, uma continuidade em relação ao passado. (HOBSBAWM; RANGER, 1997, p. 9).

Hobsbawm e Ranger (1997, p. 9) demonstram, com diversas narrativas, que a continuidade e a referência ao passado são construções artificiais e aleatórias, por tratar-se de “reações a situações novas que, ou assumem a forma de referência a situações anteriores, ou estabelecem seu próprio passado através da repetição quase que obrigatória”. Mostram que é pelo “costume” que a “tradição”, que carrega um conteúdo simbólico, é modificada. Ou seja,

o “costume”, nas sociedades tradicionais, tem a dupla função de motor e volante, Não impede as inovações e pode mudar até certo ponto, embora evidentemente seja tolhido pela exigência de que deve parecer compatível ou idêntico ao precedente. Sua função é dar a qualquer mudança desejada (ou resistência à inovação) a sanção do precedente, continuidade histórica e direitos naturais conforme o expresso na história. Os estudiosos dos movimentos camponeses sabem que, quando numa aldeia se reivindicam terras ou direitos comuns “com base em costumes de tempos imemoriais” o que expressa não é um fato histórico, mas o equilíbrio de força na luta constante da aldeia contra os senhores de terra ou contra outras aldeias. (HOBSBAWM; RANGER, 1997, p. 10).

Hobsbawm e Ranger (1997, p. 12) observam que “a invenção de tradições é essencialmente um processo de formalização e ritualização, caracterizado por referir-se ao passado, mesmo que apenas pela imposição da repetição”. Ou seja, “inventam-se novas tradições quando ocorrem transformações suficientemente amplas e rápidas tanto do lado da demanda quanto da oferta”, sendo necessário, por-

tanto, “conservar velhos costumes em condições novas ou usar velhos modelos para novos fins” (HOBSBAWM; RANGER, 1997, p. 12).

Portanto, o que se nota nas “tradições inventadas” é “a utilização de elementos antigos na elaboração de novas tradições inventadas para fins bastante originais” (1997, p. 14), que Hobsbawm e Ranger (1997, p. 17) classificam em três categorias superpostas:

- a) aquelas que estabelecem ou simbolizam a coesão social ou as condições de admissão de um grupo ou de comunidades reais ou artificiais;
- b) aquelas que estabelecem ou legitimam instituições, *status* ou relações de autoridade, e c) aquelas cujo propósito principal é a socialização, a inculcação de ideias, sistemas de valores e padrões de comportamento.

Entendem os autores que aquelas que estabelecem ou simbolizam a coesão social ou as condições de admissão de um grupo ou de comunidades reais ou artificiais prevalecem, tornando as demais decorrentes de um sentido de identificação como uma “comunidade” e/ou as instituições que representam, expressam ou simbolizam, tais como a própria “nação” (HOBSBAWM; RANGER, 1997, p. 17).

Em verdade, as análises sociológicas e antropológicas indicam que “passado, presente e futuro são indissociáveis porque, no tempo presente, as tradições expressam uma continuidade com o passado, a fim de ocupar uma posição de legitimidade que as permita atuar prescritivamente com relação a ações futuras”, isto é, as “tradições inventadas” são fenômeno de “criação de substância histórica ou cultural a ser operada por um grupo social em sua afirmação política” (GRÜNEWALD, 2012, p. 191), devendo ser concebidas como “construções simbólicas (e, muitas vezes, pragmáticas), não cabendo opor uma tradição herdada a outra moldada, visto que o valor simbólico não depende de uma relação objetiva com o passado” (GRÜNEWALD, 2012, p. 192).

“A origem das práticas culturais é amplamente irrelevante para a experiência da tradição; autenticidade é sempre definida no presente. Não é a existência de um passado ou a transmissão que define algo como tradicional”. Tradição, portanto, “é uma designação simbólica arbitrária; um significado designado antes que uma qualidade objetiva”. (HANDLER; LINNEKIN, 1984, p. 285-286 apud GRÜNEWALD, 2012, p. 192).

