



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SAMARA CARVALHO SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO TERRITORIAL INDÍGENA:
Uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na
(des)demarcação de terras indígenas no Brasil**

Brasília
2020

SAMARA CARVALHO SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO TERRITORIAL INDÍGENA:
Uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na
(des)demarcação de terras indígenas no Brasil**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UNB, na área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Linha de pesquisa: “Constituição e Democracia”.

Orientador: Prof.º. Dr.º. Guilherme Scotti Rodrigues.

Brasília
2020

SAMARA CARVALHO SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO TERRITORIAL INDÍGENA:
Uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na
(des)demarcação de terras indígenas no Brasil**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UNB, na área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues
Orientador

Prof. Dr. Douglas Pinheiro
Membro Interno

Profa. Dra. Roberta Amanajás Monteiro
Membro Externo

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Membro Interno (suplente)

AGRADECIMENTOS

Eis que é chegado aquele momento em que somos desafiadas a tentar expressar e traduzir em palavras escritas a gratidão pelo final de mais uma jornada, a qual só se tornou possível acontecer graças a todas as pessoas que de alguma forma se conectaram a mim ao longo desses vinte e quatro meses de mestrado ou até mesmo muito antes de eu chegar até aqui.

Inicio meus agradecimentos o dedicando ao meu orientador, professor Guilherme Scotti, que no decorrer dessa caminhada me deu liberdade para pensar, dialogar e expor minhas ideias e inquietações, assim como me transmitiu segurança e confiança para uma escrita que para além de atender a um compromisso teórico, também pudesse refletir o meu compromisso militante com a causa indígena. Estendo meus agradecimentos também ao professor Douglas Pinheiro e à professora Roberta Amanajás, pela satisfação em tê-los em minha banca examinadora e por suas valiosas contribuições e discussões acerca do meu trabalho. E ainda, agradeço ao professor Menelick de Carvalho Netto, pelo prazer de ter sido sua aluna e poder desfrutar de seus preciosos ensinamentos.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo financiamento da minha pesquisa, apoio este fundamental para o início e término do meu trabalho. Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, por me receber e abrir espaço para a possibilidade de construir e fomentar diálogos transversais acerca dos direitos dos povos indígenas, que de certa forma tende a ser potencializado pela garantia do nosso acesso a esse espaço por meio das cotas de ações afirmativas no processo seletivo. Meus sinceros agradecimentos aos servidores e funcionários do Programa, especialmente à Euzilene (a nossa Donna Paulsen), à Márcia, Aline, Lia, Valgmar, João e Eliseu. Agradeço também às/aos colegas da Representação Discente (RD) de 2018 e 2019, oportunidade esta em que juntos contribuímos para o fortalecimento do protagonismo do corpo discente diante das demandas e desafios de se manter o nosso Programa de excelência.

Expresso a minha gratidão pela oportunidade de integrar o Grupo de Pesquisa em Direitos Étnicos – Moitará e ao projeto de extensão Escritório Jurídico para a Diversidade Ética e Cultural – JUSDIV, onde tive a rica oportunidade de estreitar laços de amizade e admiração por pessoas tão sensíveis, engajadas e comprometidas com as demandas não só em relação aos direitos dos povos indígenas como também de outros povos. Nesse sentido, agradeço à professora Ela Wiecko, por ser uma referência pra mim, tanto no exercício do seu papel na academia como também por sua atuação no Ministério Público Federal. Agradeço à Sandra

Nascimento, Luiz Henrique Matias, Ana Catarina Zema, Assis Oliveira, Tedney Moreira, Elaine Moreira, Andrea Brasil, Paloma Costa, Anna Lazo.

À Coordenação da Questão Indígena – COQUEI e à Associação dos Acadêmicos Indígenas da UnB – AAIUNB, pelo histórico de luta e resistência nesta Universidade que, certamente foi e continua sendo fundamental para a nossa presença e protagonismo neste espaço. Aos parentes indígenas da pós-graduação, especialmente aos que dividiram comigo a moradia e as experiências diárias desta desafiadora vida acadêmica aqui em Brasília: Rosilene Tuxá, Raquel Tupinambá, Francisco Tukano, Arthur Baniwa, Dinamam Tuxá e Joanderson Pankararu.

À Keyla Pataxó e à Kari Guajajara, pelo prazer de tê-las ao meu lado nessa montanha russa de desafios, sentimentos e aventuras que foi a pós-graduação. Com certeza ter vocês comigo trouxe leveza e motivação para enfrentarmos e superarmos juntas muitos obstáculos. Ao Lucas Cravo, pela preciosa amizade que construímos ao longo dessa jornada a qual levarei pra vida. Aos meus amigos e amigas que mesmo à distância acompanham, torcem e vibram com cada conquista minha.

Aos povos indígenas do Brasil, a quem eu não apenas agradeço, mas também dedico este trabalho, especialmente ao meu povo Pataxó. Agradeço à comunidade indígena de Coroa Vermelha, às minhas lideranças e ao movimento indígena do Estado da Bahia, por todo apoio e confiança no meu trabalho e compromisso com as nossas pautas de luta. Aos professores e professoras da Escola Indígena Pataxó de Coroa Vermelha, que muito contribuíram para minha formação escolar e também para o fortalecimento da minha identidade étnica e cultural.

Aos meus pais, minha mãe Maria dos Reis e meu pai Almir, que com muito esforço e trabalho investiram na minha educação, me incentivaram a estudar e acreditar que eu poderia chegar em lugares os quais eles nunca puderam estar e adquirir o conhecimento que eles não puderam ter. Aos meus irmãos e irmãs, especialmente à Andressa e Vanessa por sempre torcerem por mim e se alegrarem com minhas conquistas.

Ao Criador, autor e consumidor da minha fé, que me guiou, conduziu e inspirou nessa caminhada, sou grata por tudo o que vivi até aqui e já antecipo minha gratidão por tudo o que ainda fará. Que não me falte fé, confiança e coragem para enfrentar os novos desafios. Awêry!

SANTOS, S. C. A judicialização da questão territorial indígena: uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil, 119 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Faculdade de Direito- FD, da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2020.

RESUMO

Os povos indígenas do Brasil, após 31 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual lhes reconheceu o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, ainda enfrentam muitos óbices para a efetivação desse direito fundamental, sendo este um dos temas centrais de suas lutas atualmente. Como principal entrave à efetivação desse direito, o presente trabalho se debruça numa análise crítica acerca dos conflitos de interesse em torno das terras indígenas e ainda no que se refere à inércia e/ou omissão do Estado brasileiro em cumprir o seu dever constitucional de demarcá-las. Este contexto contribuiu para que nos últimos anos ocorresse uma crescente judicialização de controvérsias em torno do direito territorial indígena, fazendo com que, em muitos casos, o Poder Judiciário dê a palavra final do que é ou não uma terra tradicionalmente ocupada para fins de demarcação, sendo o Supremo Tribunal Federal, o Órgão do Judiciário que mais tem atuado diante dessas questões. É neste cenário, que se pretende discutir os efeitos dessa atuação da Suprema Corte e os impactos de suas decisões para efetivação ou não desse direito imprescindível à dignidade e sobrevivência dos povos originários.

Palavras-chave: Indígenas; Terras; Constituição; Demarcação; Judicialização; Supremo Tribunal Federal.

SANTOS, S. C. The judicialization of the indigenous territorial issue: an analysis of the arguments of the Superior Court of Justice and its impacts on the (non) demarcation of indigenous lands in Brazil, 119 f. Dissertation (Master's) - Postgraduate Program in Law - PPGD, Faculty of Law - FD, University of Brasília - UnB, Brasília, 2020.

ABSTRACT

The indigenous peoples of Brazil, 31 years after the promulgation of the 1988 Federal Constitution that recognized their original right over traditionally occupied lands, still face many obstacles to the realization of this fundamental right. Currently, this is one of the central themes of their struggles. As the main obstacle to the realization of this right, the present work focuses on a critical analysis of the conflicts of interest around indigenous lands, and with regard to the inertia and / or inaction of the Brazilian State in fulfilling its constitutional duty to demarcate it. This context has contributed to the fact that in recent years there has been an increasing judicialization of controversies around indigenous territorial law, making the Judiciary, in many cases, give the final say on what is or is not a traditionally occupied land for demarcation purposes. The Superior Court of Justice, as the Judiciary Body, has acted most in these matters. It is in this scenario that we intend to discuss the effects of this action by the Superior Court of Justice and the impacts of its decisions, for the realization or not, of this essential right to the dignity and survival of the original peoples.

Keywords: Indigenous; Lands; Constitution; Demarcation; Judicialization; Superior Court of Justice.

SANTOS, S. C. La judicialización de la cuestión territorial indígena: un análisis de los argumentos de la Suprema Corte Federal y sus impactos en la (des) demarcación de tierras indígenas en Brasil, 119 f. Disertación (Máster) - Programa de Posgrado en Derecho - PPGD de la Facultad de Derecho - FD, Universidad de Brasilia – UnB, Brasilia, 2020.

RESUMEN

Los pueblos indígenas de Brasil, después de 31 años de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, la cual les reconoció el derecho originario sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, aún enfrentan muchos obstáculos para la efectividad de ese derecho fundamental, siendo éste uno de los temas centrales de sus luchas actualmente. Como principal obstáculo a la efectividad de ese derecho, el presente trabajo se centra en un análisis crítico de los conflictos de interés en torno a las tierras indígenas así como a la inercia y / o omisión del Estado brasileño en el cumplimiento de su deber constitucional de demarcar esas tierras. Este contexto, contribuyó para que, en los últimos años ocurriera una creciente judicialización de controversias en torno al derecho territorial indígena, haciendo que, en muchos casos, el Poder Judicial tenga la palabra final en la definición de lo que es o no es una tierra tradicionalmente ocupada para fines de demarcación, siendo el Supremo Tribunal Federal, el órgano del Poder Judicial que más ha actuado ante estas cuestiones. Es en este escenario, que se pretende discutir los efectos de esa actuación de la Corte Suprema y los impactos de sus decisiones para la efectividad o no de ese derecho imprescindible para la dignidad y supervivencia de los pueblos originarios.

Palabras clave: Indígenas; Tierras; Constitución; Demarcación; Judicialización; Supremo Tribunal Federal.

SANTOS, S. C. La judiciarisation de la question territoriale autochtone : une analyse des arguments de la Cour supérieure de justice et ses impacts sur la (non) démarcation des terres autochtones au Brésil, 119 f. Mémoire (Master) - *Programa de Pós-Graduação em Direito* – PPGD, Faculté de droit - FD, Université de Brasilia - UnB, Brasilia, 2020.

RÉSUMÉ

Les peuples autochtones du Brésil, 31 ans après la promulgation de la Constitution fédérale de 1988, qui a reconnu leur droit originaire sur les terres traditionnellement occupées, se heurtent encore à de nombreux obstacles à la réalisation de ce droit fondamental, qui est l'un des thèmes centraux de leurs luttes actuellement. En tant qu'entrave principale à la réalisation de ce droit, le présent travail se concentre sur une analyse critique des conflits d'intérêts autour des terres autochtones ainsi que sur l'inertie et / ou l'inaction de l'État brésilien dans l'accomplissement de son devoir constitutionnel de les délimiter. Ce contexte a contribué au fait qu'au cours des dernières années, il y a eu une judiciarisation croissante des controverses autour du droit territorial autochtone, ce qui a fait que le pouvoir judiciaire, dans de nombreux cas, donne le dernier mot sur ce qui est ou n'est pas une terre traditionnellement occupée à des fins de démarcation, la Cour supérieure de justice étant l'organe judiciaire qui a le plus agi en la matière. C'est dans ce scénario que nous entendons discuter des effets de cette action de la Cour supérieure de justice et des impacts de ses décisions pour la réalisation ou non de ce droit indispensable à la dignité et à la survie des peuples autochtones.

Mots-clés : Autochtones; Terres; Constitution; Démarcation; Judiciarisation; Cour supérieure de justice (STF).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO - Ação Cível Originária

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU - Advocacia Geral da União

APIB - Articulação dos Povos Indígenas do Brasil

ATL - Acampamento Terra Livre

CAPOIB - Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil

CCJC - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CF - Constituição Federal

CIMI - Conselho Indigenista Missionário

CIR - Conselho Indígena de Roraima

DOU - Diário Oficial da União

FHC - Fernando Henrique Cardoso

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

GT - Grupo Técnico

ISA - Instituto Socioambiental

MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

MMFDH - Ministério da Mulher, da Família dos Direitos Humanos

MP - Medida provisória

MPF - Ministério Público Federal

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

PL - Projeto de Lei

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TI - Terra indígena

UNI - União das Nações Indígenas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	16
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PARADIGMA DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS AOS POVOS INDÍGENAS.....	16
1.1 Movimento indígena: resistência e luta por reconhecimento de direitos no Brasil	16
1.2 Os direitos indígenas na Constituição Federal de 1988: a terra como elemento central	24
CAPÍTULO 2	41
A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO TERRITORIAL INDÍGENA NO BRASIL.....	41
2.1 O Poder Executivo e o dever constitucional de demarcação das terras indígenas.....	41
2.2 O fenômeno da judicialização da questão territorial indígena: o Poder Judiciário e os entraves à demarcação	51
CAPÍTULO 3	61
OS ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS IMPACTOS NA (DES) DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS	61
3.1 Decisões emblemáticas sobre a questão territorial indígena no Supremo Tribunal Federal após 1988	61
3.1.1 A Súmula 650 do STF	62
3.1.2 Ação Cível Originária nº 312 (ACO 312) - Terra Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu	64
3.1.3 Pet. 3.388 - Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a teoria do fato indígena	68
3.1.4 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF e a Terra Indígena Guyraroká	72
3.1.5 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462 – Terra Indígena Limão Verde	75
3.2 A involução interpretativa do Supremo Tribunal Federal sobre o direito territorial indígena.....	77
3.3 Construção e reconstrução do direito territorial indígena e seus impactos na Identidade Constitucional	86
3.4 Repensando o papel do Supremo Tribunal Federal em tempos de retrocessos aos direitos territoriais indígenas	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

Primeiramente, cumpre destacar que a escolha do tema a ser abordado no presente trabalho vai muito além da intenção de se realizar uma mera pesquisa e produção científica, que irá se somar a tantas outras que já foram produzidas com o intuito de discutir aspectos relacionados à temática do direito dos povos indígenas e da legislação indigenista. Optar por uma abordagem que privilegie a questão territorial indígena, diante de um leque de tantos outros temas relevantes nesse campo do direito peculiar aos povos indígenas, é considerá-la como uma temática central, na medida em que permeia a história dos povos originários (nativos) que sofreram diversos processos de genocídio e extermínio de suas vidas e culturas, viabilizando ao colonizador a expropriação e a tomada de posse de suas terras e riquezas. Como resultado disso, temos que as violações de direitos (principalmente os direitos territoriais) que ocorreram no passado ainda persistem e determinam as problemáticas vivenciadas por essas populações no contexto atual, trazendo à tona a centralidade e a importância de refletirmos sobre tais efeitos para a continuidade, existência e resistência dos povos indígenas, seus modos de vida e as relações com seus territórios.

Nesses últimos 31 anos em que o Estado brasileiro se encontra sob um novo paradigma Constitucional, é de se reconhecer que nunca se avançou tanto no que diz respeito à positivação e aceitação de direitos na ordem jurídica que dialoguem com a dignidade e os direitos humanos. Por outro lado, tais avanços andam em descompasso com a efetivação dos direitos previstos, em que a realidade vivenciada pelos povos indígenas tem sido o mais nítido exemplo desse cenário. Pois, embora as populações indígenas do Brasil tenham conquistado por meio de muita luta o reconhecimento de seus direitos em uma Constituição Democrática como a de 1988, os desafios e óbices para a efetivação de tais direitos têm se tornado cada vez mais latentes, principalmente no que se refere ao direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, sendo dever da União demarcá-las e protegê-las para o usufruto exclusivo e a posse das populações indígenas, tal como prevê o artigo 231 da Constituição.

O histórico de omissão do Estado brasileiro em não cumprir seu dever de demarcar as terras traz para os povos indígenas sérias implicações que afetam suas vidas, tradições e costumes não somente no presente, mas também a longo prazo. Para uma melhor compreensão da dimensão desses impactos faz-se necessário observar os direitos territoriais indígenas como um direito fundamental dessas populações, assim como o direito à vida, à liberdade e à igualdade. Isto porque para os povos indígenas a sua dignidade está intimamente ligada à terra e ao território, que são elementos que compõem a cosmografia indígena, ou seja, se constituem

como espaço essencial para a prática e manutenção de sua cultura no presente e para as gerações futuras. É por isso que o direito à terra foi e continua sendo uma das principais bandeiras de luta dos povos indígenas.

Ocorre que os direitos territoriais reconhecidos aos povos indígenas vão de encontro a muitos interesses, principalmente aqueles de cunho econômico e fundiário por parte de grandes empresas, particulares e ainda por outros entes federativos (municípios e estados) o que, somado à omissão e/ou inércia do Poder Executivo em realizar o processo demarcatório, fez com que surgisse o fenômeno da judicialização de controvérsias em torno das terras indígenas. Tais situações têm levado o Poder Judiciário a ser constantemente acionado para solucionar esses conflitos de interesses, principalmente o Supremo Tribunal Federal que desde o advento da Constituição de 1988 tem atuado com maior frequência nessas questões, sendo que dessa forma o seu papel tem sido crucial tanto para efetivar como para negar direitos fundamentais negligenciados por outro poder.

Diante dessa contextualização aqui apresentada, este trabalho pretende se debruçar em tentar encontrar possíveis respostas aos seguintes questionamentos: em que pese o fenômeno da judicialização de controvérsias relacionadas às terras indígenas provocar o Poder Judiciário para dirimir tais conflitos de interesses, quais discursos e fundamentações têm sido utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões? Quais os principais efeitos e impactos dessas decisões para os povos indígenas e para a Democracia?

Para tanto, optamos por realizar essa pesquisa sob o viés metodológico qualitativo, na medida em que se deu por meio de amostragem intencional ou não probabilística, analisando algumas decisões da Suprema Corte em que se discutiu o direito territorial indígena e que de alguma forma lhes foram atribuídas o status paradigmático sobre o assunto. Além disso, por se tratar de uma pesquisa teórica e interdisciplinar, foram utilizados como substratos da pesquisa bibliografias de diferentes áreas das Ciências Humanas e Sociais, tais como da Antropologia, Sociologia, História, além das referências na área do Direito, bem como legislações e jurisprudências. Buscou-se ainda as contribuições de autores, pesquisadores e lideranças indígenas, através de trabalhos bibliográficos já produzidos que pudessem colaborar com a abordagem temática deste trabalho.

Cumprir registrar que os caminhos para se chegar ao tema, problema e objetivos da presente pesquisa foram sendo trilhados ao longo da minha trajetória de vida enquanto indígena do povo Pataxó, que desde a infância sempre ouvi as lideranças do meu povo falarem acerca da importância da demarcação dos nossos territórios e o quanto a terra era fundamental para nós. Tal entendimento tem se somado às minhas experiências enquanto acadêmica e pesquisadora

na área do Direito e também a partir da minha vivência e atuação profissional junto à minha comunidade e ao movimento indígena, de onde pude extrair algumas das percepções que se farão presentes neste trabalho. Sendo assim, espera-se que tudo o que for construído e discutido aqui possa contribuir do ponto de vista epistêmico no campo do Direito mas que, sobretudo, possa corresponder aos anseios e inquietudes da coletividade indígena, evidenciando assim a característica da vertente jurídico-sociológica e da relevância social da pesquisa.

Este trabalho encontra-se estruturado em 3 capítulos, em que partimos de uma perspectiva mais geral e abrangente de contextualização dos direitos indígenas para uma abordagem mais específica sobre o problema de pesquisa, culminando em um bloco de possíveis respostas reunidas na parte final do trabalho. Desse modo, no primeiro capítulo cuidaremos de abordar as características que fazem a Constituição Federal de 1988 ser considerada como um paradigma de reconhecimento de direitos aos povos indígenas, o que se dará em duas etapas: primeiramente destacaremos o surgimento e protagonismo do movimento indígena no contexto brasileiro, que foi fundamental para o processo de conquista dos direitos constitucionais; em segundo plano, analisaremos especificamente os artigos inseridos na Constituição que destacam a centralidade dos direitos territoriais indígenas como um direito fundamental. Além disso, nos comprometemos em ressaltar os possíveis significados e definições da terra e do território para os povos indígenas, bem como a natureza jurídica deste direito. Neste capítulo, serão utilizadas bibliografias que em sua maioria foram produzidas por autores indígenas e indigenistas, tais como Daniel Munduruku, Gersem Luciano Baniwa, Keyla Pataxó, Poliene Bicalho, Rosane Lacerda, e ainda as contribuições de autores como José Afonso da Silva, João Mendes Júnior e Hartmut-Emanuel Kayser.

No segundo capítulo discutiremos os principais obstáculos enfrentados pelos povos indígenas do Brasil após 1988 referentes à efetivação dos seus direitos territoriais. Para uma melhor análise desse contexto também o dividimos em duas partes: na primeira, vamos abordar o papel do Poder Executivo quanto ao dever constitucional de demarcação das terras indígenas, em que propomos analisar a política indigenista de demarcação ao longo dos mandatos presidenciais, oportunidade esta que também nos servirá para adentrar em alguns aspectos referente ao procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Para esta etapa utilizaremos dados levantados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Conselho Indigenista Missionário (CIMI), Instituto Socioambiental (ISA), além de consultas à legislação indigenista. Já na segunda parte o objetivo será problematizar a questão territorial indígena sob a ótica do que pode ser chamado de fenômeno da judicialização dos direitos territoriais e suas principais implicações para a efetivação dos direitos indígenas na atualidade.

O terceiro capítulo, por sua vez, será norteado pela análise da atuação do Supremo Tribunal Federal frente às controvérsias judiciais, através do estudo de alguns julgados em que a Suprema Corte se debruçou sobre a matéria territorial indígena e que de alguma forma carregam consigo o status de serem emblemáticos sobre a questão territorial indígena no STF, seja em razão do legado que deixaram ou dos efeitos que muitos deles têm produzido ao longo dos anos. Em seguida, vamos centrar nos principais argumentos utilizados pelos ministros para a fundamentação das decisões e em como a força persuasiva dos precedentes passaram a ser determinantes para a efetivação ou negação do direito territorial aos povos indígenas. Além disso, analisaremos como essas interpretações sobre o direito territorial indígena podem impactar na identidade do sujeito constitucional, e qual o papel da Suprema Corte frente aos conflitos e tensões decorrentes da ação e/ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo no tocante aos direitos fundamentais das populações indígenas. Aqui vamos contar com as contribuições teóricas de Ronald Dworkin, Michel Rosenfeld, Menelick de Carvalho Netto, Guilherme Scotti, Vera Karam de Chueiri, dentre outros.

Ademais, ressaltamos que as considerações alocadas ao final deste trabalho não se tratam de respostas absolutas sobre as questões levantadas, tampouco possuem a intenção de serem apontadas como a única solução para a problemática apresentada. Esperamos que possam servir como um conjunto de percepções e perspectivas que foram se consolidando no decorrer da presente pesquisa, que possam instrumentalizar tanto a possibilidade de novos trabalhos e reflexões, mas que principalmente estejam à serviço do fortalecimento das lutas dos povos indígenas do Brasil nos mais diversos campos de batalha.

CAPÍTULO 1 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PARADIGMA DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS AOS POVOS INDÍGENAS

Inicialmente cumpre ressaltar que falar dos direitos dos povos indígenas a partir do marco constitucional de 1988, não nos exime da responsabilidade do resgate à memória do processo histórico vivenciado anteriormente para se chegar até aqui. Ao lermos o texto constitucional onde encontramos um capítulo intitulado “Dos índios”, é necessário ter em mente que aqueles artigos (231 e 232) são muito mais do que simples linhas escritas. Em verdade, representam a consolidação formal de um processo de luta e resistência vivenciada pelos povos indígenas deste país por mais de cinco séculos.

Diante disso, por meio deste primeiro capítulo, propõe-se uma abordagem referente aos direitos indígenas reconhecidos na Constituição Federal de 1988, partindo não diretamente do texto constitucional, mas sim, destacando e tomando como ponto inicial o surgimento e protagonismo do movimento indígena no contexto brasileiro, como pilar da conquista dos direitos constitucionais a serem analisados em um segundo momento, marcados pela centralidade dos direitos territoriais indígenas.

1.1 Movimento indígena: resistência e luta por reconhecimento de direitos no Brasil

Ao nos debruçarmos sobre as narrativas do suposto “descobrimento” do Brasil pelos navegadores portugueses em 1.500, nos deparamos, em verdade, com generalidades e superficialidades, principalmente no que se refere aos povos nativos que já se encontravam neste território antes mesmo da chegada dos europeus. Embora a famosa carta escrita por Pero Vaz de Caminha ao rei de Portugal descrevesse o seu primeiro olhar acerca dos povos originários aqui encontrados, mal sabia ele da diversidade de povos que existia em todo o território. Até hoje não se sabe precisamente o número de povos indígenas que habitavam no Brasil à época do “descobrimento”, no entanto, estudos apontam que eram numerosos e que foram sendo dizimados e exterminados na medida em que este território se transformava em uma colônia de exploração. Segundo a Fundação Nacional do Índio – FUNAI - de 1.500 até a década de 1970 a população indígena brasileira decresceu acentuadamente, tendo em vista que muitos povos foram extintos, sendo que o desaparecimento dos povos indígenas passou a ser visto como uma contingência histórica, algo a ser lamentado, porém inevitável¹.

¹ Informação disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>> Acesso em: 05 abr.2019

Somados a todos esses séculos de extermínio e genocídio, os povos indígenas ainda tiveram que se submeter a uma política que tinha o propósito de integrá-los à comunhão nacional (comumente chamada de política integracionista ou assimilacionista), com isso, a perspectiva do Estado brasileiro era de que se chegaria a um determinado tempo em que não existiria um indígena sequer neste país, seja por terem sido extintos nesses processos históricos de contato com o colonizador no passado, ou, segundo a lógica dessa política integracionista, por terem deixado a condição de indígena para tornarem-se “cidadãos”. Em outras palavras, tem-se que os povos indígenas que resistiram ao histórico de genocídio, escravização, catequização dentre outros processos violentos e exterminadores, tiveram que se “transformar” em cidadãos integrantes da comunhão nacional, e com isso, criou-se o entendimento de que o “ser índio” era uma condição transitória, sendo necessária uma política para integrá-los, bem como um Estado que os tutelasse. É válido destacar que a intenção do Estado brasileiro em integrar os indígenas à comunhão nacional em verdade se constituiu em uma nova estratégia para a continuidade da velha prática de dominação sobre esses povos, além da exploração das riquezas de seus territórios tradicionais, e ainda a subalternização da diversidade e suas práticas culturais.

Diante disso, podemos considerar que a década de 1970 foi marcante para a historiografia das populações indígenas no Brasil. Primeiramente porque em 1973 fora editada a Lei 6.001, denominada como Estatuto do Índio, que passou a regular a situação jurídica dos “silvícolas”², tal como previa o Código Civil de 1916 (art. 6º, parágrafo único) “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação”. O Estatuto do Índio, que até os dias atuais continua vigente, logo em seu artigo 1º dispõe que o seu propósito é de preservar a cultura e integrar os “silvícolas” progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Desse modo, o referido diploma legal cuidou de classificar os indígenas em três diferentes categorias, quais sejam: isolados, em vias de integração e integrados³. Somente os indígenas isolados e os em via de integração é que

² Segundo o dicionário de língua portuguesa, a palavra “silvícola” é um adjetivo atribuído a quem habita na selva, ou que é selvagem. Esta expressão fora adotada e inserida na Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil, onde em seu art. 6º os índios foram incluídos entre os incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer.

³ Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) distingue as três categorias da seguinte forma:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

seriam de fato tutelados pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, até que se tornassem totalmente integrados. No entanto, como bem assevera Rosane Lacerda (2007, p. 105), a tutela ultrapassou os limites de seu objetivo inicial, ou seja, mais do que servir ao integracionismo baseado no ideal de sua incorporação à comunhão nacional, acabou servindo, também, como uma espécie de controle político dos índios, e ainda de remoção de obstáculos aos projetos de desenvolvimento econômico do país.

Em segundo lugar e não menos importante, ainda em relação à década de 1970, merece destaque o aumento significativo de discussões em torno da questão indígena no país, tendo em vista que o vigente modelo político de tutela e integracionismo passou a ser questionado, tanto pelas entidades e organizações indigenistas, como também - e principalmente - pelos próprios povos indígenas. Mesmo ainda estando sob a égide da política integracionista, da tutela e do regime civil-militar, os povos indígenas do Brasil começaram a reformular suas estratégias de luta e resistência, que a partir de então passaram a estar mais centradas no fortalecimento e na consolidação do que atualmente conhecemos como “movimento indígena”. Mas, o que vem a ser esse movimento indígena?

A resposta a esse questionamento pode ser dada de diversas formas por inúmeras lideranças indígenas de diferentes povos e regiões do país. No entanto, podemos encontrar respostas mais unânimes e uniformes quando nos debruçamos em tentativas de definições discutidas por intelectuais e autores indígenas, tais como Gersem Luciano Baniwa (2006, p.58) que define o movimento indígena como “o conjunto de estratégias e ações que as comunidades e organizações indígenas desenvolvem em defesa de seus direitos e interesses coletivos”. Para ele, foi a partir da década de 1970 que essa ideia de movimento indígena, tal qual temos nos dias atuais, ganhou seus contornos, uma vez que houve “um esforço conjunto e articulado de lideranças, povos e organizações indígenas objetivando uma agenda comum de luta, como é a agenda pela terra, pela saúde, pela educação e por outros direitos” (LUCIANO, 2006, p.59). Nesse mesmo sentido, Daniel Munduruku (2012, p. 46) considera que a gênese do movimento indígena começou na década de 1970, uma vez que as lideranças indígenas ultrapassaram as esferas de suas próprias comunidades originárias, para adentrarem em uma nova fase na década de 1980, marcada pelo fortalecimento e afirmação de alianças com diversos segmentos da sociedade civil e com setores populares.

Daniel Munduruku narra que a igreja católica teve um importante papel para a reunião e organização de diversos líderes indígenas, no afã de discutir suas pautas comuns de luta. Tais

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

reuniões foram popularmente denominadas de “Assembleias”, sendo que a primeira delas ocorreu em 1974. “Posteriormente essas reuniões foram as principais fontes da criação de uma consciência pan-indígena em que as lideranças começaram a ter uma atitude macrorregional com relação às demandas dos outros povos indígenas brasileiros” (MUNDURUKU, 2012, p. 52). Além disso, foi a partir dessas Assembleias que muitos líderes indígenas foram motivados a assumirem um protagonismo de militância conjunta e articulada para o enfrentamento das diversas problemáticas que afetavam as populações indígenas. A essa altura a igreja católica já não era mais a única instituição a apoiar as mobilizações e reuniões entre os povos indígenas, uma vez que outras organizações e segmentos da sociedade civil se somaram a essa causa, o que certamente colaborou para o fortalecimento do protagonismo indígena, resultando assim, na consolidação da União das Nações Indígenas (UNI) na década de 1980, que foi fundamental para que as populações indígenas, pela primeira vez na história, pudessem ter uma efetiva participação no processo da constituinte (1987), de modo a inserir no novo texto constitucional uma política indigenista que contemplasse suas principais pautas de lutas, demandas e necessidades.

No entanto, conforme nos lembra Keyla Pataxó em sua dissertação de mestrado, é importante frisar que ainda que as organizações de apoio à causa indígena tenham desempenhado um importante papel para o surgimento do movimento indígena nacional, não nos convém atribuir somente a elas o crédito pela iniciativa das organizações indígenas, uma vez que com isso, estaríamos anulando o protagonismo indígena, sujeitando-os à vontade de terceiros, “que decidem o que é ou não é bom para eles, como se os indígenas acatassem a iniciativa sem ao menos questionar do que se trata ou como se não fossem capazes de participar como sujeitos ativos do início de um novo ciclo organizacional.” (CONCEIÇÃO, 2018, p. 23)

Segundo Rosane Lacerda (2007, p.138) quando o Estado brasileiro anunciou a intenção de se convocar uma Assembleia Nacional Constituinte, aqueles segmentos da sociedade que foram historicamente excluídos viram a inédita possibilidade na história constitucional de participarem ativamente da construção da nova Constituição. Diante desse anúncio, os povos indígenas enxergaram a chance de inserir nesse debate junto aos constituintes os seus anseios na busca por garantias de direitos nunca antes previstos pelo ordenamento jurídico pátrio. Em 1985, quando foi publicado o Decreto nº 91.450 que instituiu a criação da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, popularmente denominada de “Comissão Afonso Arinos”, a UNI e os demais apoiadores da causa indígena começaram a fazer diversas articulações importantes, o que possibilitou a apresentação de propostas sobre a temática indígena junto à referida Comissão.

Já em 1986, em reuniões dirigidas pela UNI e com uma crescente participação de variadas instituições de apoio (entidades religiosas, antropológicas, científicas, sindicais, dentre outras), conseguiram conformar suas discussões em torno de um chamado “Programa Mínimo” de direitos indígenas, o qual possuía 5 pontos: reconhecimento do direito à terra aos povos indígenas; a demarcação e garantia de tais terras; o uso exclusivo pelos povos indígenas das riquezas da superfície e do subsolo que se encontram nelas; a transferência de núcleos habitacionais dos pobres sem-terra, que vivem ilegalmente em terras indígenas; o reconhecimento e respeito em relação às organizações sociais e culturais dos povos indígenas (KAYSER, 2010, p. 189).

No entanto, para exercer seu protagonismo perante a Assembleia Nacional Constituinte, as populações indígenas enfrentaram diversas dificuldades, sendo uma delas a falta de representantes indígenas no Poder Legislativo, e ainda os óbices por parte de opositores às questões indígenas, que em muitos casos tinham interesses econômicos e de exploração das áreas indígenas, e com isso tentavam influenciar e limitar o reconhecimento de direitos a essas populações.

Pode-se dizer que foram feitas vigorosas tentativas, muitas vezes ultrapassando o âmbito do juridicamente permitido, de influenciar à Constituinte com respeito às normas do Direito indígena, por lobbies econômicos, interessados na exploração econômica das áreas indígenas, assim como por órgãos governamentais com o objetivo de limitar os direitos territoriais indígenas por razões econômicas e militares. Em contraposição a isto, os direitos indígenas foram exigidos especialmente por organizações indígenas e outras organizações não estatais antes e durante a Constituinte. (KAYSER, 2010, p.202)

No entanto, em meio a um cenário que parecia se tornar cada vez mais desfavorável para a inclusão dos direitos indígenas em discussão na constituinte e conseqüentemente na futura Constituição, destaca-se a significativa e estratégica presença de diversas lideranças indígenas em Brasília, que além de acompanhar de perto as sessões de trabalho das comissões e subcomissões, faziam ainda intervenções mais diretas com falas e discursos no plenário do Congresso Nacional. Podemos citar como exemplo o histórico e impactante discurso do líder indígena Ailton Krenak, que à época era o porta-voz da UNI junto à constituinte, no dia 04 de setembro de 1987. Ao discursar na tribuna do Congresso Nacional em defesa da Emenda Popular nº 40 proposta pela UNI, o referido líder indígena, em ato de repúdio contra as atitudes e declarações intentadas pelos opositores da causa indígena, ao mesmo tempo em que falava, pintava o seu rosto com tinta preta de jenipapo em ato simbólico de luto e luta.

Nesse processo de lutas de interesses que tem se mostrado extremamente acético, eu espero não agredir com a minha manifestação o protocolo desta casa. Mas eu acredito que os senhores não poderão ficar omissos, os senhores não terão como ficar alheios a mais essa agressão movida pelo poder econômico, pela ganância, pela ignorância do que significa ser um povo indígena. Povo indígena tem um jeito de pensar, tem um jeito de viver, tem condições fundamentais para sua existência e para a manifestação da sua tradição, da sua vida e da sua cultura que não coloca em risco e nunca colocaram a existência sequer dos animais que vivem ao redor das áreas indígenas, quanto mais de outros seres humanos. Eu creio que nenhum dos senhores nunca poderia apontar atos, atitudes da gente indígena do Brasil que colocou em risco seja a vida, seja o patrimônio de qualquer pessoa, de qualquer grupo humano nesse país. E hoje nós somos alvo de uma agressão que pretende atingir na essência a nossa fé, a nossa confiança de que ainda existe dignidade, de que ainda é possível construir uma sociedade que sabe respeitar os mais fracos, que sabe respeitar aqueles que não têm o dinheiro para manter uma campanha incessante de difamação. Que saiba respeitar um povo que sempre viveu à revelia de todas as riquezas. Um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser identificado de jeito nenhum como um povo que é inimigo dos interesses do Brasil, inimigo dos interesses da nação, e que coloca em risco qualquer desenvolvimento. O povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos oito milhões de quilômetros quadrados do Brasil. E os senhores são testemunha disso. Eu agradeço a presidência desta casa, agradeço os senhores e espero não ter agredido com as minhas palavras os sentimentos dos senhores que se encontram nesta casa. Obrigado. (transcrição do discurso de Ailton Krenak na Assembleia Nacional Constituinte, em 04 de setembro de 1987)⁴

A imagem e o discurso do referido líder indígena, além de ter repercutido e estampado as capas de jornais e noticiários nacionais e internacionais da época, se tornou memorável e entrou para a história como símbolo da luta dos povos indígenas pelo reconhecimento de direitos constitucionais, uma vez que tal acontecimento foi fundamental para que fosse inserido na Constituição Federal de 1988 o capítulo intitulado “Dos Índios”, com os artigos 231 e 232, dentre outros artigos com referência a questão indígena espalhados na Carta Maior. Com isso, temos que o movimento indígena nacional como organização política já vinha sendo gestado ao longo dos anos 1970, no entanto, foi na década de 1980 que este movimento veio apresentar uma proposta efetiva de participação nos rumos da política indigenista brasileira, em que a UNI cumpriu esse papel.

Ocorre que no contexto pós 1988, embora os direitos dos povos indígenas já estivessem reconhecidos e positivados na Constituição Federal, o papel do movimento indígena se ressignificou, ou seja, se a gênese do movimento foi a unificação de uma pauta e agenda comuns de luta em torno do reconhecimento de direitos e do fim da tutela, a partir de então houve o surgimento e fortalecimento de organizações indígenas regionais e locais, que se institucionalizaram para buscarem formas de articulação e efetivação de seus direitos

⁴ Fonte: Índio Cidadão?, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ti1q9-eWtc8>> Acesso em: 25 abr.2019.

conquistados. Essas principais organizações indígenas regionais são abordadas por Keyla Pataxó (CONCEIÇÃO, 2018, p. 26):

Organizações como a Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (FOIRN), o Conselho Indígena de Roraima (CIR), a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), a Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME) merecem destaque pela relevância política e representativa que possuem em suas regiões. Diante da conquista Constitucional, uma organização indígena em nível nacional tornou-se cada vez mais necessária. Dessa necessidade e para a discussão das propostas do novo Estatuto dos Povos Indígenas, aliás estatuto que até os dias de hoje não foi finalizado - surgiu em 1992 o Conselho e Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (CAPOIB).

Essa necessidade de uma nova organização indígena a nível nacional se deu pelo fato de que após o período da Constituinte, a UNI não conseguiu se manter como essa organização representativa dos interesses dos povos indígenas do Brasil, capaz de levar adiante nos anos 90 essa luta pela efetivação dos direitos. Isto porque, embora a UNI tenha cumprido um importante papel conforme já mencionamos, ela já vinha desde sua origem enfrentando dificuldades em conformar os interesses dos povos indígenas, em razão da diversidade étnica, cultural e regional dos povos. E, portanto, o Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (CAPOIB) veio suceder a UNI nesse sentido (BICALHO, 2010, p.200).

O CAPOIB teve uma destacada atuação durante a década de 1990 até o início do ano 2000 que, diferentemente da UNI, conseguiu manter um contato mais direto com os movimentos indígenas de base, através das organizações regionais que tinham representações no Conselho. No entanto, também enfrentou dificuldades para se manter como organização representativa dos povos indígenas em nível nacional na busca de garantir os direitos já conquistados. Poliene Bicalho aponta o acontecimento do dia 22 de abril de 2000⁵ (data da comemoração dos 500 anos do Brasil), como o ponto final da atuação do CAPOIB e a entrada no período de vacância do movimento indígena no que se refere à sua representatividade a nível nacional. Isto porque segundo a autora, após o ocorrido em Porto Seguro, o movimento indígena se recolheu e passou por um período de autoavaliação de seus propósitos, atuação e princípios (BICALHO, 2010, p.303).

⁵ Reunidos na Terra Indígena Pataxó de Coroa Vermelha no período de 17 a 22 de abril de 2000, o movimento “Brasil: 500 anos de Resistência Indígena, Negra e Popular”, ou popularmente chamado de “Brasil: outros 500”, recebeu um contingente de cerca de 3.600 representantes de diversos povos indígenas, além de outros segmentos de movimentos sociais, onde realizaram a I Conferência Indígena e a marcha no dia 22 de abril para Porto Seguro, em manifestação contrária aos festejos em torno da comemoração dos 500 anos de Brasil que ocorria naquela localidade, que culminou na violenta e repressiva atuação da polícia militar contra os manifestantes.

Esse período de autoavaliação ocorreu no que se refere à representatividade nacional do movimento indígena, no entanto, as organizações indígenas regionais e locais seguiram se fortalecendo e cumprindo seu papel de articular e mobilizar as lutas de seus povos. Até que, em 2003, o movimento indígena retorna à sua ascensão a nível nacional para fazer oposição ao rumo que a política indigenista vinha tomando no governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva e ao descaso do estado brasileiro para com a efetivação dos direitos indígenas. É neste cenário que as organizações indígenas e suas comunidades se mobilizaram com o intuito de debaterem conjuntamente as estratégias de luta em oposição ao atual governo e em prol da defesa de seus direitos, o que deu origem ao Acampamento Terra Livre (ATL) que ocorreu pela primeira vez entre os dias 15 e 19 de abril de 2004, em Brasília-DF. Já no ano subsequente (2005) nasceu a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) durante o segundo ATL, que se tornou a instância de aglutinação⁶ e referência nacional do movimento indígena no Brasil, com o principal propósito de:

Fortalecer a união dos povos indígenas, a articulação entre as diferentes regiões e organizações indígenas do país; unificar as lutas dos povos indígenas, a pauta de reivindicações e demandas e a política do movimento indígena; mobilizar os povos e organizações indígenas do país contra as ameaças e agressões aos direitos indígenas.⁷

Com isso podemos considerar que a APIB, além de lidar com as novas tensões e conflitos que os direitos indígenas e a política indigenista enfrentam neste atual contexto, também está diante do desafio de superar as falhas e os desacertos que a UNI e o CAPOIB deixaram no passado. Nesse sentido, a APIB preza em sua atuação pelo protagonismo indígena através da articulação das organizações regionais que a compõem, além da horizontalidade entre elas, até porque não há uma hierarquia entre as mesmas. Segundo Keyla Pataxó, essa forma de atuação surgiu a partir da tomada de consciência dos líderes indígenas, diante da necessidade de interlocução com o Estado, em que perceberam “que para serem ouvidos era necessário o diálogo entre as diferentes regiões do país, com o propósito de homogeneização de pautas e conseqüentemente ganhariam força para atendimento das demandas”. (CONCEIÇÃO, 2018, p. 28)

⁶ A APIB reúne as seguintes organizações: Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME), Conselho do Povo Terena, Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste (ARPINSUDESTE), Articulação dos Povos Indígenas do Sul (ARPINSUL), Grande Assembléia do povo Guarani (ATY GUASU), Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB) e Comissão Guarani Yvyrupa. Cada uma dessas organizações indígenas regionais, indicam seus representantes para comporem a coordenação executiva da APIB.

⁷Disponível em: <<http://apib.info/apib/>> Acesso em: 25 mai.2019.