Portanto, uma tradição não está necessariamente referida à autenticidade de uma conduta do passado, mas ao simbolismo valorizado e utilizado por uma coletividade na construção de sua identidade, da sua distinção e das suas mobilizações diante das mudanças sociais, em sua maior parte impostas. Eis aí a ideia de continuidade etnográfica

contida numa perspectiva anímica e psíquica, e não numa relação de tempo e espaço. Em verdade, o espaço físico é apenas um elemento que permitirá a materialização e o exercício das práticas culturais. Nosso país está associado à diversidade étnica, o que encontra amparo jurídico nos artigos 231 e 215 da Constituição de 1988.

A TI, no imaginário coletivo indígena, é considerada pelo STF como um verdadeiro ente, o qual “resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia” (BRASIL, 2009); é dissonante do estabelecimento de um marco legal frigorificante do direito territorial, já que a ancestralidade não é objetivamente aferida pela arqueologia ou pela própria antropologia na busca pela demonstração de uma posse imemorial, mas no simbolismo vivenciado com relação ao passado, que não é material, mas revela a construção da “tradição”.

### **3.5 Territorialização como novo instituto jurídico trazido pela Constituição Federal de 1988 para além do indigenato e em contraposição ao fato indígena**

A demonstração de que a tradição não coincide apenas com a referência objetivamente aferível ao passado e a repetição irracional de atos, somada ao texto do artigo 231 e § 1º da Constituição de 1988 revelam que o direito territorial indígena foi desvinculado do tempo linear e da continuidade histórica por escolha do legislador constituinte originário, que passou a associar o direito à maneira como a terra é utilizada e destinada, a partir da tradicionalidade específica das comunidades.

Ou seja, o texto da Constituição de 1988 não relacionou o direito territorial indígena a sua originariedade ou ancestralidade, mas o considerou objeto de proteção jurídica ao dispor, na cabeça do artigo 231, que reconhecesse, além dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, também a “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”.

Portanto, o verbo *reconhecer* não tem o sentido de frigorificar direitos ou elementos fáticos que envolvessem os povos indígenas na data de 5 de outubro de 1988. Muito pelo contrário, o propósito debatido desde o período da constituinte seria de incluí-los no sistema jurídico como legítimos e constitucionalmente escolhidos.

Mais que isso, o texto constitucional não se limitou a especificar o conteúdo jurídico do *indigenato* como faz crer Ferraz (2004),

mas institucionalizou o instituto jurídico da *territorialização*, que é a possibilidade jurídica de tornar TIs áreas que, mesmo desvinculadas da ancestralidade da posse ou da relação de pertença, objetivamente aferida com o local, sejam “utilizadas para suas atividades produtivas”, ou sejam “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar”, ou, ainda, “necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Ressalta-se que, nesse ponto, evidencia-se outra discordância em relação a Ferraz (2004) e Silva (2005), de que o artigo 231, § 1º, da CRFB/1988 traria elementos e apenas a simultaneidade caracterizaria a terra como indígena. Em verdade, “o constituinte de 1988 foi analítico, minudente e taxativo ao determinar quais seriam as terras consideradas de ocupação tradicional dos **índios**” (BULOS, 2014, p. 1636). Assim,

levou em conta que a terra é a fonte de sobrevivência deles. Ao mencionar o qualificativo *tradicionalmente*, referiu-se ao modo de vida dos índios, e não à ocupação temporal, memorial ou histórica de suas terras. Esse dado é sobremodo relevante, porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios devem ser habitadas em caráter permanente.

Habitare em caráter permanente significa habitar para sempre, o que faz das terras indígenas uma garantia para o futuro, algo insuscetível de alienação e, muito menos, de disponibilidade. (BULOS, 2014, p. 1637).

Portanto, constata-se que o texto do § 1º do artigo 231 da CRFB/1988 não foi mero acaso ou mera expressão do conteúdo jurídico do *indigenato*, muito menos da *teoria do fato indígena*, mas, sim, a positivação do conceito de *territorialização* que vinha sendo debatido durante as décadas de 1970 e 1980 pela antropologia e pelo direito internacional, a partir da admissão da existência de sujeitos coletivos de direito dentro de um Estado com grandes diversidades étnicas, em virtude de seus processos históricos de colonização.

A Constituição de 1988 reconheceu o processo de reorganização social dos povos indígenas como se observou nas discussões durante a Assembleia Nacional Constituinte e nas que culminaram na Convenção n. 169 da OIT, permitindo que os Estados nacionais legitimassem a dinamicidade étnica e cultural, como um movimento natural de etnogênese ou de resistência étnica em reverso às ações oficiais dos mesmos Estados-Nação em reprimir e extirpar os povos autóctones.