Em suma, tem-se que o fundamento do movimento indígena, tanto no passado como no presente, é o fortalecimento de alianças e parcerias, seja entre os próprios povos indígenas, bem como com outros sujeitos e instituições sensíveis e engajados com a causa. Como bem lembra Daniel Munduruku (2012, p.221), o movimento indígena consiste no resultado da ação concreta de resistência de pessoas que, sem se conhecerem, deixaram marcas de solidariedade, “foram pessoas que viveram em tempos diferentes, mas sua resistência permitiu que as novas gerações sobrevivessem para atuar incisivamente dentro da sociedade brasileira”. Com isso, tendo em vista o contexto atual da pauta de luta, o movimento indígena, que tem enfrentado desafios cada vez maiores, requer articulações em diversos espaços a nível nacional e/ou internacional, fazendo com que essa nova geração de líderes e militantes indígenas carreguem consigo a responsabilidade de tornarem efetivos os direitos positivados e, para tanto, faz-se necessário o constante resgate e reflexão do legado deixado pelos precursores do movimento indígena, para reformular suas estratégias de luta e articulações, seguindo em frente nesse processo de resistência constante e infindável.

1.2 Os direitos indígenas na Constituição Federal de 1988: a terra como elemento central

Embora o Estado brasileiro tenha demorado mais de cinco séculos para reconhecer direitos constitucionais que atendessem às necessidades dos povos indígenas (o que de fato só ocorreu depois de muita luta e resistência por parte dos indígenas e suas organizações), pode-se afirmar que os povos indígenas do Brasil conquistaram muito mais do que um capítulo na Constituição Federal de 1988. Ao todo a Carta Constitucional de 1988 trouxe 11 artigos⁸ que versam sobre a temática indígena, evidenciando o seu status paradigmático, pois se destaca por ser a Constituição que mais trouxe disposições normativas referentes aos povos indígenas, quando comparada a constituições anteriores. Outro grande feito do texto constitucional para os povos indígenas, sem dúvida, foi a superação da perspectiva integracionista à qual essas populações estavam submetidas há anos. Quando o *caput* do artigo 231 prevê que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, podemos compreender que os povos indígenas conquistaram o direito de serem quem são, e não mais como invisíveis ou titulares de direitos especiais provisórios, condicionados a uma capacidade civil relativa, tal qual previa o Código Civil de 1916 em seu art. 6º.

⁸ Artigos da Constituição Federal de 1988 que versam sobre povos indígenas: Art. 20, XI; Art.22, XIV; Art.49, XVI; Art.109, XI; Art.129, V; Art.176, §1º; Art. 210, §2º; Art. 215, §1º, Art.231; Art.232; Art. 67 ADCT;

Até 1988 os povos indígenas viviam sob a égide da política de integração e da tutela exercida institucionalmente pelo Estado desde 1910, por meio do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e a partir da década de 1960, pela FUNAI. Com a conquista de direitos positivados na Constituição, as populações indígenas garantiram para si a possibilidade de continuarem a existir, superando a expectativa de que o processo de integração os levaria à extinção. Com isso, tem-se que o enunciado do artigo que inaugura o capítulo “Dos índios” carrega consigo essa responsabilidade de ressaltar que, a partir de 1988, o Estado Democrático de Direito reconhece os povos indígenas como sujeitos de direitos plenos, ou seja, como cidadãos. No entanto, essa cidadania não pode ser considerada como única e genérica, mas sim, uma cidadania diferenciada (plural), uma vez que se baseia em direitos específicos determinantes para a consolidação e respeito à alteridade cultural desses povos no presente contexto democrático.

Segundo Gersem Baniwa (2006, p.38), esse reconhecimento da cidadania indígena com suas peculiaridades possibilitou um despertar de uma consciência étnica dos povos indígenas do Brasil, o que potencializou um crescente processo de orgulho e valorização da sua identidade, em que o “ser indígena” não se encontra mais associado a um estágio de vida, tornando-se, assim, uma das principais estratégias de resistência dos povos indígenas a ser exercida dali por diante. Sendo que, se no passado o extermínio sistemático (etnocídio) marcou a história de diversos povos e culturas indígenas no Brasil, a partir de 1988 esses povos passaram a vivenciar o fenômeno da etnogênese que, ao contrário do etnocídio, pode ser compreendido como a “construção de uma autoconsciência e de uma identidade coletiva contra uma ação de desrespeito (em geral produzida pelo Estado nacional), com vistas ao reconhecimento e à conquista de objetivos coletivos” (ARRUTI, 2006)⁹. Esses processos de etnogênese passaram a ser uma ferramenta de luta e afirmação da identidade indígena, sendo expressados com maior intensidade dentre os povos indígenas do nordeste brasileiro, e isso se evidencia primeiramente porque foi nesta região que ocorreu todo o processo de colonização que levou à extinção de muitas vidas, aldeamentos e culturas indígenas. Também em razão de pressões políticas, econômicas e religiosas e por terem sido expulsos de suas terras e discriminados em função dos seus costumes e tradições, foram forçados a esconder e a negar suas identidades étnicas como estratégia de sobrevivência por muitos anos. Assim, o novo paradigma da política indigenista expressa na Carta Constitucional reforçou esses processos de etnogênese, na medida em que tais povos sentiram-se motivados e seguros para retomar,

⁹ Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Etnog%C3%AAneses_ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 03 ago.2019.

resgatar, reassumir e reorganizar suas tradições indígenas e seu orgulho identitário, o que se tornou fundamental para os processos de luta e reivindicação dos seus direitos reconhecidos e que necessitariam ser efetivados.

No entanto, há de se ressaltar que as inovações normativas no bojo da Constituição no tocante aos povos indígenas não poderiam tão somente reconhecer direitos que respeitassem as peculiaridades desses povos sem, no entanto, garantir-lhes condições mínimas para o exercício dessa cidadania plural e suas manifestações culturais. Ou seja, para os povos indígenas gozarem dos direitos de organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, tornou-se imprescindível que seus direitos territoriais fossem assegurados como elemento central e indispensável para suas vivências e manutenção de sua cultura, não somente no presente, mas também numa perspectiva de oportunizar tais condições para as gerações futuras. Dessa forma, podemos afirmar que assim como num Estado Democrático de Direito não é possível pensar em direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana sem resguardar o direito à vida, também não há como pensar em direitos indígenas sem garantir-lhes o direito territorial.

É nesse sentido que, ao nos debruçarmos sobre os 11 artigos da Constituição de 1988 que versam sobre povos indígenas, vamos notar que 5 deles dizem respeito à temática territorial. Segundo Kayser (2010, p.205), esses artigos são considerados como um dos pontos principais das regulamentações jurídico-indígenas da Constituição de 1988 (Art. 20, XI - Art. 49, XVI - Art. 176 - Art. 231 - Art. 67 do ADCT). Isto porque, tendo em vista que a pauta territorial indígena foi a que mais enfrentou obstáculos e ataques por parte daqueles que tinham interesses contrários aos dos povos indígenas, se fez necessário inserir previsões normativas na Constituição que pudessem assegurar aos povos indígenas o direito à terra como um direito fundamental, na medida em que a dignidade humana dos povos indígenas está intimamente entrelaçada em suas relações históricas e ancestrais com seus territórios, aspecto esse desconsiderado e negligenciado pelo Estado brasileiro há séculos mas que, a partir de então, passou a ser o elemento central de toda uma política indigenista que nascia com o paradigma constitucional de 1988.

Conforme afirma Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2019, p. 18), a Carta Constitucional de 1988 trouxe direitos coletivos aos povos indígenas do Brasil, sendo eles o direito de “existir” e o direito de “estar” em um território determinado. Ocorre que o Estado brasileiro tem dificuldades de reconhecer e efetivar direitos coletivos de modo geral e, nesse caso, o direito de “existir” dos indígenas se encontra diante dessa limitação do Estado que foi criado e pensado para lidar com direitos individuais. Neste mesmo sentido, o direito de “estar” (direito ao território) também encontra óbices por parte do Estado, tendo em vista que para o

mesmo a terra é vista como um bem de valor econômico, como uma mercadoria à serviço da produção capitalista, bem como deve estar vinculada à propriedade de alguém. Em outras palavras, pode-se dizer que o direito de “existir” e de “estar” dos povos indígenas esbarra na visão limitada do Estado que de fato não reconhece e nem efetiva os direitos indígenas, desconsiderando, muitas vezes, o significado e o sentido coletivo e plural desses direitos e sujeitos.

Diante disso, cumpre questionar e inserir neste debate qual a definição e o sentido de terra para os povos indígenas, já que essa questão ocupa a centralidade da luta indígena, tanto no passado, em prol do reconhecimento de direitos territoriais, como no presente em torno da efetivação de tais conquistas. Para tanto, faz-se necessário traçar aqui algumas considerações norteadoras da discussão que se pretende adentrar, a qual se refere ao significado da terra e do território para as populações indígenas, uma vez que estes elementos, embora distintos, ao mesmo tempo se completam. Ressalta-se que essa significação e distinção aqui apresentada pode variar de povo para povo, considerando a diversidade étnica existente no país e ainda a relação que cada um desses povos possui com esses elementos. Buscar-se-á, portanto, abordar as concepções mais consensuais e geralmente convergentes entre os indígenas.

Desse modo, quanto a esta distinção, a antropóloga Dominique Tilkin Gallois (2004, p.39) destaca que a noção de “terra indígena” refere-se ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial. Para Gersem Baniwa (2006, p.101) “o território indígena é sempre a referência à ancestralidade e a toda a formação cósmica do universo e da humanidade. É nele que se encontram presentes e atuantes os heróis indígenas, vivos ou mortos”. Quanto à concepção de terra destaca que se pode definir como o espaço geográfico que compõe o território, em que este último é entendido como um espaço do cosmos, mais abrangente e completo.

Além disso, comumente podemos ouvir pronunciamentos, entrevistas e manifestações de lideranças indígenas em diversos espaços e meios de comunicação, onde os mesmos, sempre que possível, destacam a importância da terra e da defesa de seus territórios. A líder indígena e coordenadora executiva da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), Sônia Guajajara, por exemplo, costuma dizer que “a luta pela mãe terra, é a mãe de todas as lutas”, ressaltando, desse modo, a terra como um elemento vital e o papel dos povos indígenas para a preservação do meio ambiente, não somente para eles, mas também para toda a humanidade. Nas palavras do vice coordenador do Conselho Indígena de Roraima (CIR), Edinho Macuxi, durante seu pronunciamento em uma audiência pública organizada pelo Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil acerca da defesa dos direitos dos povos indígenas, “as terras indígenas são um projeto de vida para os povos indígenas do Brasil. Os territórios indígenas são sagrados, são fonte de vida. É onde está nossa alma, nosso espírito e nossa luta, que vai ser vivida para sempre”.¹⁰

Em suma, tem-se que o território guarda relação com a ancestralidade indígena, com o cosmos e tudo aquilo que lhe é sagrado. Já a terra é o espaço físico que compõe esse território, e isso justifica a garantia de direitos aos indígenas sobre elas, uma vez que se constituiu como espaço essencial para a prática e manutenção de sua cultura no presente e para as gerações futuras.

Diante disso, considerar e estar atento ao olhar dos povos indígenas sobre a temática territorial se tornou um exercício crucial para uma melhor compreensão e análise do sentido jurídico das terras indígenas no direito brasileiro que, a partir de 1988, ganhou seus contornos e passou a ser bem mais definido. Com isso, ao analisarmos a natureza jurídica das terras indígenas sob a perspectiva constitucional, podemos encontrar as seguintes características: bem público da União, direito originário, tradicionalidade de ocupação, posse constitucional e usufruto exclusivo.

Quando nos remetemos à temática territorial indígena e a caracterizamos como um bem público da União encontramos o respaldo jurídico no artigo 20, inciso XI da Constituição Federal de 1988 que, ao elencar os bens pertencentes à União, inclui também as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. No entanto, vale lembrar que esta previsão normativa não se trata de uma novidade inserida no texto constitucional de 1988, uma vez que essa classificação já havia sido prevista na Constituição de 1967 que, além de reafirmar a posse permanente e a inalienabilidade das terras conforme as Constituições anteriores, também fez incluir como bens da União as terras ocupadas pelos “silvícolas”, ou seja, essas terras passaram a ter natureza de bem público, mas com usufruto exclusivo dos indígenas. Vale registrar ainda as disposições da Emenda Constitucional nº 1/1969 que, apesar de não ter modificado o regime jurídico da matéria, trouxe a previsão de nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse da terra ou a ocupação das que se encontravam habitadas pelos “silvícolas” e ainda a vedação de qualquer possibilidade de indenização ou ação contra a União ou a FUNAI.¹¹

¹⁰ Audiência pública realizada no dia 17 de outubro de 2019, na sede do Conselho Federal da OAB em Brasília, DF. Fonte: <<https://cimi.org.br/2019/10/liderancas-indigenas-dizem-nao-marco-temporal-arrendamento-audiencia-publica-oab/>> Acesso em: 20 Out. 2019.

¹¹ Art. 198, §1º e §2º da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Embora as terras indígenas sejam consideradas como bem da União desde 1967, frisa-se que à luz do regramento jurídico dos bens públicos adotado pelo Brasil, tal qual se encontra previsto no Código Civil (art.99)¹², vê-se que as terras indígenas não se enquadram de maneira exata e taxativa nessa classificação, qual seja: bens de uso comum do povo, bens de uso especial, bens dominicais. Isto porque a natureza jurídica das terras indígenas é regida pela Constituição e se difere da natureza dos demais bens públicos regidos pelo direito civil e administrativo, em que a destinação e a afetação dos bens é o critério determinante para enquadrá-los na classificação tripartite dos bens públicos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 843), há duas modalidades de bens públicos: os de domínio público do Estado (art. 99, incisos I e II, do Código Civil) e os de domínio privado do Estado (art. 99, inciso III do Código Civil). Os bens que estão sob a modalidade de domínio público do Estado (bens de uso comum do povo e bens de uso especial), são chamados de bens afetados, pois se destinam ao uso, e enquanto tiverem essa destinação não podem ser objetos de qualquer relação jurídica de direito privado, quais sejam: penhora, hipoteca, anticrese, usucapião, compra e venda, dentre outros. Por isso, esses referidos bens possuem um regime jurídico onde se fazem presentes as características da impenhorabilidade, imprescritibilidade, não onerabilidade e inalienabilidade. Já os bens de domínio privado do Estado (dominicais), caracterizam-se pela função patrimonial e financeira, ou seja, asseguram renda ao Estado e, por isso, se submetem ao regime jurídico do direito privado, na medida em que a Administração Pública age como um proprietário privado, o que os difere dos demais bens públicos, que possuem afetação e destinação para atenderem o interesse geral (DI PIETRO, 2017, p. 849).

Em relação às terras indígenas, de acordo Di Pietro (2017, p. 890), mesmo que elas não se enquadrem no conceito formal do art. 99, inciso II do Código Civil, as mesmas podem ser consideradas como bens de uso especial, pois “a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme previsto no §4º do art. 231 da Constituição, permite incluí-las nessa categoria de bens”. Mas há também quem enquadre as terras indígenas como bens dominicais, por constituírem o patrimônio da União desde a Constituição de 1967 (TOURINHO NETO, 1993, p. 36).

¹² Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Ocorre que o mais adequado a se dizer sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas é que estas possuem um tratamento jurídico especial previsto na Constituição. Entende-se que o constituinte objetivou atribuir a propriedade das terras indígenas à União, com o intuito de resguardar os direitos das populações indígenas sobre elas, além de assegurar a proteção, a preservação e a demarcação dessas áreas. Essa intenção fundamenta-se ainda na ideia de que ao atribuir a propriedade duradoura e oportuna da terra indígena à União, a Constituição estaria assim evitando a espoliação da propriedade. Segundo Kayser (2010, p.234), “atribuindo à União a propriedade da terra que tradicionalmente se encontra em posse dos índios, permanece sua finalidade, independentemente de que esteja registrada como propriedade da União ou de que seja ou não demarcada como terra indígena”.

Merece atenção ainda o dispositivo constitucional (art. 231, § 4º) que prevê a inalienabilidade, a indisponibilidade das referidas terras e a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. A inalienabilidade também encontra previsão expressa no art. 22, parágrafo único do Estatuto do Índio¹³, que tanto se aplica aos indígenas que detém a posse e o usufruto, como também à União que pelo fato de ter o domínio sobre elas não pode aliená-las mesmo que obedeça aos requisitos legais estabelecidos para a venda de bens públicos. Segundo José Afonso da Silva (2011, p. 858), a Constituição criou o que se pode chamar de propriedade vinculada ou propriedade reservada, destinada ao cumprimento dos direitos indígenas reconhecidos como direitos originários.

Seguindo com a análise da natureza jurídica constitucional das terras indígenas, é válido destacar a sua característica como direito originário. No entanto, primeiramente torna-se necessário traçar algumas considerações acerca do indigenato, instituto jurídico este imprescindível para a discussão e compreensão dos direitos territoriais indígenas hoje. Falar do indigenato requer uma breve passagem pela história, com o intuito de entender os processos e regimes jurídicos das terras indígenas no direito brasileiro. Nesse sentido, merecem destaque dois importantes documentos que já traziam disposições de caráter normativo com relação às terras indígenas desde que o Brasil era ainda uma colônia de Portugal.

O primeiro documento é a carta régia de 10 de setembro de 1611, editada pelo rei Filipe III, que reconhecia aos índios o pleno domínio sobre seus territórios e, o segundo, o Alvará de 01 de abril de 1680, que trazia disposições no sentido de que na concessão de terras pelo regime

¹³ Estatuto do Índio: Art. 22 (...) Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União.

das sesmarias estas deveriam observar o direito territorial de terceiros, dentre esses os indígenas, os quais, segundo o texto do Alvará, são os “primários e naturais senhores delas”. Embora o disposto no Alvará de 1680 referisse-se tão somente às populações indígenas que habitavam no Estado do Pará e no Maranhão, anos depois o Marquês de Pombal editou a Lei de 06 de junho de 1755 que ratificou e estendeu para os indígenas de todo o país a observância de se manter reservas de terras a estes quando houvesse outorgas aos particulares.

Essas reservas de terras de que tratam os referidos diplomas legais são o que o jurista João Mendes Júnior (1912, p.59), no começo do século XX, caracterizou como terras do indigenato. Para melhor compreensão do instituto é importante destacar o contexto que motivou o jurista a pensá-lo dessa maneira. Considerando a obra do referido jurista intitulada “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos”, escrita em 1912, percebe-se que a Constituição vigente à época era a de 1891 (Constituição da República). A Constituição republicana foi fortemente criticada pelo referido jurista por desconsiderar a natureza especial das terras reservadas aos indígenas desde o período colonial, bem como por não ter recepcionado o tratamento jurídico das terras indígenas já disposto na Lei de Terras de 1850 e no Decreto de 1854. Além disso, a Constituição de 1891 provocou uma histórica confusão acerca do domínio das terras indígenas, causando sérias consequências aos povos indígenas que em muitos casos até os dias atuais perduram. Isto porque, em seu artigo 64, a Constituição transferiu aos Estados as terras devolutas, cabendo à União somente a porção do território que fosse indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.¹⁴ Diante desse contexto, a contribuição de João Mendes Júnior foi a de esclarecer que, apesar de a Constituição vigente atribuir as terras devolutas aos Estados, as terras do indigenato, pelo fato de terem sido originariamente reservadas por meio do Alvará de 1º de abril de 1680, seriam congenitamente de posse dos indígenas, e, portanto, não seriam devolutas (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 62).

Nesta senda, seguindo os preceitos já proclamados por João Mendes Júnior, é que o constitucionalista José Afonso da Silva (2011, p. 860) passou a desenvolver e defender o instituto do indigenato. Ele afirma que o instituto é a fonte primária e congênita da posse territorial e que não se confunde com a ocupação ou mera posse.

¹⁴ Art. 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

O constitucionalista, ao fazer distinções entre o indigenato e a ocupação, diz que o primeiro é direito congênito e legítimo por si, não dependendo de legitimação, já o segundo é título adquirido e, por ser fato posterior, depende de legitimação. Ou seja, o título que legitima a posse dos indígenas não se baseia na ocupação, mas sim na apropriação primária e congênita das terras. Logo, considera José Afonso da Silva (2011, p. 861) que a ocupação é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelicta*, e que as terras indígenas, por serem congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas como *res nullis* nem como *res derelictae*, e, portanto, seria inconcebível que os indígenas adquirissem por ocupação aquilo que lhes é congênito e primário.

Os dois referidos juristas muito contribuíram para os contornos do indigenato no direito brasileiro, afirmando que além do *ius possessionis*, o instituto também possui o *ius possidendi*, o que significa que ao mesmo tempo que é título já reconhecido, é também previamente legitimador da posse. Contudo, a história revela que o indigenato não foi respeitado e nem aplicado conforme se deveria. O que ocorreu de fato foram diversas violações ao direito congênito e primário dos indígenas, uma vez que muitos foram expulsos de suas terras e, por não as ocuparem mais, viram muitas delas tornarem-se devolutas, ou seja, pertencentes aos Estados, bem como em outros casos, pertencentes a particulares.

Com isso, diante da luta pela conquista de direitos no contexto da constituinte em 1987, os povos indígenas estavam diante do desafio de pautarem seus direitos territoriais de modo que o novo texto constitucional pudesse contemplar e respeitar tais direitos historicamente violados. É nesse sentido que o artigo 231 da Constituição Federal de 1988 se consagra como um paradigma de reconhecimento e afirmação de direitos aos povos indígenas, o que nos leva a questionar que ou quais direitos são esses. A resposta para este questionamento pode ser encontrada ao considerarmos que o constituinte inicia o texto do *caput* do artigo 231, com a expressão “são reconhecidos aos índios...” e daí podemos destacar dois tipos de direitos: o primeiro diz respeito ao que abordamos anteriormente sobre o reconhecimento da identidade e cidadania plural dos povos indígenas (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições); já o segundo diz respeito ao reconhecimento do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A expressão “direitos originários”, inserida no texto do artigo 231, merece uma atenção especial tendo em vista que “por originário quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei” (SOUZA FILHO, 2009, p. 122). Em outras palavras, a Constituição nada mais fez do que proclamar que os direitos já preexistiam, antes mesmo de serem proclamados no ordenamento jurídico. Com isso, podemos até considerar que a lógica

dos direitos originários se assemelha com a ideia do direito natural, na medida em que tratam de um direito preexistente ao direito positivo, porque deriva da essência de algo, e com isso, entende-se que o direito à terra coexiste com o próprio ser das populações indígenas, por estar intimamente ligado com sua dignidade.

Não se pode olvidar que a Carta Maior de 1988 não veio outorgar direitos aos indígenas, se assim fosse, os seus efeitos seriam válidos dali para a frente (futuro), mas, uma vez que o artigo 231 inicia-se dizendo que “são reconhecidos aos índios...”, logo vê-se que não criou direitos, mas, os declarou como preexistentes. Desse modo, é possível concluir que a atual Constituição consagrou o instituto do indigenato como fundamento jurídico da posse indígena às terras que tradicionalmente ocupam, pois se trata do reconhecimento de uma posse primária e congênita dos indígenas às suas terras, sendo este, portanto, o cerne para que esses direitos tenham o caráter originário.

Complementando sobre os direitos territoriais indígenas, nos deparamos ainda com a característica da tradicionalidade da ocupação, que de um certo modo tem o potencial de ressaltar o aspecto diferenciado do tratamento legal das terras indígenas no direito constitucional brasileiro a partir de 1988. Isto porque ao olharmos para todo o arcabouço jurídico nacional acerca dessa questão ao longo da história vamos nos deparar com disposições normativas que apenas faziam menção ao direito à posse permanente e à inalienabilidade das terras indígenas, tanto em normas constitucionais como nas infraconstitucionais. Pode-se dizer que antes de 1988, a natureza jurídica das terras indígenas era de caráter generalizante, sem muitas especificidades, o que só veio a ser suprido com a atual Constituição, na medida em que além de inserir por mais de uma vez¹⁵ a expressão “terras tradicionalmente ocupadas” ou “terras que tradicionalmente ocupam”, o constituinte ainda aprofunda em conceituar o que são e quais as características destas terras.

O §1º do art. 231 da CF/88 cuida de descrever constitucionalmente as quatro condições básicas para se caracterizar uma terra indígena de ocupação tradicional, quais sejam: 1- ser habitada pelos índios em caráter permanente; 2- utilizadas para suas atividades produtivas; 3- imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4- as necessárias a sua reprodução física e cultural. Embora haja o entendimento de alguns autores de que estas características são cumulativas¹⁶, ressalta-se aqui o entendimento de que essas

¹⁵ Artigo 20, inciso XI (são bens da União: as *terras tradicionalmente ocupadas* pelos índios), no artigo 231 caput (são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as *terras que tradicionalmente ocupam*) e no §1º do artigo 231 (são *terras tradicionalmente ocupadas* pelos índios...).

¹⁶ Nesse sentido: SILVA, 2011, p. 859; KAYSER, 2010, p. 234.

características variam, e podem apresentar-se conjuntamente ou apenas algumas delas, a depender da relação de cada povo com seu território, bem como de acordo com seus usos, costumes e tradições, conforme consta destacado na parte final do §1º, de modo que a interpretação desses critérios não se baseia nos parâmetros individuais e civilizatórios do Estado e das sociedades não indígenas.

Nesse sentido, entende-se que o critério da habitação em caráter permanente, por exemplo, não se refere à exigência de determinado grupo indígena se encontrar estagnado ou estar fixado em um mesmo lugar por certo tempo, ou desde a chegada do colonizador. Ou seja, a Constituição Federal de 1988 não se refere a um critério baseado na imemorialidade da ocupação indígena, até porque, se assim fosse, estaria desconsiderando os processos históricos de contato entre colonizador e nativos que ensejaram, ao longo dos anos, os diversos casos de expulsões, espoliações e perdas dos territórios indígenas. Mesmo diante desses casos da não habitação ininterrupta dos povos indígenas o traço da tradicionalidade da ocupação permanece, tendo em vista que a mesma fora interrompida por motivos alheios à vontade dos povos envolvidos¹⁷.

Além disso, acrescenta-se ainda que o critério de habitação em caráter permanente guarda relação com a ideia de habitat, que se caracteriza conforme a relação que cada povo guarda com a terra. Muito esclarecedor para esse critério é o comentário de Pontes de Miranda (1970, p. 436) ao artigo 186 da Constituição de 1967¹⁸, pois é possível verificar que tanto o texto constitucional de 1967 quanto o de 1988 não trouxeram limite temporal algum para definir o que seria essa habitação ou a posse permanente das terras indígenas. Para o autor essa permanência está ligada à ideia de residência, que não deve ser entendida aqui pelos mesmos moldes civilistas, mas sim de acordo com os diferentes modos de residência que cada povo indígena tem. Dessa forma, a norma constitucional tende a assegurar este direito também aos povos indígenas que possuem tradições nômades, na medida em que possuem outras formas e concepções de habitat e de se relacionarem com a terra, não necessariamente estarão fixados em um único lugar, mas a sua tradicionalidade poderá ser caracterizada e expressa por outros critérios.

¹⁷ No acórdão da Pet. 3.388 referente o julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no STF, o Ministro Relator Carlos Britto cunhou em seu voto que: “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 já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa” (BRASIL, 2009, p. 235).

¹⁸ 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.

A segunda condição de uma terra tradicionalmente ocupada descrita no §1º do artigo 231 da CF/88 diz respeito à característica de as terras indígenas serem “utilizadas para suas atividades produtivas”. Esse critério ainda encontra reforço normativo no que dispõe a Convenção 169 da OIT, no sentido de que medidas deverão ser tomadas pelos Estados para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência¹⁹. Portanto, mostra-se mais uma vez que a tradicionalidade da ocupação não tem relação apenas com a ocupação física do espaço, mas leva-se em consideração o modo psíquico e anímico da relação que cada povo tem com a terra, seja utilizando-a como habitat (residência), ou utilizando como meio de subsistência, na produção, na colheita, na pesca, na caça. Isso demonstra que este critério está interligado ainda com a terceira característica, a qual considera a tradicionalidade das terras “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar”.

Já quanto ao critério que diz respeito às terras “necessárias a sua reprodução física e cultural”, deve-se observar que esta previsão não visa contemplar tão somente os povos indígenas do presente, mas também numa perspectiva de futuro. Tendo em vista que os direitos reconhecidos constitucionalmente aos povos indígenas em 1988 lhes garantem o direito de “existir” e de “estar”, conforme já abordado, os direitos territoriais proclamados reforçam a ideia da continuidade do “ser indígena”, não mais subordinados a um estado transitório de identidade. Para isso, as suas terras tradicionalmente ocupadas tendem a cumprir o papel de atender às necessidades desses povos, mesmo que estes no presente não sejam tão numerosos. Com isso, tem-se que quando o Poder Executivo cumpre o dever constitucional de demarcar terras indígenas estas não devem ser demarcadas levando em conta tão somente o espaço habitado e utilizado pelo povo indígena presente à época do procedimento administrativo de demarcação, mas sim de forma a considerar o espaço vital para a reprodução física e cultural destes. Até porque a demarcação de uma terra indígena é apenas a forma de se materializar a norma constitucional e, desse modo, essa garantia não se exaure com a efetivação de direitos

¹⁹ A Convenção 169 da OIT em seu artigo 14 dispõe:

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.

somente para os indígenas no presente mas, sobretudo, seus efeitos devem irradiar para as gerações futuras.

Com relação à característica da tradicionalidade da ocupação da terra indígena, pode-se concluir que esta expressão tem o propósito de ressaltar o modo tradicional de ocupação da terra pelos indígenas e não o aspecto cronológico, ou seja, quando a Constituição se refere a ocupação tradicional da terra não está querendo dizer a quantidade de tempo em que os indígenas ocuparam determinada terra (posse imemorial). Mesmo que se parta da premissa de que eles foram os primeiros habitantes do país, não se refere aqui à habitação dos índios desde épocas remotas que já se perderam na memória - é o que José Afonso da Silva (2011, p. 860) chama de usucapião imemorial - mesmo porque os direitos dos indígenas sobre as terras não tem como fonte essa posse imemorial, mas sim a posse primária e congênita que constitui o instituto do indigenato em que não há título anterior a este.

Por fim, cumpre registrar a natureza jurídica das terras indígenas quanto à característica da posse permanente e do usufruto exclusivo. A Constituição Federal, em seu §2º do artigo 231, cuida de expressar as peculiaridades da posse indígena ao dispor que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua *posse permanente*, cabendo-lhes o *usufruto exclusivo* das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (grifei). Como já visto, com o intuito de serem assegurados os direitos das populações indígenas às terras e para que haja a proteção, preservação e a demarcação dessas áreas, o constituinte fez inseri-las no rol de bens da União, criando uma espécie de propriedade vinculada ou reservada, em que a propriedade dessas terras é da União (art. 20, XI), mas a posse e o usufruto pertencem aos indígenas (art. 231§ 2º). Neste sentido leciona José Afonso da Silva (2011, p. 863):

A posse indígena da terra não é simplesmente *ius possessionis*, mas também *ius possidendi*, ou seja, direito de possuir, porque posse imediata, não a título de propriedade (que cabe à União), mas *posse imediata de usufrutuário exclusivo* das riquezas referidas.

Importa destacar que a posse indígena sobre suas terras tem um regramento especial conferido pela Carta Maior de 1988 e, por isso, não se coaduna com a noção da posse do direito civil. Um dos aspectos que mais evidenciam a distinção entre a posse civil e a posse constitucional indígena é que, na primeira, a posse é um direito individual em que há o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, além de sua destinação econômica. Enquanto, na segunda, a Constituição deu-lhe um tratamento em que se faz presente a característica de um direito coletivo ao conferir titularidade da posse aos índios. Por isso é que Souza Filho (2009, p. 121) afirma que essa posse é de difícil compreensão para quem está

acostumado à aplicação dogmática do direito, porque exige aceitá-la como não individual, sendo este exatamente o seu fator determinante.

O Estatuto do Índio, por sua vez, já previa as características especiais da posse indígena ao definir que a mesma consistia na ocupação efetiva da terra que se caracterizava de acordo com os usos, costumes e tradições dos indígenas²⁰. Mas somente em 1988 é que o Constituinte atribuiu a titularidade da posse à coletividade - às comunidades indígenas -, não possuindo estas a intenção imediata de explorar a terra economicamente, mas como lugar de manutenção do seu habitat para a garantia de sua continuidade existencial. Além disso, é essencial respeitar e buscar entender o modo de vida de cada povo, na medida em que são os seus usos, costumes e tradições que definem os contornos dessa posse indígena às terras, não havendo espaço para que os parâmetros da posse civil sejam aplicados na busca de determiná-la.

Ressalta-se ainda que não há como compreender a posse indígena sem falar do instituto do indigenato. Como já demonstrado, o referido instituto se encontra consagrado na atual Constituição quando a mesma reconhece aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Logo, não há título anterior que a legitime e nem a exigência de ocupação prévia como um direito adquirido, pois a posse indígena é primária e congênita conforme já previa o Alvará de 1º de abril de 1680. As palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 861) são que melhor expressam as características dessa posse indígena, “porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base do seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana.”

O indigenato, portanto, é o fundamento da posse indígena sobre suas terras, e sua adoção pelo ordenamento jurídico pátrio tem o intuito de preservar a história e a manutenção da cultura das populações indígenas, e isso se dá quando é assegurado aos mesmos o seu habitat, não segundo os moldes civilistas, porque há de se considerar que as terras indígenas não são apenas aquelas onde se situam fisicamente, mas abrange também aquelas terras destinadas ao desenvolvimento de atividades necessárias à sua sobrevivência, segundo o modo de vida tradicional de cada povo.

Quando a Constituição vigente fala em posse permanente, “isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro” (SILVA, 2011, p. 862), aliando-se ainda às características de inalienabilidade,

²⁰ Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

indisponibilidade e imprescritibilidade dos direitos dos indígenas sobre as terras. Com isso, mostra-se que a Constituição, ao tratar da posse indígena, preocupou-se em reconhecer que a permanência dos indígenas em suas terras é de fundamental importância não apenas para sua atual sobrevivência, mas também para garantia de direitos às suas futuras gerações. Esse direito encontra reforço normativo no §5º do art. 231, que prevê o princípio da irremovibilidade das populações indígenas de seus territórios, exceto em algumas hipóteses previstas na Lei Maior, tais como: 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.

Ainda com vistas a resguardar a posse indígena, o §6º do art. 231 da Constituição declara nulos, extintos e sem efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou seja, não prevalece qualquer espécie de títulos particulares sobre essas terras, ressalvando-se apenas as indenizações pelas benfeitorias aos particulares de boa-fé²¹.

Ocorre que, embora o direito brasileiro ampare e estabeleça constitucionalmente os contornos da posse indígena, não se pode olvidar que essas populações ainda travam intensas lutas na busca da efetivação dos seus direitos. Isto porque, foram e ainda é uma constante os casos de expulsões e retiradas forçadas dos indígenas de suas terras, tornando-se por muitas vezes extintos vários aldeamentos. Tais práticas são exercidas em sua maioria por particulares que esbulham as terras indígenas e se dizem “proprietários legítimos” por terem títulos de terras em mãos. Mas, conforme se pode verificar, a própria Constituição em seu art. 231, §6º diz que tais títulos são nulos, e, portanto, não devem prevalecer direitos adquiridos por particulares em relação às terras indígenas, evitando que situações como essas possam desconstituir os direitos originários dessas populações, o que conseqüentemente tem sido um dos principais motivos a ensejar, nos últimos 30 anos, a crescente judicialização das questões possessórias em torno das terras indígenas no direito brasileiro. No entanto, há uma importante ressalva aqui, uma vez que a maioria dos casos que chegam ao Poder Judiciário não dizem respeito à demanda da efetivação dos direitos territoriais indígenas, pelo contrário, a via judicial tem sido utilizada para atender

²¹ Art. 231 [...]

§ 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.

aos interesses de terceiros com o objetivo de restringir o gozo destes direitos aos povos indígenas.

Finalmente, cumpre registrar ainda algumas considerações acerca do art. 232 da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Tendo em vista que os direitos reconhecidos na norma constitucional aos povos indígenas figuram como direitos coletivos direcionados aos mesmos, coube ao constituinte inserir através do art. 232 alguma forma de lhes garantir e assegurar tais direitos. Com isso, podemos dizer que, por meio da Carta de 1988, os povos indígenas adquiriram também a legitimidade processual para atuarem em juízo, postulando direito coletivo, alheio, da comunidade, sociedade ou povo a que pertença.

Conforme abordado em outro momento, embora os povos indígenas sejam sujeitos de plenos direitos como qualquer cidadão, resta evidente que tal especificidade encontrada no texto do artigo 232 possui o potencial de reafirmar o compromisso do Estado brasileiro (ao menos normativamente) em romper com a política que considerava os povos indígenas como sujeitos relativamente incapazes. Além disso, podemos afirmar com muito acerto que a Constituição assegurou aos povos indígenas, de modo particularizado, o direito de acesso à justiça, que é garantido a todos os brasileiros de maneira genérica no artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça”. E garantiu tal acesso por meio do instrumento do processo, que pode ser diretamente utilizado pelos mesmos, que se veem legitimados ativamente para pleitear a tutela jurisdicional dos seus direitos coletivos. Em suma, tem-se que o cidadão indígena tem o direito de acessar à justiça em defesa de seus direitos e interesses individuais com fulcro do art. 5º, inciso XXXV, assim como os povos indígenas, suas comunidades e organizações com fulcro no art. 232, possuem legitimidade para adentrarem no âmbito do Judiciário em defesa dos direitos que dizem respeito à sua coletividade, tais como direitos territoriais, ambientais, educação, saúde, dentre outros. De forma mais simplificada, podemos dizer que o art. 232, para os povos indígenas, nada mais é do que a conquista do direito de lutar por seus direitos.

Ocorre que se, por um lado, a previsão constitucional pode ser vista como uma grande conquista e se apresente como uma forma inclusiva de acesso à justiça de povos historicamente desfavorecidos, por outro lado, ao nos debruçarmos sobre a vida prática dos diversos povos indígenas, tem-se que no contexto atual os mesmos ainda precisam superar diversos óbices (sociais, econômicos e culturais) para utilizar os mecanismos disponíveis para acessar e mobilizar ativamente o sistema de justiça a seu favor. Em verdade, o que tem ocorrido é que o

acesso à justiça para os povos indígenas tem se resumido tão somente (e malmente) ao direito de defesa, apesar de não ser tão satisfatório e nem sempre justo, mas revela as falhas e ineficiência das instituições de justiça em lidarem com as questões afetas à essas populações.

Como se pode notar, em que pese a Constituição Federal de 1988 ser considerada como uma conquista paradigmática do reconhecimento de direitos aos povos indígenas, a realidade vivenciada por essas populações, nos últimos anos, nos revela que o fato de existirem direitos escritos (positivados) por si só não possui o condão de fazê-los efetivos ou de evitar suas violações. É nesse sentido que, nessa atual conjuntura, a atuação do movimento indígena e a luta dos mais de 305 povos indígenas existentes no Brasil precisa ser respeitada e fortalecida pela sociedade em geral, e que seus direitos sejam efetivados pelo Estado brasileiro, principalmente no que diz respeito aos direitos territoriais que têm sido intensamente negligenciados, muito embora sejam um dever constitucional.

CAPÍTULO 2 - A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO TERRITORIAL INDÍGENA NO BRASIL

Neste segundo capítulo pretendemos aprofundar e discutir sobre os principais obstáculos enfrentados pelos povos indígenas do Brasil após 1988 referentes à efetivação dos seus direitos territoriais. Para uma melhor análise desse contexto, vamos dividi-lo em duas partes: na primeira, vamos abordar o papel do Poder Executivo quanto ao dever constitucional de demarcação das terras indígenas, em que propomos analisar a política indigenista de demarcação ao longo dos mandatos presidenciais, oportunidade esta que também nos servirá para adentrar em alguns aspectos referente ao procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas; já na segunda parte, o objetivo será problematizar a questão territorial indígena sob a ótica do que pode ser chamado de fenômeno da judicialização dos direitos territoriais e suas principais implicações para a efetivação dos direitos indígenas na atualidade.

2.1 O Poder Executivo e o dever constitucional de demarcação das terras indígenas

Conforme abordado no capítulo anterior, as terras indígenas por força do disposto na Constituição Federal de 1988 (art. 20, inciso XI) são de propriedade da União, competindo ao referido ente federativo o dever de demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens (*caput* do art. 231). Para além dos citados artigos, este dever constitucional da demarcação das terras indígenas encontra reforço no art. 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que diz: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”

Para efeito de cumprimento da norma constitucional, o Poder Executivo necessitaria criar e executar medidas que viessem a concretizar os direitos territoriais indígenas, quais sejam, o reconhecimento do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas. Com isso, houve a necessidade de regulamentar via decreto presidencial os trâmites administrativos do procedimento de demarcação das terras indígenas, o que se deu primeiramente por meio do Decreto nº 22 de 04 de fevereiro de 1991, que *a posteriori* foi substituído pelo vigente Decreto nº 1.775/1996. O primeiro decreto foi editado tendo por fundamento as disposições constitucionais do art. 231, bem como da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), que em seu art. 2º, inciso IX prescreve que é de competência da União garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades

naquelas terras existentes, e ainda de acordo o art. 19 dispõe que as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação da FUNAI, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas disposto no Decreto nº 22/1991 descrevia detalhadamente as etapas e as atribuições de cada órgão da administração pública e seus respectivos membros (FUNAI, Ministério da Justiça, Presidência da República) para o cumprimento do dever constitucional da demarcação de terras. No geral, as etapas do referido procedimento constante no Decreto nº 22/1991 se assemelham ao disposto no atual Decreto nº 1.775/1996, porém, este último trouxe alguns acréscimos que ocasionaram mudanças significativas no procedimento, os quais vamos detalhar mais à frente.

Resumidamente, o Decreto nº 22/1991 trazia as seguintes etapas: primeiramente se realizava a identificação territorial, em que um Grupo Técnico (GT) designado pela FUNAI e coordenado por um antropólogo realizava estudos etno-históricos, sociológicos, cartográficos e levantamento fundiário necessário, para atender à finalidade do §1º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, ou seja, identificar os requisitos básicos da tradicionalidade da ocupação indígena na terra (segundo os usos, costumes e tradições de cada povo), em que tais características eram inseridas em um relatório circunstanciado encaminhado à FUNAI para fins de aprovação por seu presidente que em ato contínuo, em caso de aprovação, o publicaria no Diário Oficial da União (DOU); após a publicação, o processo demarcatório saía do Órgão indigenista e era encaminhado para o Ministério da Justiça, onde o seu titular, em caso de reprovação o devolvia à FUNAI para o reexame no prazo de 30 dias e, na hipótese de aprovação, expedia a portaria declaratória dos limites territoriais e determinava a sua demarcação física a ser realizada pelo Órgão indigenista; após isto, o procedimento demarcatório adentrava em sua fase final, a qual consistia na homologação da demarcação pelo Presidente da República por meio de decreto, e em seguida o registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e no Departamento do Patrimônio da União, a ser realizado pela FUNAI.

Acrescenta-se ainda a observação de que o referido Decreto trazia disposições no sentido de que em terras onde se constatasse a presença de índios isolados deveria ser determinada a intervenção provisória da área, com vistas à preservação da integridade dos indígenas e dos seus territórios. Além disso, previa ainda de forma facultativa à FUNAI, proceder com a revisão das terras indígenas aprovadas ou já demarcadas com base na legislação anterior²². Em 20 de julho de 1992 fora editado o Decreto nº 608, que veio alterar parte da

²² A legislação anterior a que se refere o art. 11 do Decreto nº 22/1991, são: Emenda Constitucional nº 1/1969, Decreto nº 94.945/1987 e Decreto nº 94.946/1987.

redação do Decreto nº 22/1991. Nesse sentido o artigo 2º, que tratava do GT, ficou com uma nova redação com relação à figura do antropólogo coordenador, que agora tanto poderia ser do próprio Órgão Indigenista, como também de alguma instituição científica. Bem como trouxe a previsão de que o GT poderia solicitar a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos etno-históricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários. A outra alteração diz respeito ao prazo previsto para a FUNAI proceder com a revisão das terras indígenas consideradas insuficientes para a sobrevivência física e cultural dos grupos indígenas, que no art. 7º do Decreto nº 22/1991 previa o prazo de 1 ano (a partir da promulgação do Decreto), mas com a nova redação dada pelo Decreto nº 608/1992 esse prazo passou a ser o dia 05 de outubro de 1993, que coincide com o término do prazo previsto no ADCT nº 67 para que o Estado brasileiro concluísse as demarcações das terras indígenas.