A *territorialização*, como o *indigenato*, não dispõe de definição jurídica legal, mas esta é extraída da disposição normativa do § 1º do

artigo 231 e do artigo 215, § 1º, ambos da CRFB/1988, que coincidem com a definição antropológica de Oliveira (1997, p. 22), a qual enumera como elementos para identificação desse processo: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; e 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado.

É essa a interpretação constitucional dos povos indígenas do Nordeste que contribuíram como causa para o texto constitucional, como também dos povos indígenas do Amazonas, que sofrem com o processo de urbanização e industrialização em Manaus e passam, com isso, a se associar e a construir uma territorialização específica, cujas reivindicações são por políticas públicas, sem base territorial física, mas que já começam a incorporar a necessidade de espaços territoriais concretos, como efeito dos legítimos anseios decorrentes do texto da CF de 1988 e instrumento para materialização de suas tradições.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um pluralismo étnico brasileiro, a partir do texto da Constituição de 1988, em especial do artigo 231, § 1º, e do artigo 215, § 1º, revela o imperativo de pôr em prática o que Marcelo Neves (2009, p. 217) define como *transconstitucionalismo unilateral* de tolerância e de aprendizado, em que se admitem conversações constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo, “como uma necessidade de não se excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente diferentes”<sup>8</sup> e que, na realidade, se encontram em uma situação de desigualdade na participação das decisões políticas tomadas dentro do Estado.

Contudo, como foi possível demonstrar neste artigo, o STF tem realizado, a partir do julgamento da Petição n. 3.388/RR, a respeito da TI Raposa Serra do Sol, mutação inconstitucional de uma

<sup>8</sup> “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

cláusula fechada que comporta um *conceito* do texto constitucional (DWORKIN, 2002) e expressa uma escolha política realizada pelo constituinte originário, legitimada pela sociedade nacional e internacional, como decorrente das discussões a partir da mobilização dos povos indígenas, entre as quais a própria etnogênese dos índios do Nordeste.

Não há nenhuma justificativa interpretativa para se admitir que o artigo 231, § 1º, da CF de 1988 tenha seu sentido alterado para afirmar a existência de limitação temporal do direito territorial indígena, principalmente porque foi justamente a reivindicação territorial desses povos que culminou no próprio texto constitucional, que, por sua vez, legitimou a ação social posterior desses grupos étnicos.

Portanto, não cabe associar o direito territorial desses grupos étnicos aos institutos jurídicos de prescrição temporal para aquisição. Cabe associá-lo à especificidade com que constroem e reconstroem suas tradições e à escolha política e constitucional do Estado Brasileiro em protegê-las.

As experiências etnogênicas dos povos indígenas do Nordeste e os novos conflitos fundiários pluriétnicos na capital do Amazonas, ou seja, a reivindicação por espaços territoriais não está associada à relação de tempo e espaço, mas à necessidade de materialização, construção e reconstrução das suas tradições, como objeto de proteção constitucional.

Outro ponto relevante decorrente do estudo foi tornar clara a percepção de que a TI, enquanto ser que sintetiza em si a ancestralidade, a contemporaneidade e a posteridade (BRASIL, 2009), não é objetivamente aferida a partir de dados materialmente encontrados, mas a partir de relações simbólicas que são estabelecidas e constantemente reformuladas com o passado, ante os desafios impostos, norteadas pela perspectiva e pelo desejo de um futuro.

Assim, a “*ocupação tradicional*” se revela uma nova concepção semântica, na qual o “tradicional” é atrelado a fatos do presente e a reivindicações atuais (ALMEIDA, 2008, p. 19) e conduz à conclusão de que o instituto da *territorialização* foi positivado no § 1º do artigo 231 e no artigo 215, § 1º, ambos da CRFB/1988, como um processo natural e reverso à política indigenista territorial praticada pelo Estado colonial e, posteriormente, pelo Estado Brasileiro, não originário de uma anterioridade da posse ou da presença indígena,

mas decorrente da proteção constitucional ao direito de existir desses grupos étnicos, com suas especificidades.