Podemos notar que a criação do Decreto nº 22 se deu em 04 de fevereiro de 1991, data esta que compreende o mandato presidencial de Fernando Collor (1990-1992). Segundo dados do Instituto Socioambiental (ISA)²³, durante esse período foram declaradas 58 terras indígenas (expedida a portaria declaratória) e 112 homologações (decreto homologatório). Já no governo do presidente Itamar Franco (1992-1994), foram contabilizadas 39 terras indígenas declaradas e 16 homologadas. Sendo que foi durante o mandato deste último presidente que se deu o termo final do prazo de 05 anos para a finalização da demarcação das terras indígenas no Brasil, contados a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, de acordo o referido art. 67 do ADCT.

Com isso, constata-se que nos quatro anos posteriores à edição do decreto que regulamentava o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas (1991-1994) foram demarcadas um total de 128 terras, ou seja, um número muito aquém da realidade e da demanda pela regularização fundiária já vivenciada pela população indígena à época. O fato é que a partir de 05 de outubro de 1993, o Estado brasileiro adentrou em uma fase de mora e omissão do cumprimento do seu dever constitucional de demarcar terras indígenas, além de alterar significativamente o procedimento administrativo para tanto, o que veio contribuir para situações de tensão e conflitos entre o Estado e as populações indígenas nos anos seguintes.

No primeiro ano do governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC), 1995, a questão territorial indígena veio a ser constantemente pautada, tendo como principal foco de discussão

²³ Quadro geral de demarcação de terras indígenas por governos presidenciais. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/com-pior-desempenho-em-demarcacoes-desde-1985-temer-tem-quatro-terras-indigenas-para-homologar>> Acesso em: 25 ago.2019.

a suscitada tese da inconstitucionalidade do Decreto nº 22/1991, argumento esse defendido fortemente pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim. Isto porque, segundo o referido Ministro, o procedimento administrativo conforme disposto no Decreto vigente à época não contemplava o “princípio do contraditório”, ou seja, não trazia a possibilidade da impugnação do procedimento por terceiros, e, sendo assim, seria inconstitucional por violar o disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe “sobre processo contraditório e de ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes às partes de um processo administrativo ou judicial” (KAYSER, 2010, p. 395). Ainda, segundo Kayser (2010, p. 397), esse interesse de modificar o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas por meio da arguição da inconstitucionalidade do seu decreto já havia sido manifestado e intentado por Nelson Jobim em período anterior (quando ainda não era Ministro), porém sem êxito. Ocorre que depois de se tornar um dos Ministros do governo FHC o mesmo obteve por vias políticas a oportunidade de concretizar suas intenções.

Além disso, a discussão em torno da inconstitucionalidade do Decreto nº 22/1991 ganhou reforço naquele contexto, por haver em trâmite no Supremo Tribunal Federal um Mandado de Segurança²⁴ impetrado pela Sociedade Sattin S/A Agropecuária e Imóveis, contra o Decreto homologatório do Presidente da República - que reconheceu a terra indígena de Sete Cerros como de posse e usufruto exclusivo do povo indígena Guarani Kaiowá do estado de Mato Grosso do Sul - além da questão incidental de inconstitucionalidade do Decreto nº

²⁴ Mandado de Segurança nº 21892-4. EMENTA:- Mandado de segurança com pedido de liminar, contra ato do Presidente da República, consubstanciado em Decreto de 1º de outubro de 1993, pelo qual foi homologada a 'demarcação administrativa da área indígena Sete Cerros, localizada no Estado do Mato Grosso do Sul'. 2. Liminar concedida, tão-só para impedir o registro da homologação da demarcação administrativa no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Amambai-MS. 3. Suscitado o incidente de inconstitucionalidade do Decreto n.º 22/1991, antes do pronunciamento do MPF, sobreveio o Decreto n.º 1775/1996, cujo art. 11 revogou expressamente o Decreto n.º 22, de 4.2.1991, passando a regular a matéria no art. 9º e parágrafo único. 4. Incidente de inconstitucionalidade do Decreto nº 22/1991 prejudicado, conforme decisão do Plenário no Mandado de Segurança nº 21.649-2-MS. 5. Situação da impetrante enquadrada no referido artigo e parágrafo único. O decreto homologatório da demarcação não estava registrado em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda, por força de liminar concedida. Incidiu, pois, no processo administrativo o disposto no art. 9º do Decreto n.º 1775/1996, que revogou, de expresso, o Decreto n.º 22/91. 6. Pela norma aplicável à espécie, cabia, desde logo, nos termos do § 8º do art. 2º, do Decreto n.º 1775/1996, apresentar, - pelos interessados a que se refere o art. 9º, - "ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como, títulos dominiais, perícias, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.". 7. A decisão anterior sobre a demarcação, com base no Decreto nº 22/1991, do imóvel da impetrante, ficou, assim, sujeita a procedimento de revisão administrativa, nos termos dos arts. 9º e 2º, § 8º, ambos do Decreto nº 1775/1996. 8. Mandado de Segurança prejudicado, ressalvadas as vias adequadas contra a decisão com base no Decreto nº 1775/1996, art. 9º.

(MS 21892, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2001, DJ 29-08-2003 PP-00020 EMENT VOL-02121-13 PP-02610)

Disponível

em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SETE+CERROS%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/wop9uuw>> Acesso em: 04 de jun.2019

22/1991. Ocorre que durante o lapso temporal em que este mandado de segurança esteve em trâmite no STF sobreveio a edição do Decreto nº 1.775/1996, que revogou o Decreto nº 22/1991 e o Decreto nº 608/1992, sendo assim, o referido *writ* teve o seu julgamento prejudicado no tocante à inconstitucionalidade outrora suscitada.

Importa destacar que o novo Decreto que veio regulamentar o procedimento demarcatório das terras indígenas (Decreto nº 1.775/1996) difere do Decreto anterior no sentido de que veio inserir o “princípio do contraditório”. Princípio este que naquela ocasião apresentou-se como desfavorável aos povos indígenas pois, na medida em que se inseriu essa etapa do contraditório no procedimento de demarcação, estaria-se dessa forma abrindo espaço para que terceiros com motivações diversas e interesses contrários ao dos povos indígenas viessem a contestar o direito originário dessas populações às suas terras tradicionalmente ocupadas. Por tais razões, a edição desse novo Decreto trouxe para os povos indígenas um cenário de insegurança jurídica e de retrocesso em relação aos direitos territoriais conquistados e consagrados na Constituição Federal de 1988, o que exigiu uma forte atuação e articulação do movimento indígena.

Embora compartilhada com importantes organizações de apoio, as mobilizações contrárias ao novo Decreto foram protagonizadas pelo CAPOIB e as mais de 100 organizações que ele congregava. O temor do Movimento Indígena organizado se justificava diante da possibilidade de o novo Decreto ampliar as invasões e prolongar ainda mais a longa duração dos processos demarcatórios das terras indígenas, já que, com o princípio do contraditório, os direitos originários dos índios às suas terras – conforme prevê a Constituição de 1988 – ficavam parcialmente ameaçados. (BICALHO, 2012, p. 70)

Publicado em 08 de janeiro de 1996, o Decreto nº 1.775 manteve, em parte, algumas etapas previstas no decreto anterior, porém a nova fase inserida no procedimento administrativo (contraditório) impactou não somente as futuras demarcações a serem realizadas dali pra frente, como também as terras com o processo demarcatório em curso. Para uma melhor compreensão acerca dessa referida mudança, cumpre destacar que o novo Decreto dispõe que após a elaboração do relatório circunstanciado pelo GT e da sua aprovação pelo titular da FUNAI, o mesmo, no prazo de 15 dias contados a partir do seu recebimento, deverá publicar o resumo no Diário Oficial da União, no Diário Oficial do Estado onde a terra indígena está localizada, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada também na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel (art. 2º, § 7º). Podemos observar que diferentemente do Decreto anterior, que previa tão somente a publicação do relatório circunstanciado no DOU, o Decreto nº 1.775/1996 ampliou a publicização acerca da área com

demarcação em trâmite, para que assim, Estados e Municípios, bem como particulares, tomassem ciência para uma possível contestação ao procedimento demarcatório em áreas de seu interesse. Por tais razões é que podemos identificar que o princípio do contraditório encontra-se disposto no §8º do art. 2º do Decreto nº 1.775/1996²⁵.

Além disso, registra-se que houve a necessidade de especificar no novo Decreto os efeitos e o alcance do mesmo em relação às terras que ainda estavam com a demarcação em curso, mas que se iniciaram na vigência do Decreto anterior, em que não havia a previsão da etapa do contraditório. Tendo em vista que essa ausência do contraditório foi o principal argumento utilizado pelo Ministro da Justiça para alegar a inconstitucionalidade e a revogação do Decreto nº 22/1991, seria necessária uma disposição no novo decreto para que não ocorresse uma nulidade massiva de todas as terras já demarcadas com base no referido Decreto tido como inconstitucional. É nesse sentido que, por meio do art. 9º, o Decreto nº 1.775/1996 diz que o princípio do contraditório se aplicaria a todos os processos demarcatórios em curso²⁶, os quais ainda não tivessem atingido a etapa final do registro, tal qual previa o art. 10 do revogado Decreto nº 22/1991²⁷ e o art. 6º do Decreto vigente²⁸.

Essa mudança do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas mobilizou o movimento indígena e seus apoiadores, tais como o CIMI, a Comissão Pró-Índio, dentre outros, que manifestaram sua contrariedade e repúdio ao novo Decreto, através de notas e cartas circuladas no cenário político naquele contexto (BICALHO, 2012, p. 68). Além disso, houve importantes posicionamentos de juristas²⁹ que criticaram severamente a edição do Decreto nº 1.775/1996, no sentido de que o contraditório e a ampla defesa são princípios constitucionais, a serem observados nos casos em que há um processo administrativo disciplinar

²⁵ Decreto nº 1.775/1996, art. 2º, § 8º: Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

²⁶ Art. 9º Nas demarcações em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8º do art. 2º, no prazo de noventa dias, contados da data da publicação deste Decreto.

Parágrafo único. Caso a manifestação verse demarcação homologada, o Ministro de Estado da Justiça a examinará e proporá ao Presidente da República as providências cabíveis.

²⁷ Art. 10. Após a homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o seu registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e no Departamento do Patrimônio da União.

²⁸ Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

²⁹ Tanto Hartmut-Emanuel Kayser (2010) como Poliene Bicalho (2012), destacam os posicionamentos dos juristas Paulo de Bessa Antunes na obra “A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/1991” e Dalmo Dallari em “Demarcação de terras indígenas brasileiras”.

em curso (e não a todos e qualquer processo administrativo), bem como pelo fato do procedimento de demarcação das terras indígenas não ter a natureza de um “processo” propriamente dito, na medida em que não há nesse caso partes litigantes, o que já afastaria a aplicação do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 (KAYSER, 2010, p. 396).

Apesar de todo o clima de tensão vivenciado pelas populações indígenas e seus apoiadores no contexto da edição do novo Decreto, a partir da entrada em vigor do mesmo e a inserção do contraditório, no decorrer do mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) houve um aumento considerável no número de demarcações de terras indígenas, quando comparado aos governos anteriores, superando assim as perspectivas antidemarcação que permearam as discussões antes da vigência do Decreto nº 1.775/1996. Ao todo, no período que compreende os dois mandatos presidenciais de FHC (1995-1998 e 1999-2002) foram declaradas 118 terras indígenas e 145 homologações³⁰.

Ocorre que diante desse acréscimo de demarcações havidas nesse período, podemos até crer aparentemente que o contraditório no âmbito do procedimento administrativo não trouxe sérios problemas aos povos indígenas, mas, em verdade devemos considerar que o mesmo também não solucionou as problemáticas já existentes, tais como a mora e a omissão do Estado brasileiro em demarcar as terras indígenas de forma a possibilitar a essas populações a satisfação plena dos seus direitos territoriais e demais direitos constitucionalmente reconhecidos e proclamados desde 1988. Ou seja, se por um lado parecia que tudo estava caminhando bem, tendo em vista o crescente número de demarcações realizadas, por outro, começamos a assistir o princípio do contraditório ultrapassar os limites do procedimento administrativo para adentrar com frequência no campo da disputa judicial, marcada pelos conflitos de interesses em torno da demarcação das terras indígenas, protagonizada por Estados, Municípios, particulares em geral (pessoas físicas e jurídicas) e comunidades indígenas.

Desse modo, nos anos que se seguiram e nos governos posteriores, o quantitativo de terras demarcadas decresceu acentuadamente, o que fez com que FHC ficasse marcado na história como o presidente que mais demarcou terras indígenas no Brasil até então. No entanto, embora os dados³¹ revelem um baixo número de terras demarcadas durante os mandatos dos

³⁰ Dados de acordo com a tabela do Instituto Socioambiental (ISA). Com relação a esse balanço no número de demarcação de terras indígenas durante o governo FHC, temos que no primeiro mandato (1995-1998) foram 58 declaradas e 114 homologadas. Já no segundo mandato (1999-2002) foram 60 declaradas e 31 homologadas. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/com-pior-desempenho-em-demarcacoes-desde-1985-temer-tem-quatro-terras-indigenas-para-homologar>> Acesso em: 25 ago.2019.

³¹ Durante os dois mandatos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) foram declaradas 81 terras indígenas e 87 homologações; no governo da presidente Dilma Rousseff (2011-2016) foram 26 declaradas e 21 homologadas; durante o mandato de Michel Temer foram declaradas 2 terras indígenas, mas apenas 1 homologada.

presidentes Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), Dilma Rousseff (2011-2016) e Michel Temer (2016-2018), há de se considerar que diversos fatores políticos, econômicos e sociais podem ter influenciado, de certa forma, a pauta demarcatória nesses governos, agravando o quadro de morosidade e inércia do Poder Executivo em cumprir o seu dever constitucional de demarcar as terras indígenas. Porém, não podemos desconsiderar o fato de que foi a partir dos anos desses citados governos que houve uma crescente judicialização da questão territorial indígena, sendo este também um dos principais fatores que veio determinar e impactar o saldo demarcatório e a política indigenista em geral no decorrer dos últimos anos, o que veremos a seguir.

Por fim, cumpre destacar que a FUNAI vem vivenciando um processo gradual de enfraquecimento e desmonte que só tem se agravado ao longo dos anos, chegando na delicada situação vivenciada hoje com o atual governo. Isto porque para desempenhar sua função primordial de executar a política indigenista brasileira a FUNAI necessita de recursos humanos, técnicos e financeiros. Porém, ao invés de suprir essas necessidades o Poder Executivo tem atuado de forma a piorar esse quadro. Uma das principais ações que tem corroborado para a situação de enfraquecimento do Órgão indigenista consiste nos cortes orçamentários, como por exemplo o que ocorreu com a edição da Portaria nº 611/2016, a qual objetivou a suspensão da realização de atos de gestão no âmbito do Ministério da Justiça e Cidadania, desse modo, tal medida impactou conseqüentemente as atividades desempenhadas pela FUNAI, inclusive a demarcação das terras indígenas. Nesse sentido, ressaltamos a análise feita por Márcio Santilli, ex-presidente da FUNAI³²:

Falar em arrocho orçamentário na Fundação Nacional do Índio (Funai) é um lugar comum, pois o órgão jamais dispôs de recursos suficientes para desempenhar a contento suas competências legais e dar respostas às demandas dos índios. Nos seus melhores momentos, chegou a saldar dívidas acumuladas e recuperou alguma capacidade de investimento. Mas agora corre o risco de ver o seu orçamento congelado no pior patamar da história.

A fala do referido indigenista não se refere tão somente à edição da Portaria 611/2016, mas também com relação à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 241 que estava em trâmite na Câmara dos Deputados e havia acabado de ser aprovada em 2º turno. Em linhas

Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/com-pior-desempenho-em-demarcacoes-desde-1985-temer-tem-quatro-terras-indigenas-para-homologar>> Acesso em: 25 ago.2019.

³² Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/pec-241-vai-congelar-orcamento-da-funai-no-fundo-do-poco>>. Acesso em: 25 set 2019.

gerais, a PEC 241³³ tratava da possibilidade de se alterar o texto constitucional para instituir um novo regime fiscal, fazendo com que a referida proposta ficasse popularmente conhecida como a “PEC do teto de gastos públicos”, tendo como principal efeito o congelamento das despesas do Governo Federal por um período de 20 anos. Com isso, na opinião de Márcio Santilli, essa medida viria a afetar à FUNAI, uma vez que a instituição desse teto de gastos se soma à depressão orçamentária já enfrentada pelo órgão indigenista, elevando ao máximo sua situação de penúria e sucateamento por um longo período.

Além da crise orçamentária, a FUNAI também tem sido alvo de uma crise política, que se reflete principalmente nas constantes e inúmeras alterações de seus presidentes. Nos últimos 03 anos, por exemplo, já foram nomeados 5 presidentes diferentes³⁴. No entanto, o impacto dessas trocas de gestão, além de trazer instabilidade para a execução da política indigenista, também ameaça o cumprimento da sua principal missão, que é a de proteger e promover os direitos dos povos indígenas do Brasil. Isto porque alguns dos presidentes nomeados para assumir a FUNAI, além de não possuírem um histórico de atuação e engajamento com a questão indígena, carregam consigo uma bagagem de ideais totalmente contrários aos objetivos deste órgão. Prova disso, está nas sugestões e especulações de nomes ligados aos interesses da bancada ruralista e religiosa do Congresso Nacional, além de militares.

Em meados de 2016, fora especulado o nome de Sebastião Roberto Partelli (General Partelli), ligado ao Partido Social Cristão - PSC, para assumir a presidência da FUNAI, mas, sua nomeação não seguiu adiante, tendo em vista a pressão e o repúdio manifestado pelo movimento indígena e seus apoiadores³⁵. Porém essa intenção do governo de Michel Temer em nomear um militar para a presidência do órgão indigenista posteriormente veio a ser concretizada, e, desse modo, em julho de 2017 foi nomeado para o cargo o General Franklimberg de Freitas³⁶.

Em 2018, para o movimento indígena o fato de ter na presidência da FUNAI um militar acabou se tornando um dos menores males aos direitos indígenas quando comparado à situação que estaria por vir resultante das eleições presidenciais no país, em que foi eleito o atual

³³ Sobre a PEC 241/2016 ver: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>> Acesso em: 25 set 2019.

³⁴ Galeria de presidentes da Funai. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%93rg%C3%A3o_Indigenista_Oficial> Acesso em: 28 set. 2019.

³⁵ Informações disponíveis em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/557311-temer-avalia-nomeacao-de-militar-para-a-funai-e-eleva-tensao-com-indigenas>>. Acesso em: 25 set. 2019.

³⁶ A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) lançou uma nota pública contrária à chamada “militarização da Funai” dentre outras medidas intentadas pelo governo Temer aos direitos indígenas. Disponível em: <<http://apib.info/2017/05/09/nota-publica-contr-a-militarizacao-da-funai-e-os-golpes-do-governo-temer-contr-a-direitos-indigenas/>>. Acesso em 25 set. 2019.

Presidente da República, Jair Bolsonaro. Desde a sua campanha eleitoral o mesmo já manifestava suas intenções contrárias à política indigenista, principalmente com relação à demarcação das terras indígenas, chegando a declarar publicamente que: “não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena”³⁷. Suas declarações foram ganhando apoio de segmentos da sociedade que possuem interesses contrários aos dos povos indígenas, principalmente os fazendeiros, agricultores, garimpeiros, madeireiros, parlamentares que compõem as chamadas bancadas ruralista e evangélica, dentre outros.

Já em 2019, uma das primeiras ações de Jair Bolsonaro ao assumir a Presidência da República foi a edição da Medida Provisória (MP) nº 870, no dia 01º de janeiro. Esta MP cuidou de estabelecer a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, em que se fundiu e/ou extinguiu alguns e criou outros Ministérios, bem como realizou uma série de alterações de pastas e competências. Dentre as principais mudanças destaca-se a transferência da FUNAI do Ministério da Justiça para o recém-criado Ministério da Mulher, da Família dos Direitos Humanos - MMFDH. Porém, a problemática central dessa questão não consiste tão somente na mudança ministerial do Órgão Indigenista, mas sim da retirada de sua atribuição de identificar, delimitar, demarcar e registrar as terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas, bem como a matéria de licenciamento ambiental em área indígena, que a partir de então ficaria a cargo do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA. Ou seja, em seu primeiro ato como chefe do Poder Executivo, o atual presidente cuidou de fragmentar a FUNAI, que já vinha aos poucos sendo enfraquecida para o desempenho do seu papel junto aos povos indígenas.

Essa drástica mudança rapidamente ganhou repercussão nacional e internacional tanto nos meios de comunicação como também nas redes sociais. A APIB imediatamente lançou sua manifestação contrária à MP 870, recomendando a todas as organizações indígenas do país a se mobilizarem e entrarem com ação popular com a finalidade de buscar judicialmente a nulidade do referido ato praticado pelo Presidente da República, vejamos³⁸:

PELO DIREITO DE EXISTIR!

³⁷ Fontes: <<https://epoca.globo.com/expresso/nao-demarcarei-um-centimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890>> Acesso em: 25 set. 2019.

<<https://videos.bol.uol.com.br/video/bolsonaro-nao-vamos-ter-mais-demarcacao-de-terras-indigenas-04024E1C336AD8A96326>> Acesso em: 25 set. 2019.

³⁸ Disponível em:

<https://www.facebook.com/search/top/?q=%E2%80%9CPELO%20DIREITO%20DE%20EXISTIR!%20POR%20UM%20BRASIL%20PLURIETNICO%20E%20MULTICULTURAL%20&epa=SEARCH_BOX>. Acesso em 28 set. 2019.

POR UM BRASIL PLURIETNICO E MULTICULTURAL

Para quem tinha dúvidas quanto aos interesses que Bolsonaro representa, já no seu primeiro dia de governo, ele deixou claro seu compromisso com o que há mais atrasado no Brasil. Ao lançar a Medida Provisória número 870 de 1 de janeiro de 2019, reconheceu sua dívida com a Bancada Ruralista, e transferiu para o Ministério do Agronegócio a responsabilidade pela identificação, delimitação, demarcação e registro de terras indígenas, que historicamente eram atribuições da FUNAI, dada a sua missão de proteger e promover os direitos dos povos indígenas.

Bolsonaro e os coronéis da Bancada Ruralista sabem que para colocar mais terras no mercado, vão precisar inviabilizar a demarcação das terras indígenas, quilombolas, assentamentos de reforma agrária (sic) e unidades de conservação. Mas também sabem que o mundo tende para um novo modo de produzir e consumir, e que não vamos hesitar em denunciar esse governo e o agronegócio nos quatro cantos do mundo, denunciando e exigindo, a adoção e o respeito às salvaguardas sociais e ambientais, necessárias ao fiel cumprimento de nossos direitos constitucionais. Estamos preparados, não vamos recuar, nem abrir mão dos direitos conquistados, e muito menos entregar nossos territórios para honrar o acordo entre Bolsonaro e seus coronéis.

Nós povos indígenas em respeito aos nossos ancestrais e comprometidos com as futuras gerações, estamos dispostos a defender os nossos modos de vida, a nossa identidade e os nossos territórios com a nossa própria vida, e convocamos a sociedade brasileira a se juntar a nossa luta em defesa de um país mais justo, solidário e do nosso direito de existir.

Para tanto a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil- APIB, recomenda que cada estado, organize o ingresso de uma ação popular requerendo judicialmente a nulidade dos atos praticados pelo presidente Jair Messias Bolsonaro que destrói praticamente toda a política indigenista brasileira.

Demarcação Já!!!!

Como podemos notar, para o movimento indígena a MP 870 nada mais é do que a concretização da política anti-indigenista já proclamada por Jair Bolsonaro desde a época de sua campanha eleitoral. Mesmo estando diante de um dever constitucional de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens das terras indígenas, o atual Presidente da República não hesitou em utilizar meios oficiais e legais para inviabilizar o cumprimento desta obrigação, o que só veio a maximizar o histórico de omissão e dívida do Estado brasileiro para com a efetivação da política indigenista.

2.2 O fenômeno da judicialização da questão territorial indígena: o Poder Judiciário e os entraves à demarcação

Como visto, o atual procedimento demarcatório das terras indígenas segue um rito com etapas descritas em um decreto vigente desde 1996, com a finalidade de cumprir o dever constitucional atribuído desde 1988 à União (art. 231 da CF). No entanto, diante das diversas formalidades e fases a serem cumpridas, podemos considerar que o processo administrativo de demarcação das terras indígenas se tornou complexo, tendo em vista que as suas cinco etapas

(identificação, declaração, demarcação, homologação e registro), esbarram com a burocracia do seu trâmite dentro dos próprios órgãos administrativos (FUNAI, Ministério da Justiça e Presidência da República), fazendo com que os processos de demarcação se arrastem por anos para serem concluídos. Soma-se a isso, ainda, os casos em que o andamento desses processos de demarcação ficam sujeitos à conveniência do administrador público, que nem sempre em seu governo e/ou gestão partilha de objetivos compatíveis com a luta dos povos indígenas pela terra.

A mercê de todo esse contexto, os povos indígenas do Brasil ainda têm enfrentado obstáculos junto a outras esferas de poder, a exemplo do Poder Judiciário. Isto porque, apesar de o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas prever a possibilidade do contraditório, em que se permite a contestação do processo demarcatório por terceiros interessados - desde que devidamente comprovada -, estes sujeitos também passaram a demandar em juízo os direitos sobre tais terras, alegando, em muitos casos, terem supostos títulos de propriedade e posse das mesmas, deslegitimando todos os atos administrativos que visam declarar as terras como de ocupação tradicional dos povos indígenas envolvidos. Conforme já mencionado, os direitos territoriais reconhecidos aos povos indígenas contrariam muitos interesses, principalmente aqueles de cunho econômico e fundiário de grandes empresas e particulares que, somados à omissão e/ou inércia do Poder Executivo em realizar o processo demarcatório, contribuiu para que além da morosidade intrínseca ao processo de demarcação, surgisse o fenômeno da judicialização de controvérsias possessórias em torno das terras indígenas.

Ao observarmos o rumo da política indigenista referente à demarcação das terras, podemos afirmar que a judicialização de controvérsias possessórias consiste no exercício de levar ao Poder Judiciário os conflitos de interesse em torno da demarcação das terras indígenas, que em muitos casos envolvem como partes as comunidades indígenas, particulares, União, Estados e Municípios. Nesse sentido, esse fenômeno merece atenção uma vez que o procedimento demarcatório das terras indígenas acaba por transitar da esfera do Poder Executivo para o Poder Judiciário, fazendo com que, na maioria das vezes, este último dê a palavra final sobre o que é ou não uma terra tradicionalmente ocupada para fins de demarcação.

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. (SANTANA, 2018, p. 457)

Com isso, a judicialização das questões territoriais indígenas passou a ser um dos fatores que muito contribuiu para a complexidade e morosidade dos processos demarcatórios, tendo em vista que a concessão de liminares nos processos judiciais tendem a paralisar muitos procedimentos administrativos em curso, bem como as decisões de mérito podem confirmar tais liminares e conseqüentemente vir a restringir os direitos dos povos indígenas aos seus territórios tradicionais.

Podemos dizer que a judicialização de controvérsias possessórias se intensificou nos últimos 10 anos, principalmente em razão do julgamento, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet.3.388)³⁹ do Estado de Roraima. Até o presente momento este é considerado como o julgado mais emblemático da Suprema Corte sobre a questão indígena no país. Um dos motivos que levou esse julgamento a ganhar esse status paradigmático foi porque a Suprema Corte pretendeu, com este caso, estabelecer interpretações, conceitos, critérios e regras gerais que pudessem nortear os futuros casos que surgissem sobre a questão territorial indígena dali por diante, especialmente quanto à demarcação de suas terras e, com isso, estariam desde o advento da promulgação da Constituição de 1988 tratando pela primeira vez dessa questão com a profundidade que se requer.

Trata-se o referido caso de ação popular (Pet. 3.388) ajuizada pelo senador Augusto Affonso Botelho Neto do estado de Roraima, junto ao STF, com o objetivo de que fosse declarada a nulidade da Portaria nº 534/2005 editada pelo então Ministro da Justiça, Márcio Tomaz Bastos, em que ratificava⁴⁰, com ressalvas, a declaração de posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Wapixana e Patamona sobre a terra indígena (TI) e ainda determinava que os ocupantes não-indígenas deveriam ser retirados das TIs no prazo de um ano. Além da referida portaria, a ação popular também tinha por objeto a declaração de nulidade do decreto assinado pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em 15 de abril de 2005, que homologou a demarcação da TI. Em suma, a ação popular tinha o objetivo de que fosse declarada a nulidade do procedimento administrativo adotado para a demarcação da terra indígena em comento, o qual já se arrastava por anos, provocando um histórico de

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet: 3388 RR, Relator: Min. Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20%203388>>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁴⁰ A Portaria Declaratória nº 534/2005 revogou a Portaria nº 820/1998.

tensões e conflitos entre os povos indígenas, os fazendeiros e os interesses do Estado de Roraima.

Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2018, p. 96), o procedimento de reconhecimento territorial da Raposa Serra do Sol levou 82 anos para ser finalizado, pois teve seu início em 1917, tendo sido concluído administrativamente somente em 2005, já seguindo os trâmites previstos no Decreto nº 1.775/1996. Afirma o autor que, mesmo já “resolvidas todas as questões administrativas e homologadas a demarcação, interesses contrários à demarcação ingressaram em juízo e, por caminhos pouco ortodoxos, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, onde ficou mais quatro anos”. O ponto principal do caso da TI Raposa Serra do Sol a ser discutido dizia respeito à possibilidade de se fazer uma demarcação descontínua, em que seriam excluídos da área demarcada determinados trechos de terra que foram chamadas de “ilhas”, as quais haviam sido ocupadas ilegalmente por não-indígenas.

O Ministro Relator do caso, Carlos Ayres Britto, em seu voto, julgou improcedente a ação popular, mantendo a demarcação da TI em forma contínua, de acordo os parâmetros constitucionais e legislação específica. Porém, houve pedido de vistas por parte do Ministro Menezes Direito, tendo sido retomado o julgamento em dezembro de 2008. Nessa ocasião o referido ministro apresentou seu voto, julgando parcialmente procedente a ação, ao passo que adotou dezenove condicionantes (salvaguardas)⁴¹ referentes ao usufruto dos índios sobre suas

⁴¹As dezenove condicionantes que posteriormente foram chamadas de “salvaguardas institucionais” são:

- 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;
- 6 – A atuação das Forças Armadas 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;
- 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;

terras. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, ao proferirem seus votos, julgaram parcialmente procedente a ação popular para que fossem observadas as dezenove condicionantes apresentadas, sendo que parte dos Ministros fizeram certas ressalvas discordando de algumas destas. O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, foi o único a rejeitar todas as condicionantes. A adoção das 19 salvaguardas foi acolhida pela maioria dos Ministros da Suprema Corte, que procuravam conciliar os interesses indígenas com a defesa nacional e a proteção e preservação do meio ambiente. As salvaguardas institucionais, portanto, cumpriram um importante papel nesse julgado para tentar colocar um ponto final nos problemas há anos enfrentados. Embora algumas delas sejam interpretações ou repetições do texto constitucional e infraconstitucional, há outras que se apresentam expressamente contrárias às disposições da Convenção 169 da OIT, por exemplo, principalmente no tocante ao direito de consulta livre, prévia e informada às populações indígenas.

O julgamento do caso TI Raposa Serra do Sol foi concluído em março de 2009, contendo o processo 55 volumes e o inteiro teor do acórdão⁴² aproximadamente 700 páginas. No mérito,

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 no artigo 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. (BRASIL, 2009)

⁴² STF - Pet: 3388 RR, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A

foi julgada parcialmente procedente a ação popular, declarando-se a constitucionalidade da demarcação contínua da TI, tendo sido majoritariamente aprovadas as 19 salvaguardas institucionais que foram alocadas na parte dispositiva da decisão e determinada a retirada imediata dos não-indígenas que ocupavam a TI mesmo antes da publicação do acórdão. Ocorre que, para além da questão principal da ação, o que se extrai desse julgado da TI Raposa Serra do Sol é que houve um esforço por parte dos ministros do STF em estabelecer uma interpretação jurídica ao que diz respeito à ocupação tradicional da terra, da qual trata o § 1º do art. 231 da Constituição. Sobre essa questão, primeiramente cuidou a Suprema Corte em estabelecer o entendimento de que seria necessário a adoção de um critério objetivo com vistas a determinar a ocupação tradicional de terras pelos indígenas. Nesse sentido, consolidaram que:

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. (BRASIL, 2009, p. 235).

Esses foram os fundamentos adotados para consolidar a ideia de um marco temporal como critério objetivo de verificação da ocupação tradicional, ou seja, para o reconhecimento às populações indígenas dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, exige-se que os mesmos estivessem ocupando-as na data da promulgação da Constituição de 1988. Nas palavras do Ministro Relator do processo, Carlos Ayres Britto, esse critério seria útil para “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena” (BRASIL, 2009, p. 295). Além disso, ousou a Suprema Corte considerar uma possibilidade de se flexibilizar esse critério objetivo do marco temporal no caso dos povos indígenas da TI Raposa Serra do Sol, na hipótese em que à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, essas populações não estavam em suas terras, por terem sido forçados e violentamente retirados das mesmas por não-índios. Nesses casos, ponderou o STF que não estaria assim descaracterizada a tradicionalidade da ocupação em razão do esbulho sofrido. Portanto, estabeleceu que a exceção à aplicação rigorosa do marco temporal reside na verificação da ocorrência do chamado “renitente esbulho”.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. (BRASIL, 2009, p.01)

Essa ressalva do renitente esbulho trazida ao caso da TI Raposa Serra do Sol fez-se necessária, pois muitas fazendas situadas na terra indígena em discussão foram constituídas por meio de esbulho cometido contra as comunidades indígenas. Durante o curso do processo em que se discutia a constitucionalidade da demarcação da terra indígena da Raposa Serra do Sol, muitos fazendeiros alegavam que na data da promulgação da Constituição de 1988, pelo fato de não haver mais a presença dos indígenas ocupando aquelas terras, e que as mesmas já se encontravam ocupadas por não-índios, estas terras não seriam tradicionalmente ocupadas, não fazendo jus aos indígenas direitos sobre elas.

Tais argumentos foram rechaçados pela Suprema Corte, uma vez que os laudos antropológicos da terra indígena em questão apontavam que as populações indígenas locais foram violentamente expulsas de suas terras e, por isso, não estavam ocupando-as na data da promulgação da Constituição. Diante disso, o Ministro Relator Carlos Britto cunhou em seu voto que: “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 já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa” (BRASIL, 2009, p. 235).

Desse modo, o julgado do caso Raposa Serra do Sol se tornou um precedente de forte influência jurídica (embora não seja tecnicamente vinculante)⁴³ no que se refere à questão territorial indígena no país. O mérito da decisão incutiu novos elementos na ordem jurídica - tais como a tese do marco temporal, o renitente esbulho e as 19 salvaguardas institucionais - que passaram a ser utilizadas na fundamentação de diversas decisões judiciais que versam sobre conflito possessório em torno das terras indígenas, o que fez com que tal situação se tornasse preocupante para a manutenção dos direitos dos povos indígenas. Além disso, um crescente número de ações começaram a ser propostas no judiciário de várias regiões do país, em que as partes contrárias à demarcação das terras indígenas apontam supostos vícios ou ilegalidades nas demarcações em curso ou até mesmo nas já finalizadas, utilizando como principal argumento do pleito a tese do marco temporal, ou seja, de que os indígenas não estavam nas terras na data da promulgação da Constituição de 1988.

Diante disso, nos deparamos com outra situação que o fenômeno da judicialização da questão territorial indígena nos apresenta, pois o exercício de levar tais reivindicações de direitos em torno das terras indígenas ao Judiciário tem se operado como se fosse uma via de

⁴³ Em 2013 foram julgados os embargos de declaração opostos contra a decisão da Pet. 3.388, e desse julgamento, importa destacar as palavras proferidas em voto pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso, no sentido de que a decisão proferida naquele julgamento é desprovida de força vinculante em sentido técnico, e que os fundamentos ali adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar (BRASIL, 2014, p. 2).

mão única. Isto porque a judicialização de qualquer direito resguardado na ordem jurídica nada mais é, do que um desdobramento do direito de acesso à justiça previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV que diz: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Soma-se ainda ao pleno direito ao contraditório e à ampla defesa dos litigantes, em processo judicial ou administrativo, conforme previsão do art.5º, inciso LV da Constituição. Ou seja, estes dois dispositivos constitucionais possuem o condão de assegurar a todos os cidadãos tanto o direito de adentrar e acionar o sistema de justiça, como também de se defender nele.

Ocorre que, no tocante à judicialização da questão territorial indígena, o que se tem visto é que quem exerce esse direito de acionar e demandar em juízo os direitos sobre determinada área objeto da demarcação, não são os povos indígenas, mas sim aqueles que são seus opositores (produtores rurais, empresas, municípios, estados, organizações civis, dentre outros). Conforme já mencionado no capítulo anterior, embora o direito de acesso à justiça aos povos indígenas tenha sido duplamente garantido (art. 5º, XXXV, e art. 232 da CF), ainda há diversos obstáculos a serem superados para que essas populações possam gozar desse direito. Além do obstáculo econômico que de certa forma é um dos principais fatores que tendem a afastar uma diversa gama de sujeitos e grupos historicamente marginalizados do acesso ao sistema de justiça, os povos indígenas ainda enfrentam de forma mais latente as barreiras sociais e culturais que se somam ao racismo institucional e às omissões do Estado brasileiro em efetivar seus direitos constitucionalmente conquistados.

Cumprе ressaltar, ainda, que muitas dessas ações que versam sobre os direitos territoriais indígenas são julgadas sem que haja o direito ao contraditório por parte dos indígenas, suas comunidades ou organizações, evidenciando mais uma vez que o fenômeno da judicialização tem sido uma via de mão única⁴⁴. O que se pode constatar é que uma das causas que também contribui para esse distanciamento dos povos indígenas do acesso à justiça está no desconhecimento e desinteresse dos atores que compõem o sistema de justiça em compreender a realidade desses povos, sua cosmovisão, o significado e a relação com seus territórios. Muitos ministros (do STF e de outros tribunais) e juízes proferem decisões enraizadas em preconceito e discriminação, o que conseqüentemente não só desestimula muitos indígenas a buscarem a

⁴⁴ Em muitos processos que dizem respeito à terras indígenas a União e a FUNAI são colocadas no pólo passivo da ação e, nesse sentido, os indígenas, suas comunidades e/ou organizações muitas vezes desconhecem a existência de processo judicial em curso, porque como não integram o pólo passivo, conseqüentemente não são intimadas sobre o processo, mesmo diante do fato de que futuramente esta ação possa afetar diretamente seus direitos e interesses. Um exemplo disso foi o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF, referente a conflito possessório em torno da Terra Indígena (TI) Guyaroká do povo indígena Guarani-Kaiowá, no Estado do Mato Grosso do Sul, julgado em 2014 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

tutela jurídica de seus direitos, como também aumenta a distância e a desconfiança destes para com o Poder Judiciário.

Se considerarmos o fato de que o procedimento demarcatório de terras indígenas é um ato meramente declaratório para a materialização do dever constitucional atribuído à União, logo resta evidenciado que o ato administrativo não é condição necessária para se constituir ou atribuir o direito territorial aos povos indígenas, até porque, como visto, este direito é originário. Porém, o que se tem visto nos últimos anos é que a mora e/ou a omissão do Estado brasileiro em realizar essa declaração tem ensejado insegurança jurídica para as populações indígenas, ou seja, ao mesmo tempo em que a declaração não é o principal elemento constitutivo do direito territorial indígena, a ausência da mesma fragiliza a concretização e o gozo desse direito.

Segundo Raimundo Sergio Barros Leitão (1993, p. 69), tal situação autoriza aos povos indígenas o direito de requerer do Estado a prestação da atividade jurisdicional, no sentido de suprir a ausência do cumprimento desse dever de declarar determinada terra como de ocupação tradicional, para a posse e o usufruto exclusivo de determinado povo indígena. Ocorre que, conforme já exposto, para os povos indígenas há muitas barreiras a serem superadas para conseguir mobilizar ativamente o judiciário com o intuito de fazer valer seus direitos. E isso nos faz lembrar as palavras de Boaventura de Sousa Santos, na obra “Para uma revolução democrática da justiça”, quando o referido autor fala dos cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicá-los quando são violados, o que o autor denomina de “procura invisibilizada” (SANTOS, 2007, p.31)⁴⁵.

É justamente isso o que ocorre com os povos indígenas que, diante das situações de violações dos seus direitos territoriais, sequer conseguem adentrar no sistema de justiça para reivindicar o cumprimento do mesmo, seja pela barreira financeira e econômica (arcar com os custos de uma ação judicial), seja pela barreira sociocultural (língua, cosmovisão, subjetividade e peculiaridade de cada povo que em muitos casos é desconsiderada pelo Judiciário). Desse modo, se ao menos fossem superados esses dois principais obstáculos, poderíamos utilizar o fenômeno da judicialização da questão territorial indígena como uma ferramenta de efetivação de direitos para os povos indígenas, mas para tanto há um longo caminho a ser percorrido e um desafiador campo de luta a ser enfrentado pelos povos indígenas. Com isso, no contexto atual a judicialização só tem cumprido o papel de afetar sobremaneira a continuidade dos processos

⁴⁵ Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias, etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada. (SANTOS, 2007, p.31)

demarcatórios de terras indígenas, aumentando ainda mais a situação de vulnerabilidade e incerteza jurídica dos direitos indígenas sobre suas terras.

É válido destacar que o objetivo de se trazer aqui essa abordagem sobre o fenômeno da judicialização em torno da questão territorial indígena não consiste em centrar a discussão para afirmar que o exercício de se adentrar em juízo para pleitear ou reivindicar direitos possessórios seja o principal problema, até porque a própria CF garante à todos o direito de acesso à justiça. Mas sim que a problemática em torno dessa questão consiste nas condições desiguais das disputas judiciais e na prestação jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário em dar as respostas em tais casos, que tem se mostrado de maneira mais onerosa aos povos indígenas, na medida em que afeta e restringe os seus direitos, especialmente os de natureza territorial.

CAPÍTULO 3 – OS ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS IMPACTOS NA (DES) DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Após termos contextualizado algumas questões que cercam o direito territorial indígena e as problemáticas em torno da sua efetivação, pretendemos dar seguimento a essas discussões partindo da análise da atuação do Supremo Tribunal Federal frente às controvérsias judiciais que, conforme veremos, para além de soluções baseadas em uma simples interpretação e aplicação do texto normativo ao caso concreto, também tende a exercer uma hermenêutica criativa do direito, que tanto pode beneficiar como prejudicar os povos indígenas e seus direitos.

Iniciaremos essa abordagem com o estudo de alguns julgados em que a Suprema Corte se debruçou sobre o assunto. Em seguida, vamos centrar nos principais argumentos utilizados pelos ministros para a fundamentação das decisões, e em como a força persuasiva dos precedentes passaram a ser determinantes para a efetivação ou restrição do direito territorial dos povos indígenas. Além disso, analisaremos como essas interpretações sobre o direito territorial indígena podem impactar a identidade do sujeito constitucional. Por fim, trataremos do papel da Suprema Corte frente aos conflitos e tensões decorrentes da ação e/ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo no tocante aos direitos fundamentais das populações indígenas.