Portanto, o novo caminho interpretativo, fundado nos elementos fáticos provocados pelo movimento indígena e materializados na Constituição de 1988 e na Convenção n. 169 da OIT, parte do princípio de que ao Estado Brasileiro (inclusive os estados e o Distrito Federal) impôs a si mesmo os deveres de garantir o pleno exercício dos direitos culturais, de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (artigo 215, CRFB/1988) e, em especial, o de proteger as manifestações das culturas indígenas (§ 1º do artigo 215, CRFB/1988).

Posto isso, ao se reconhecer aos povos indígenas sua organização social, seus costumes, suas línguas, suas crenças e suas tradições, além de seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231, CRFB/1988), ou seja, aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º do artigo 231, CRFB/1988), positivou-se como instituto jurídico o que a doutrina antropológica compreende como *territorialização*.

Ele se dá a partir da identificação nas comunidades indígenas de elementos empiricamente observáveis, como: 1) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; 2) a constituição de mecanismos políticos especializados; 3) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; e 4) a reelaboração da cultura e da relação com o passado (OLIVEIRA, 1997, p. 22).

Dessa maneira, pôde-se concluir que a expressão “*terras que tradicionalmente ocupam*” não é uma expressão “vaga”, mas, sim, um “conceito” constitucionalmente estabelecido e que não admitiria a aplicação da concepção do STF, a qual não pode ser justificada pela teoria da mutação constitucional para alegar uma limitação temporal do direito territorial indígena, já que se trata de alteração semântica que conduz à exclusão de grupos minoritários, e não o inverso como é aceito pela doutrina constitucional internacional.

Para além disso, a jurisprudência do STF se sustenta na interpretação capitaneada por Ferraz (2004), que usa como ponto de partida a

interpretação biológica da ideia de *habitat* e, valendo-se do instituto do *indigenato* (1912), culmina na determinação geográfica para conseguir extrair um marco temporal, para o qual o legislador estabeleceu como marco o uso tradicional.

A interpretação constitucional realizada pelo STF representou um processo essencialmente político, em que a importância da Constituição está limitada a fornecer uma estrutura para as práticas políticas. Na visão de Mark Tushnet (2010), seria a política e não “A Constituição” a melhor fonte para qualquer proteção dos direitos fundamentais.

Ressalta-se que não é por outra razão que a doutrina constitucionalista começa a admitir que seria a política, e não o texto constitucional, que controla o conteúdo dos direitos (TUSHNET, 2010), o que permite aprimorar o debate sobre quais direitos devem ser reconhecidos como fundamentais e, com isso, promover uma mudança na retórica jurídica e maior qualidade do debate jurisprudencial, transformando os argumentos sobre o texto e doutrina constitucional, tipicamente decidido pelos juízes, nas discussões sobre as escolhas políticas que, em última análise, são resolvidas pelos povos ao vivenciarem a Constituição.

Confirma-se a tese de Bourdieu (2011, p. 217), de que há no *campo jurídico* oposição excludente entre “teoria” e “prática”, como consequência de uma luta simbólica entre “definições diferentes do trabalho jurídico enquanto interpretação autorizada dos textos canônicos”.

Dessa forma, coloca-se ao direito o desafio de, a partir da crítica ao próprio conteúdo do conceito de interpretação, incluir a perspectiva de quem vive a norma e a interpreta (HÄBERLE, 2002, p. 13), para permitir conhecer o “outro” por razões de coexistência e de alargamento de horizontes, e não mais por razões de controle e de dominação externa (SAID, 2007, p. 19), muito menos para lhes pôr sob uma “pá de cal”.

## REFERÊNCIAS

1. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
2. \_\_\_\_\_. O que é povo? Análise de uma fratura biopolítica. Tradução: Davi Pessoa. *Folha de São Paulo*, Caderno Ilustríssima, 16 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/11/1547789-o-que-e-um-povo-analise-de-uma-fratura-biopolitica.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2014.



3. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Arqueologia da tradição: uma apresentação da coleção Tradição & Ordenamento Jurídico. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas*. Manaus: PPGSCA-UFAM/Fundação Ford, 2006.
4. \_\_\_\_\_. Prefácio. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SANTOS, Glademir Sales dos (Org.). *Estigmatização e território: mapeamento situacional dos indígenas em Manaus*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.
5. \_\_\_\_\_. *Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed., Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.
6. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
7. ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. Territórios indígenas no Brasil. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.
8. ARRUTI, João Maurício Paiva Andion. Morte e vida do Nordeste indígena: a emergência étnica como fenômeno histórico regional. *Estudos Históricos (Rio de Janeiro)*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 54-94, 1995.
9. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
10. BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.
11. BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O poder simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
12. BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 maio 2014.
13. \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239*. Relatoria do ministro Cezar Peluso. Voto apresentado na Seção Plenária de 18/4/2012. ADIN ajuizada pelo DEM contra o Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedi-

- mento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205330>>. Acesso em: 20 nov. 2014.
14. \_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239*. Voto da ministra Rosa Weber. Plenário. 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.
15. \_\_\_\_\_. *Embargos de Declaração na Petição n. 3.388*. Acórdão de relatoria do ministro Roberto Barroso. Julgado em 23/10/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP &docID=5214423>>. Acesso em: 27 out. 2014.
16. \_\_\_\_\_. *Petição n. 3.388*. Acórdão de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 19/3/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 27 out. 2014.
17. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n. 44.585. Relatoria para o acórdão do ministro Victor Nunes Leal, no mandado de segurança interposto pelo Serviço de Proteção aos Índios contra a Lei estadual n. 1.077/50, que reduziu o território indígena do povo Kandiwéu. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 20, jan.-mar. 1962. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020_1.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2014.
18. CADENA, Carlos Alberto López. Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional. In: *Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición: El nuevo constitucionalismo en América Latina*. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.
19. CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madri: Tecnos, 1997.
20. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
21. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan.-jun. 2004.
22. FOUCAULT, Michel. *Estruturalismo e teoria da linguagem: sobre a arqueologia das ciências*. Resposta ao Círculo Epistemológico. Editora Vozes, 1968.

23. \_\_\_\_\_. *Microfísica do poder*. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. 26. ed., 2008.
24. FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. Traduzido por Julio Assis Simões. *Revista Cadernos de Campo da USP*, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006.
25. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução: Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: EDUSF, 2005. (Coleção Pensamento Humano).
26. GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Jorge Zarar, 1978.
27. GOLDSTEIN, Melvin. Ethnogenesis and resource competition among Tibetan refugees in south India. In: DESPRES, L. (Ed). *Ethnicity and resource competition in plural societies*, 1975.
28. GRÜNEWALD, Rodrigo de Azeredo. Tradição. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Org.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/Rio de Janeiro/Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia/laced/Nova Letra, 2012.
29. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interesses da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
30. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Tradução: Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
31. HOBBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. Rio de Janeiro: Paz na Terra, 1997.
32. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
33. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
34. MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brazil, seus direitos políticos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmão, 1912.
35. MÜLLER, Friedrich. *Método de trabalho no direito constitucional*. Tradução: Peter Nauman. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

36. NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.
37. \_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
38. OLIVEIRA, João Pacheco. Uma etnologia dos índios misturados?: situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 47-77, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v4n1/2426.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2014.
39. PEREIRA, Deborah Duprat de B. O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Pareceres jurídicos: direito dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.
40. \_\_\_\_\_. O estado pluriétnico. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002.
41. PORTUGAL. Alvará, 1º/4/1680. *Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro: Livro Grosso do Maranhão*, v. 66. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.
42. RODRIGUES, Josibel. A resposta à estigmatização produz território étnico: os indígenas em Manaus e a formação de comunidades. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SANTOS, Glademir Sales dos (Org.). *Estigmatização e território: mapeamento situacional dos indígenas em Manaus*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia/Universidade Federal do Amazonas, 2009.
43. SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Tradução: Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
44. SANTOS, Glademir Sales dos. Etnografia da inclusão: a resistência contra a indiferença. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SANTOS, Glademir Sales dos (Org.) *Estigmatização e território: mapeamento situacional dos indígenas em Manaus*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia/Universidade Federal do Amazonas, 2009.
45. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, Emenda Constitucional nº 48, de 10/8/2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

46. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: BARROS-HOFFMAN, Maria. *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.
47. \_\_\_\_\_. O direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil). In: GRUPIONI, Luis Donisete Grupioni (Org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Global, 1998.
48. TUSHNET, Mark. *Why the Constitution matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.
49. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica: Gabriel Cohn. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.