3.1 Decisões emblemáticas sobre a questão territorial indígena no Supremo Tribunal Federal após 1988

Para uma melhor compreensão do fenômeno da judicialização da questão territorial indígena e seus efeitos concretos na realidade dos povos indígenas pretendemos analisar algumas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Isto porque desde o advento da Constituição de 1988, que inaugurou uma nova situação jurídica para os povos indígenas como sujeitos plenos de direitos, a Suprema Corte passou a ter uma atuação mais frequente em casos que versam sobre a temática indígena, sendo que a maioria deles dizem respeito aos direitos territoriais, tendo em vista o seu caráter central e fundamental para essas populações e os divergentes interesses em torno deles por parte dos não-indígenas. Para tanto, elencamos os julgados que de alguma forma carregam consigo o status de serem emblemáticos sobre a questão territorial indígena no STF, seja em razão do legado que deixaram ou dos efeitos que muitos deles têm produzido ao longo dos anos e que, de certo modo, tem sido jurisprudência determinante para a efetivação ou negação de tais direitos.

3.1.1 A Súmula 650 do STF

Conforme já tratado no presente trabalho, a Constituição da República de 1891, além de ter sido omissa em tratar sobre os direitos indígenas, ainda afastou o tratamento jurídico das terras reservadas aos indígenas na forma como as legislações anteriores haviam consolidado⁴⁶. Isto porque em seu artigo 64⁴⁷ tratou de transferir para o domínio dos estados as terras devolutas⁴⁸. Nesse contexto, as terras indígenas outrora reservadas também foram consideradas como devolutas, fazendo com que diante disso surgissem múltiplas confusões e incertezas em torno da questão territorial indígena, que a partir de então passaram para o domínio dos Estados. Porém, como esclarece João Mendes Júnior (1912, p. 62), essas terras reservadas aos indígenas não poderiam ser consideradas devolutas, pois a posse que lhes foi atribuída é congênita e primária por força do Alvará de 1º de abril de 1680. Por isso, faz-se necessário explicar que seriam de fato terras devolutas somente aqueles aldeamentos extintos que foram constituídos de acordo com as disposições da Lei de Terras e do Decreto de 1854.

É imprescindível nos remetermos a essa problemática das terras indígenas como devolutas, uma vez que antes da Constituição de 1967 incluir essas terras entre os bens da União, o Decreto nº 9.760/1946⁴⁹ já previa como bens do referido ente federativo os terrenos dos extintos aldeamentos de índios que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares. Como bem relata Roberto Lemos dos Santos Filho (2005, p.1)⁵⁰, foi com base no artigo 1º, alínea “h” do referido Decreto e no artigo 20, incisos I e XI da atual Constituição Federal, que a União passou a manifestar seu interesse em várias ações de

⁴⁶ Tais como o Alvará de 1º de abril de 1680, a Lei de Terras (Lei 601 de 1850) e o Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

⁴⁷ Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. (grifo nosso)

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

⁴⁸ A Lei 601 de 1850 (Lei de Terras) em seu artigo 3º conceitua o que são terras devolutas: a) as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal; b) as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem 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; c) as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei; d) as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

⁴⁹ Art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União:

[...]

h) os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares;

⁵⁰ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Terras indígenas e a Súmula nº 650 do STF. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 844, 25 out. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7469>>. Acesso em: 18 de out 2019.

usucapião referentes às terras situadas nos municípios de Guarulhos e Santo André no Estado de São Paulo, por entender que essas áreas usucapidas eram aldeamentos extintos e por isso seriam de sua propriedade. Com relação a essas ações de usucapião, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região já haviam assentado o entendimento através de suas jurisprudências dominantes no sentido de que o Decreto nº 9.760/1946 não foi recepcionado pela Constituição de 1988 por ter sido editado sob a égide da Constituição de 1937, e por isso não poderia se sustentar e nem prevalecer o interesse da União nessas ações.

Nesse diapasão, a Suprema Corte passou a receber diversas ações que tratavam dessa matéria que envolvia usucapião das terras dos municípios de Guarulhos e Santo André e a aplicação do artigo 1º, alínea "h", do Decreto no 9.760/1946. Até que em 1998 o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 219.983-3/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que veio a ser o primeiro precedente que posteriormente ensejou a edição da súmula 650 em 2003 pelo STF. Através da referida súmula, a Suprema Corte tentou uniformizar o entendimento sobre essa questão ao dispor que: “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” (BRASIL, 2003).

Robério Nunes dos Anjos Filho (2008, p.15) ao abordar sobre a súmula 650, diz que a redação da mesma é “imprecisa e generalizante, o que foge ao contexto dos seus precedentes, razão pela qual foi bastante negativa aos interesses indígenas uma vez que os mais desavisados poderão aplicá-la indevidamente.” Diante dessa crítica trazida pelo autor, é imperioso compreender que a aplicação da súmula em comento deveria limitar-se às ações que versam sobre usucapião relativas às terras mencionadas no art. 1º, alínea "h", do Decreto nº 9.760/1946, e não em toda e qualquer ação que verse sobre direitos territoriais indígenas.

Ocorre que nos dias atuais, o Judiciário brasileiro acaba por aplicar a súmula 650 em outros casos, como por exemplo, os que versam sobre demarcações de terras, sendo que deveria atentar-se ao fato de que a aplicabilidade da súmula 650 do STF para além da limitação imposta através dos precedentes que levaram à sua criação viola frontalmente os direitos territoriais das populações indígenas reconhecidos tanto em legislação nacional como na internacional.

Um dos problemas que surgiram com a edição e aplicação da Súmula 650 é a imprecisão do que vem a ser de fato o “passado remoto” a que ela se refere. Diante disso, o entendimento mais adequado sobre essa questão pode ser extraído através dos precedentes que ensejaram a edição da própria súmula. Tendo em vista que as ações versavam sobre aldeamentos extintos antes da Constituição de 1891, podemos concluir, portanto, que “o passado remoto ao qual se refere a Súmula só pode se referir a aldeamentos extintos antes da primeira constituição

republicana, nunca após esse marco, já que, daí por diante, trata-se de terras da União.” (ANJOS FILHO, 2008, p. 16)

Podemos notar que, nos termos da Súmula 650 do STF, as regras dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição de 1988 não abrangem terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas. É válido recordar que o citado inciso XI fala em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como bem da União e, como se sabe, essa ocupação exigida não guarda relação alguma com aspectos temporais, ou seja, com a quantidade de tempo que as populações indígenas ocupam ou ocuparam determinada terra, que conforme as lições de José Afonso da Silva, não se trata de usucapião imemorial, caso contrário todo o território nacional lhe pertenceria. O “tradicionalmente ocupadas”, nesse caso, revela-se pelo modo tradicional com que os povos indígenas se relacionam com a terra de acordo seus usos, costumes e tradições, e conforme as características previstas na Constituição de 1988, no §1º do art.231.

Diante disso, também não se justifica a aplicação da Súmula 650 do STF aos casos em que as populações indígenas tenham forçadamente sido retiradas de suas terras. Isto porque a maioria das ações possessórias que chegam ao Judiciário tratam de questões que versam sobre a desocupação da terra pelos indígenas em determinado período, o que tem gerado muitas discussões em torno da destinação e da posse dessas terras. Porém, antes de tudo, torna-se imprescindível que se leve em consideração o que deu causa a essa desocupação, que, conforme veremos mais à frente, para as hipóteses em que restar configurado o chamado “renitente esbulho” a Suprema Corte entende que não há perda da tradicionalidade da ocupação.

Em suma, ao nos debruçarmos sobre o contexto que ensejou a edição da súmula 650 pelo STF, podemos observar que a intenção foi a de limitar o alcance dos dispositivos constitucionais (art.20 e os incisos I e XI) no que se refere às terras indígenas enquanto bens da União. Ocorre que há casos em que esta súmula tem sido utilizada para a fundamentação de decisões que muitas vezes objetivam restringir os direitos territoriais indígenas, bem como tem se somado a outros argumentos e jurisprudências que foram se consolidando ao longo dos anos, e que em nada favorecem aos povos indígenas.

3.1.2 Ação Cível Originária nº 312 (ACO 312) - Terra Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu

Outro caso de destaque julgado pela Suprema Corte trata-se da Ação Cível Originária nº 312 (ACO 312), envolvendo a questão fundiária referente ao povo indígena Pataxó Hãhãhãe, etnônimo este que representa o conglomerado dos povos Baenã, Pataxó Hãhãhãe, Kamacã, Tupinambá, Gueren e Kariri-Sapuyá, localizados na região Sul da Bahia, entre os municípios

de Itaju do Colônia, Pau Brasil e Camacã. Segundo a antropóloga Jurema Machado de Andrade Souza (2017, p. 53), foi em 1926 que o Serviço de Proteção ao Índio - SPI criou a denominada “Reserva Caramuru-Catarina Paraguassu” em terras cedidas pelo Estado da Bahia, por meio da Lei Estadual nº 1916/1926, com o objetivo de concentrar e conter os indígenas dispersos nas matas da região e aqueles que porventura fossem encontrados em missões e aldeamentos extintos.

Ocorre que a partir da década de 1930 as terras que constituíam a reserva passaram a ser arrendadas pelo próprio Órgão Indigenista a não indígenas, fazendo com que tais terras se tornassem alvo de cobiça entre os grandes fazendeiros da região. “Após sérias e violentas investidas, a quase totalidade das terras da reserva foi invadida, o que culminou na expulsão da ampla maioria dos indígenas” (SOUZA, 2017, p. 54). Mais tarde, já nas décadas de 1970 e 1980, o governo do estado da Bahia concedeu títulos de propriedade incidentes sobre a área da reserva aos produtores rurais.

Diante desse contexto de expropriação da quase totalidade do seu território, o povo Pataxó Hãhãhãe iniciou uma intensa luta para a recuperação de suas terras no início da década de 1980, em que se articularam através de seus próprios métodos estratégicos de luta, que se deu por meio dos processos de retomada, que consistiu na reocupação do seu território, ou seja, da área que outrora constituía a Reserva Caramuru-Catarina Paraguassu.

Como mencionado, em 1982, os Pataxó Hãhãhãe, representados naquele momento por membros das famílias étnicas, retomaram uma área de 1.200 hectares – a Fazenda São Lucas –, simbolicamente localizada na região do Mundo Novo, sede do posto indígena Paraguassu. Desde então, os distintos contingentes étnicos vêm se distribuindo por áreas mais ou menos distintas, que, em certos casos até o presente, funcionam, prática ou afetivamente, como áreas de pertencimento étnico. (SOUZA, 2017, p. 57)

Além disso, as lideranças indígenas também recorreram a medidas judiciais para a tentativa de recuperação de suas terras, ao passo que provocaram a Funai (que a essa altura já havia sucedido ao SPI), o que culminou no ajuizamento da Ação Cível Originária nº 312, em 1982, tendo como objeto principal o pedido de declaração de nulidade dos referidos títulos de terras concedidos pelo Estado da Bahia a não indígenas⁵¹.

Ressalva-se que o órgão ao qual a FUNAI sucedeu, o então SPI, foi tão responsável quanto o Estado da Bahia pela expropriação territorial dos Pataxó pois não só deixou de executar medidas legais a que estava obrigado por força do Decreto 736 de 6 de abril de 1936, como também promoveu vários contratos de arrendamentos sobre as terras da “reserva”. Segundo consta do memorial da própria comunidade Pataxó

⁵¹ “A ação foi movida contra 396 [trezentos e noventa e seis] proprietários rurais [fls. 23/34 - vol. I]. O Estado da Bahia nela ingressou como litisconsorte necessário em agosto de 1.982 [fl. 66 - vol. I].” (BRASIL, 2012, p.11)

incorporado ao processo da ACO nº 312, foram arrendados 5.123 ha. entre os anos de 1936 e 1942. (NASCIMENTO, 2015, p. 53)

Conforme será visto, o julgamento da ACO 312 pode ser considerado como um caso emblemático, não somente pela relevância da matéria em si que foi discutida pela Suprema Corte, mas também pelos seus 30 anos de trâmite (1982-2012), fazendo com que nesse ínterim muitos fatos ocorressem em decorrência da mora pelo julgamento da referida ação, como por exemplo, conflitos entre os indígenas e os ocupantes da área em disputa, atentados e violência contra os indígenas e até mortes.

Cumprir registrar que apesar do julgamento da ACO 312 ter sido concluído somente em 2012, o fato da referida ação ter sido ajuizada em 1982 fez com que os ministros do STF tivessem que lançar mão de uma hermenêutica jurídica com base na Constituição Federal de 1967 e da Emenda Constitucional nº 01/1969. É válido lembrar que a Constituição de 1967, além de reafirmar a posse permanente e a inalienabilidade das terras indígenas conforme as Constituições anteriores, também fez incluir como bem da União as terras ocupadas pelos “silvícolas”. Com isso, essas terras passaram a ter natureza de bem público, mas com usufruto exclusivo dos indígenas. Ressalta-se ainda que as disposições da Emenda Constitucional nº 1/1969, muito embora não tenha modificado o regime jurídico da matéria, trouxeram a previsão de nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse da terra ou a ocupação das que se encontravam habitadas pelos “silvícolas” e ainda a vedação de qualquer possibilidade de indenização ou ação contra a União ou a FUNAI (art. 198, §1º e §2º).

Além disso, para julgar este caso os ministros precisaram enfrentar uma questão central: o que é terra indígena? Isto porque o pedido da FUNAI de nulidade de títulos de propriedades concedidos pelo Estado da Bahia se justifica por estes terem incidido sobre as terras do povo Pataxó Hãhãhãe. No entanto, a natureza jurídica desta área como terra indígena se tornou questionável, na medida em que a mesma havia sido delimitada como reserva em 1926 e demarcada fisicamente em 1938, porém não houve a formalização dessa demarcação, uma vez que lhe faltou a homologação, ou seja, a demarcação administrativa ainda não havia se concretizado em todas as suas etapas. Esta, portanto, se tornou para os ministros a questão condicionante e prejudicial de mérito da ação:

O primeiro relator para essa ação foi o então Ministro Nelson Jobim. Em 2002, suscitou a questão de ordem (QO), visando dar solução para a questão da ausência da demarcação administrativa. Nesta QO o STF afirma sua competência para decidir sobre a demarcação da terra indígena, sem, contudo, indicação dos pontos da delimitação física. Abriu-se, assim, o percurso para solucionar o ponto crucial do

juízo: decidir se é terra indígena ou não, e por consequência a nulidade dos títulos. (NASCIMENTO, 2015, p.55)

Logo no início do seu voto, o Ministro Relator Eros Grau esclarece o objeto da referida ação, ao dizer que a mesma não se destina a discutir a legalidade de demarcação de terra indígena ou como ela deve ser procedida, assim como o caso da TI Raposa Serra do Sol (Pet.3.388), mas que na presente ação estava em debate exclusivamente a nulidade, ou não, de determinados títulos de propriedade (BRASIL, 2012, p. 32). Além disso, o referido ministro cunhou em seu voto um importante argumento que foi fundamental para a decisão da ação:

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. (BRASIL, 2012, p. 33)

Importa ressaltar que a Suprema Corte, para responder à questão crucial da ação, debruçou-se sobre a vasta documentação e memoriais acostados aos autos, principalmente nas informações contidas no laudo antropológico que destacava a constante presença dos indígenas na área em litígio, embora com variações populacionais com o passar do tempo. Dessa forma, a resposta à questão suscitada (é ou não é uma terra indígena?) foi positiva: “A reserva indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu consubstancia terra indígena” (BRASIL, 2012, p. 45). Em suma, tem-se que após 30 anos de tramitação a ACO 312 foi julgada, tendo o STF decidido por sua parcial procedência, declarando a nulidade dos títulos de terras concedidos pelo Estado da Bahia incidentes à área nos limites da reserva indígena.

Embora o resultado do julgamento tenha sido favorável, em parte, aos direitos territoriais dos Pataxó Hãhãhãe, temos que a Suprema Corte, neste caso, nada mais fez do que um exercício de subsunção da norma constitucional (pretérita e atual), da norma infraconstitucional e dos precedentes sobre a matéria já julgados, aplicando a interpretação das mesmas ao caso concreto. A decisão da ACO 312 não apagou os drásticos efeitos sofridos pelos indígenas da área em questão ao longo dos 30 anos, em que estiveram expostos a uma insegurança jurídica sobre seus direitos e a restrição de viverem plenamente em seu território, ou seja, em seu habitat.

Mas, em geral, é possível extrairmos um ponto positivo desse julgamento, o qual consiste no entendimento do STF de que a ausência da demarcação formal dos limites da terra (a qual a colocaria no rol de bens da União), não desconstituiu a sua característica como reserva, e, portanto, confirmou sua natureza como terra indígena. Este entendimento nos serve como

argumento que reforça a efetivação dos direitos territoriais indígenas, principalmente diante dos inúmeros casos que chegam ao Judiciário, em que muitos pleitos se fundamentam sob a alegação de que determinada área objeto da lide, não são terras indígenas por não haver o procedimento demarcatório finalizado. Logo, este julgado dialoga com o que assegura a norma constitucional, de que os direitos territoriais indígenas são originários, cabendo à União tão somente reconhecer (declarar) esse direito.

3.1.3 Pet. 3.388 - Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a teoria do fato indígena

Embora já tenhamos abordado alguns aspectos gerais deste julgado no capítulo anterior, faz-se necessário retornarmos a ele, já que estamos tratando de casos emblemáticos sobre a questão territorial indígena. E, como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da Pet. 3.388 (TI Raposa Serra do Sol), pretendeu estabelecer interpretações, conceitos, critérios e regras gerais que pudessem nortear os futuros casos que surgissem sobre a questão territorial indígena, especialmente quanto a demarcação de suas terras. Além de restar demonstrado um esforço por parte dos Ministros em estabelecer uma interpretação jurídica ao que diz respeito a ocupação tradicional da terra pelas populações indígenas. Nesse sentido, podemos considerar que a temática territorial indígena no Brasil pode ser dividida em antes e depois do julgamento do caso da TI Raposa Serra do Sol.

Tendo em vista o desafio de se debruçar sobre o que seria essa tradicionalidade da ocupação indígena, primeiramente cuidou a Suprema Corte em estabelecer “o conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas”, trazendo no item de número 11 do acórdão da Pet. 3.388 o seguinte entendimento sobre a matéria:

“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” (BRASIL, 2009, p. 235).

Esses foram os fundamentos adotados para consolidar a ideia de um marco temporal como critério objetivo de verificação da ocupação tradicional, ou seja, para o reconhecimento às populações indígenas dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, exige-se que os mesmos estivessem ocupando-as na data da promulgação da Constituição de 1988. Porém, é válido destacar que esse entendimento de haver um marco temporal de ocupação não foi um critério adotado pela primeira vez pelo STF em uma ação que se discutia direitos

territoriais, em verdade, trata-se de uma repetição do entendimento que já se fez presente na Suprema Corte em julgamentos anteriores, na vigência de outras Constituições, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 44.585 julgado em 1961, que tratava da inconstitucionalidade da Lei 1.077 de 10 de abril de 1950, de Mato Grosso, que reduziu áreas de terras que se achavam na posse dos indígenas. Nesse julgamento o Ministro Victor Nunes Leal, ao proferir seu voto, considerou que se os indígenas, na data da Constituição Federal, ocupavam determinada área, e desta tiravam seus recursos necessários à sua subsistência, mesmo que não houvessem construções ou obras permanentes que comprovassem a posse sob a ótica civilista, pelo fato de estarem ocupando a área naquela data é que se deveria respeitar seus direitos (BRASIL, 1961, p. 471).

Para fundamentar seu voto, o Ministro Victor Nunes Leal entendeu que não deveria ocorrer a redução da TI em questão, porque a Constituição de 1946 já havia reconhecido aos indígenas o direito sobre o território que ocupavam naquela data e, por isso, utilizou-se da Constituição vigente à época como marco temporal para estabelecer os limites desse reconhecimento do território aos indígenas, não admitindo desse modo a redução das terras em questão por força de lei posterior à Constituição.

Porém, convém observar que a lógica adotada para estabelecer a ideia de um marco temporal no julgamento da referida ação da década de 1960 difere da lógica adotada pelo STF no caso da Raposa Serra do Sol, pois, nesta a Suprema Corte se valeu da chamada “Teoria do Fato Indígena”. O Ministro Menezes Direito, ao proferir seu voto após o pedido de vistas, além de trazer para o caso as 19 condicionantes, também propôs a adoção dessa teoria como critério constitucional para se verificar e determinar a ocupação tradicional da terra pelos indígenas (BRASIL, 2009, p. 223). Segundo sua interpretação, “terras que os índios tradicionalmente ocupam” são terras já ocupadas há algum tempo pelos indígenas no momento da promulgação da Carta Maior de 1988, ou seja, tem que restar configurada a presença constante e persistentes dos indígenas nessas terras.

Com isso, podemos notar que o Ministro Menezes Direito interpretou a noção de habitat de maneira literal, em que se exige uma presença bem definida no espaço ao longo do tempo e uma persistência dessa presença, logo, essa habitação em caráter permanente já deveria estar configurada à data da promulgação da Constituição de 1988, sendo este, portanto, o fundamento da Teoria do Fato Indígena. Mas, vale lembrar que a noção de ocupação permanente já foi discutida no presente trabalho, a qual, conforme demonstrado, está ligada com a noção de habitat, que se caracteriza de acordo a relação que cada povo tem com a terra considerando seu modo tradicional de vida (art. 231, §1º).

Devemos nos atentar ainda, ao fato de que o acórdão da Pet 3.388, além de prever o “marco temporal de ocupação”, no item 11.2 também previu o “marco da tradicionalidade de ocupação”. Isso quer dizer que não basta que a ocupação fundiária seja coincidente com a data de 05/10/1988, “é preciso haver um tipo qualificante 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 pertencem a eles, os índios” (BRASIL, 2009, p. 139). A partir disso, o STF entendeu que o marco da tradicionalidade de ocupação é complementar ao marco temporal, sendo que primeiramente há de se verificar a existência de ocupação indígena na terra na data da promulgação da Constituição, para em seguida verificar se há a efetiva relação dos indígenas com a terra.

“A aferição do fato indígena em 05 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena” (BRASIL, 2009, p. 223). Ao propor a adoção da Teoria do Fato Indígena como critério objetivo capaz de caracterizar a terra como tradicionalmente ocupada por haver uma ocupação permanente, o Ministro Menezes Direito acabou também por desconsiderar a incidência do instituto do indigenato, por entender que através deste se estaria legitimando a posse imemorial de terras aos indígenas. No entanto, conforme já abordamos, este instituto se encontra presente na ordem jurídica pátria desde os tempos do Brasil colônia, além de ser o fundamento da posse indígena e do reconhecimento do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam na atual Constituição. Porém, como já é sabido, a tradicionalidade da ocupação é caracterizada na CF/88 de acordo o critério da utilidade da terra para os indígenas⁵², ou seja, conforme os usos, costumes e tradições destes, não havendo relação alguma com critérios temporais.

Todavia, ao nos debruçarmos no estudo da Teoria do Fato Indígena, é possível concluir que quando o STF estabeleceu a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988) como critério temporal para o reconhecimento de ocupação tradicional indígena, está desse modo, desconsiderando os quatro fundamentos constitucionais caracterizadores da tradicionalidade dessa ocupação. Em suma, a Suprema Corte trouxe uma interpretação para a expressão “terras tradicionalmente ocupadas” diversa daquela prevista no artigo 231, §1º da Constituição.

⁵² Conforme já tratado no presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 fez inserir em diversos artigos a expressão “terras tradicionalmente ocupadas”, além disso, também cuidou de definir o seu conceito nos termos do §1º do artigo 231 onde se encontram quatro fundamentos, quais sejam: a) ser habitada pelos índios em caráter permanente; b) utilizadas para suas atividades produtivas; c) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; d) as necessárias a sua reprodução física e cultural.

Para José Afonso da Silva⁵³ esse marco temporal é questionável sob dois aspectos: primeiramente porque fixou a data de 05 de outubro de 1988 de forma arbitrária, e segundo porque lhe atribuiu uma dimensão normativa com aplicação geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas. Quanto a este último, se evidencia quando após o julgamento do caso TI Raposa Serra do Sol o STF de maneira não muito pacífica passou a atribuir força vinculante a este julgado, o que fez com que outras ações possessórias que se encontravam ajuizadas desde então passassem a ser julgadas com base nesse marco temporal e nas 19 condicionantes, tendo inclusive ensejado a edição da portaria n° 303 da AGU em 2012, a qual fixou que as salvaguardas institucionais deveriam ser uniformemente seguidas pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta⁵⁴.

Até que em 2013 foram julgados os embargos de declaração opostos contra a decisão da Pet. 3.388 e, desse julgamento, importa destacar as palavras proferidas em voto pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso no sentido de que a decisão proferida naquele julgamento é desprovida de força vinculante em sentido técnico, e que os fundamentos ali adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar (BRASIL, 2013, p. 2).

Contudo, as decisões da Suprema Corte, conforme adverte Robério Nunes dos Anjos Filho (2011, p. 946), “ainda quando não revestida formalmente de *força vinculante* e de efeitos *erga omnes*, funcionam como *precedentes* de destacada influência jurídica e política”, sendo isto, exatamente o que ocorre com a decisão do caso TI Raposa Serra do Sol.

O entendimento da Suprema Corte expressado por meio do julgamento dos embargos de declaração foi de extrema importância para uma tentativa de coibir a aplicação arbitrária e vinculante da tese do marco temporal e das 19 condicionantes, uma vez que embora a decisão da Pet 3.388 tenha aparentemente sido benéfica para os povos indígenas da TI Raposa Serra do Sol, já que julgou constitucional a demarcação de suas terras, ela se aplica somente àquele caso específico em que se julgou. Quanto à sua aplicação aos demais casos, conforme veremos a seguir, tem se revelado como um retrocesso ao direito territorial indígena, diante dos efeitos e repercussões negativos aos povos indígenas.

⁵³Informações extraídas do parecer jurídico sobre o marco temporal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

⁵⁴ Portaria n° 303, de 16 de julho 2012.

Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima, na forma das condicionantes abaixo [...]

3.1.4 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 29.087/DF e a Terra Indígena Guyraroká

Trata-se do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 29.087/DF julgado em setembro de 2014 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. O *writ* na origem foi impetrado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) por Avelino Antônio Donatti (produtor rural ocupante da área) contra ato pretensamente coator do Ministro da Justiça que por meio da Portaria n° 3.219, de 07 de outubro de 2009, declarou a posse permanente da TI Guyraroká, do povo Guarani-Kaiowá, no Estado do Mato Grosso do Sul, após terem sido feitos estudos de identificação e delimitação da TI pela FUNAI.

O STJ por sua vez, denegou a segurança pleiteada⁵⁵ sob o fundamento de que pretensão deduzida pelo impetrante não encontrava respaldo na documentação carreada aos autos, e por isso se fazia necessária a produção de prova capaz de rebater as informações contidas no laudo antropológico da FUNAI, o que demonstra a inadequação do mandado de segurança para essa finalidade.

Contra o referido acórdão, Avelino interpôs Recurso Ordinário, alegando que o ato tido como coator teria violado seu direito líquido e certo, uma vez que se pretendeu transformar as terras que “lhe pertenciam”, em terras indígenas (BRASIL, 2014, p. 4), requerendo desse modo que fosse declarada a nulidade absoluta do processo administrativo de demarcação da TI Guyraroká. O Relator do processo no STF, o Ministro Ricardo Lewandowski, proferiu seu voto negando provimento ao recurso, porque para ele a decisão do STJ seguiu o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte sobre a matéria.

No entanto, o Ministro Gilmar Mendes abriu divergência contra o voto do Relator, ressaltando que tendo em vista a discussão sobre a liceidade do processo demarcatório, deveria neste caso atentar-se ao fato de se existia ou não prova da posse indígena em 5 de outubro de

⁵⁵Ementa do acórdão do STJ: ‘ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT.

1. A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.

2. Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88, pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.

3. 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. Precedente do STF.

4. Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ.

5. Mandado de segurança denegado (art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009) (fl. 179).’ (BRASIL, 2014, p. 4)

1988 com base na decisão do caso Raposa Serra do Sol, para dessa maneira se evitar “recuos históricos, que acabam por tornar a discussão excessivamente abstrata” (BRASIL, 2014, p. 17). Com isso, pediu vistas ao processo para verificar se os requisitos estabelecidos quanto ao procedimento estavam atendidos e, também, sobre a eventual prova da presença indígena no local em 05/10/1988.

Após sua análise, o Ministro Gilmar Mendes verificou que o relatório elaborado pela FUNAI de identificação e delimitação da TI em questão indicava que houve presença indígena na terra reivindicada até o início da década de 40, e que a permanência dos indígenas nessas terras tornou-se inviável quando os fazendeiros começaram a comprar as terras naquela região, mas que mesmo assim, alguns indígenas permaneceram nas fazendas trabalhando até o início da década de 80, quando as últimas famílias foram embora. Segundo Gilmar Mendes, o STJ entendeu que pelo fato de muitos indígenas terem permanecido trabalhando nas fazendas e mantendo sua cultura nesses locais, seria isso suficiente para legitimar a demarcação que se pretendia. (BRASIL, 2014, p. 23).

Discordando desse entendimento do STJ, o referido Ministro afirmou que o que se entende por terras “tradicionalmente ocupadas” pelos índios já fora pacificado pelo STF, quando se deu a edição da súmula 650 ao dispor que: “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.” Ainda, remeteu aos preceitos seguidos no julgamento da Pet 3.388 que estipulou vários fundamentos e salvaguardas institucionais relacionados à demarcação das terras indígenas, ressaltando que as orientações estipuladas naquele caso seriam direcionadas a todos os processos sobre o mesmo tema, destacando principalmente os marcos do processo demarcatório, quais sejam, o marco temporal e o marco tradicional de ocupação, ambos já tratados anteriormente no presente trabalho.

O Ministro destacou em seu voto que a decisão do STJ chegou até a mencionar a Pet. 3.388, transcrevendo alguns trechos relativos ao marco temporal e tradicional, mas a referida decisão teria interpretado de maneira equivocada a jurisprudência da Suprema Corte. Isto porque “o marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária” (BRASIL, 2014, p. 25) e, no caso dos indígenas Guarani-Kaiowá, há mais de 70 anos não habitariam as terras reivindicadas, ou seja, na data do marco objetivo não estavam lá. Registrou ao final que seria possível analisar em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança se os requisitos do procedimento demarcatório foram corretamente seguidos. Sendo assim, proferiu seu voto no sentido de dar provimento ao recurso concedendo

a segurança para anular o processo administrativo de demarcação da TI Guyroraká, bem como a Portaria nº 3.219/2009 do Ministro da Justiça.

Logo após o voto, houve um intenso debate entre os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que manteve seu voto em negar provimento ao recurso, por entender que a decisão do STJ deveria ser mantida, uma vez que o exame sobre se os índios saíram ou não há muito tempo da terra deveria se dar pelas vias apropriadas, mas não por mandado de segurança.

No entanto, a Ministra Cármen Lúcia, antes de proferir seu voto, também fez pedido de vista dos autos, por reconhecer a gravidade da situação fundiária há muito tempo instaurada no Estado de Mato Grosso do Sul. Após análise ela concluiu que, apesar de o STJ ter reconhecido a inadequação do mandado de segurança, sob o argumento de que o caso demandaria instrução probatória para se comprovar a presença indígena na terra reivindicada, esta seria desnecessária, pois as informações contidas no laudo antropológico da FUNAI que instruiu o processo administrativo de demarcação da terra comprovariam que não havia presença indígena naquelas terras na data da promulgação da Constituição. E nesse sentido, acompanhou a divergência nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Celso de Mello, que na ocasião presidia a 2ª Turma, também acompanhou a divergência manifestada pelos Ministros, dando provimento ao Recurso Ordinário. Destacou, ainda que a Turma, por meio deste julgamento, estaria reafirmando os preceitos estabelecidos pela Suprema Corte no caso da TI Raposa Serra do Sol, principalmente com relação à aplicação do marco temporal. Por fim, por decisão majoritária da Turma, foi dado provimento ao recurso e concedida a segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de demarcação da TI Guyroraká, bem como da Portaria nº 3.219/2009 do Ministro da Justiça.

Cumprir registrar que somente em 2015, após a publicação do acórdão, a comunidade indígena da TI Guyroraká tomou conhecimento dessa decisão do STF que anulou a demarcação de suas terras tradicionalmente ocupadas. Diante disso, mesmo já estando na fase final do processo, a comunidade indígena buscou meios para reverter tal decisão que afetaria frontalmente seus direitos. Nesse sentido, os Guarani-Kaiowá buscaram advogados que pudessem peticionar no bojo da referida ação requerendo a nulidade de todos os atos processuais, uma vez que a comunidade indígena sequer havia tido a oportunidade de integrar a ação, tendo tomado conhecimento da mesma somente após a decisão, e por isso tiveram o seu direito de defesa cerceados⁵⁶.

⁵⁶Informações disponíveis em: <<https://cimi.org.br/2018/09/comunidade-guarani-kaiowa-busca-reverter-no-stf-decisao-que-anulou-demarcacao/>>. Acesso em: 15 set. 2019.

Porém, o recurso interposto pela comunidade indígena fora improvido sob o fundamento de que houve a participação da FUNAI no processo, uma vez que é o órgão federal do Estado brasileiro responsável pela proteção dos povos indígenas e seus bens, o que demonstra total afronta aos direitos reconhecidos aos povos indígenas na CF/88, na medida em que a 2ª Turma do STF tenta reinserir na ordem vigente aspectos e argumentos já superados, a exemplo da ideia de que os povos indígenas ainda são relativamente incapazes e, por isso, precisam ser tutelados.

Por isso, é preciso dizer bem claro que acaso qualquer decisão de Marco Temporal, em especial contra o Guyraroka, vier do Supremo, não teremos outra alternativa a não ser resistir e morrer lutando. Nossa vidas estão na mão de vocês e do Estado brasileiro. (trecho da carta do povo Guarani-Kaiowá enviada aos Ministros do STF em 24/08/2018)⁵⁷

Em abril de 2018 a comunidade indígena Guyraroká ingressou com uma ação rescisória no STF⁵⁸, na busca de reverter a decisão desta Corte que anulou a demarcação de suas terras. A referida ação ainda se encontra em trâmite, tendo sido colocada e retirada por diversas vezes da pauta de julgamento. Enquanto isso, o povo Guarani-Kaiowá segue resistindo e lutando dia após dia pelos direitos que lhes foram ceifados.

3.1.5 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462 – Terra Indígena Limão Verde

Trata-se de ação ajuizada em 2003 por Tales Oscar Castelo Branco, pleiteando a anulação do decreto presidencial que homologou a TI Limão Verde como de posse tradicional do povo Terena, no Estado do Mato Grosso do Sul, naquele mesmo ano. O pleito foi indeferido pelo juízo de primeira instância, o que levou o autor a recorrer da decisão em sede de apelação junto ao TRF da 3ª Região, tendo sua pretensão sido indeferida. Ato contínuo, ele interpôs Recurso Extraordinário, cujo seguimento foi negado na origem. O subsequente agravo de instrumento foi desprovido no STF. Em agosto de 2014, foi interposto Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462, que foi julgado pela 2ª Turma do STF em dezembro de 2014, tendo sido publicado o respectivo acórdão em fevereiro de 2015.

A referida Turma, sob a presidência do Ministro Teori Zavascki, que também foi o Relator do feito, votou por unanimidade pelo provimento ao Agravo Regimental, conhecendo-

⁵⁷ A carta na íntegra se encontra disponível em: <<https://cimi.org.br/2018/09/liderancas-guarani-e-kaiowa-defendem-demarcacao-da-terra-indigena-guyraroka-anulada-pelo-stf/>>. Acesso em: 15 set.2019.

⁵⁸ Ação Rescisória nº 2686. Número Único nº 0069660-65.2018.1.00.0000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5444941>>.

o para dar provimento ao Recurso Extraordinário, ou seja, julgou-se favorável ao pedido de anulação do decreto que reconheceu a TI Limão Verde como área tradicionalmente ocupada pelo povo Terena⁵⁹.

Neste julgado, para fundamentar sua decisão o Ministro Teori Zavascki utilizou-se do marco temporal, tal qual estabelecido pela Suprema Corte no julgamento da Pet. 3.388 para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas, bem como a observância se houve ou não a configuração do renitente esbulho aos indígenas na terra em questão. Fazendo referência ainda ao caso anteriormente julgado por aquela Turma, o qual se referia a TI Guyraroká, já mencionada no presente trabalho.

No entanto, chamamos atenção que neste julgamento o referido Ministro não cuidou apenas de aplicar o renitente esbulho conforme foi cunhado no acórdão da Pet. 3.388 (como uma exceção ao marco temporal de ocupação), mas deu-lhe uma nova interpretação em que para se configurar a situação do renitente esbulho deveria estar presente um desses requisitos, quais sejam: ter ocorrido situação de efetivo conflito possessório que tenha perdurado até a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou que se prove que na referida data havia pelo menos uma controvérsia possessória judicializada (BRASIL, 2014, p. 11).

Essa interpretação do renitente esbulho atribuída pelo Ministro Teori Zavascki, neste caso, se deu pelo fato de que a decisão atacada pelo recurso considerou configurada a situação do esbulho, tendo em vista que existiu ocupação indígena (uso para habitação) naquelas terras até o ano de 1953, mas em meio ao processo de demarcação os indígenas foram expulsos por não-índios do local onde viviam (BRASIL, 2014, p. 9).

No entanto, entendeu o Ministro que mesmo tendo essas terras reivindicadas sido ocupadas pelos indígenas no passado, essa situação não poderia ser considerada como renitente

⁵⁹Ementa do acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.

3. 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.

4. Agravo regimental a que se dá provimento. (BRASIL, 2014, p. 1 e 2) (grifei)

esbulho, uma vez que este não poderia ser confundido com ocupação passada e nem com desocupação forçada, ocorrida no passado (BRASIL, 2014, p. 10). Por isso, em seu voto, levou em conta apenas o fato dos indígenas terem deixado de ocupar fisicamente aquelas terras desde meados dos anos 50, e que por não restar configurada a hipótese do renitente esbulho até a data do marco temporal de ocupação (05/10/1988), deu-se provimento ao recurso, à unanimidade.

Cumpramos ressaltar que a decisão deste caso também possui o potencial de se destacar como um julgado emblemático. Isto porque trata-se do primeiro caso em que os efeitos da decisão culminaram na nulidade de um procedimento administrativo de demarcação de terras já finalizado há mais de 10 anos. Ou seja, é um julgado em que nos foi apresentada uma “desmarcação” de terra indígena, expressão esta que vem sendo utilizada pelo movimento indígena para se referir ao ato de se desfazer a demarcação de terras indígenas, como ocorreu com o caso da TI Limão Verde, o que certamente se tornou uma ameaça aos direitos territoriais indígenas, na medida em que há diversos processos de demarcação de terras em curso, tanto administrativamente quanto *sub judice*.

3.2 A involução interpretativa do Supremo Tribunal Federal sobre o direito territorial indígena

Após passarmos pela abordagem de alguns aspectos relevantes nos casos outrora tratados, cumpre registrar que através dos mesmos podemos analisar qualitativamente os principais argumentos e interpretações cunhados pelo STF na fundamentação de suas decisões sobre o direito territorial indígena. Primeiramente, chamamos atenção para uma questão que, ao que parece, demonstra uma preocupação dos ministros da Suprema Corte em se debruçar e criar interpretações que limitam o alcance dos efeitos da norma constitucional que reconhece direitos territoriais indígenas.

Nesse sentido, voltamos a mencionar que a CF/88 foi a primeira Constituição a inserir em seu texto a expressão “terras tradicionalmente ocupadas” para reconhecer o direito territorial aos povos indígenas, ou seja, diferentemente das Constituições anteriores, o legislador constituinte fez inserir a característica da tradicionalidade dessa ocupação, que se tornou o fator determinante para o gozo de tal direito. Além disso, a concretização do artigo 231 da CF/88, por sua vez, efetiva direitos tanto para os povos indígenas ao ser declarada a posse e o usufruto de determinada terra, como também atribui o direito de propriedade à União sobre as mesmas (art.20, inciso XI).

De acordo com o que foi apresentado anteriormente no tocante à edição da súmula 650 do STF, vimos que o objetivo da mesma foi de limitar o alcance dos dispositivos constitucionais

que enquadram as terras indígenas enquanto bem da União, expressos nos incisos I e XI do art. 20, além de trazer a noção temporal de que tais direitos não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que tenham sido ocupadas por populações indígenas em um passado remoto. Esse entendimento do STF consolidado em uma súmula é constantemente evocado para fundamentar decisões judiciais que dizem respeito a controvérsias possessórias em torno das terras indígenas, sendo que na maioria das vezes é utilizada para afastar tal direito dos mesmos.

Podemos afirmar ainda que a edição da referida súmula também pode ser interpretada como um tentativa da Suprema Corte em barrar toda e qualquer reivindicação por direitos territoriais sobre terras que um dia (ou em um passado muito remoto) foram ocupadas por povos indígenas, o que levaria a um descontrole, a uma alegada insegurança, tendo em vista que todo o território nacional se constituiu sobre terras que antes da chegada do colonizador era ocupada por indígenas. Partindo desse entendimento é que constantemente o STF utiliza como argumento a chamada “síndrome de copacabana”, alegada pela primeira vez pelo Ministro Cordeiro Guerra no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.234, ao interpretar o art. 198, §1º da Constituição Federal de 1969, alegou que:

No meu entender, isso 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**. Diz ainda o caput do 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 ou usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. (grifei)

Portanto, temos que a síndrome de copacabana se apresenta primeiramente como uma espécie de ameaça à propriedade privada, se todas as terras do país fossem entregues às populações indígenas, já que foram seus primeiros habitantes. E esse entendimento se acentua ainda mais após a consolidação da súmula 650, prova disso está no voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RMS 29.087/DF referente às terras do povo Guarani-Kaiowá:

Claro, Copacabana 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. Hoje, um dos maiores municípios, e talvez um dos maiores orçamentos e dos maiores PIBs, é o de Guarulhos. Então se esse argumento pudesse presidir, tivesse valia, certamente nós teríamos que voltar, e isso contraria, inclusive, a Súmula do Supremo sobre os aldeamentos extintos. Esse é um ponto importante. (BRASIL, 2014, p. 32)

Como bem observado por Luiz Henrique Matias da Cunha (2019, p.92), a forma como este argumento da síndrome de copacabana tem sido utilizado só vem a reforçar o velho e sempre presente discurso que considera os povos indígenas como impedimento para o desenvolvimento econômico do país. O que fica nítido ao observarmos o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes no trecho acima destacado, onde o mesmo enfatiza que o reconhecimento dos aldeamentos extintos como terras indígenas acarretaria a desocupação de Copacabana e de boa parte de São Paulo, prejudicando o Produto Interno Bruto (PIB) de Guarulhos, um dos maiores do Brasil.

Diante disso, podemos identificar que a utilização de argumentos fundados na síndrome de copacabana por parte do STF possui o potencial de demonstrar uma involução interpretativa do direito territorial indígena, estando em total desacordo com a legislação que assegura tal direito. Isto porque o raciocínio que fundamenta a referida tese toma como base a ideia de um direito que se sustenta em uma habitação imemorial de terras pelos povos indígenas, em um passado remoto a se perder de vista. Ocorre que da leitura dos dispositivos constitucionais que reconhecem direitos territoriais aos povos indígenas (art.231), logo se vê que não faz sentido a tese da síndrome de copacabana, pois a CF/88 reconhece aos povos indígenas direitos sobre as terras que “tradicionalmente ocupam”, e essa tradicionalidade se apresenta de acordo as características elencadas no §1º do próprio art. 231, que não possui qualquer relação com o critério cronológico, mesmo diante da característica da habitação em caráter permanente a que se refere a norma.

Logo, Copacabana, Jacarepaguá, Guarulhos dentre muitos outros centros urbanos já não guardam mais aspectos caracterizadores de terras tradicionalmente ocupadas por populações indígenas, tendo em vista que lamentavelmente as mesmas já se perderam ao longo dos anos, em razão de processos históricos de contato e colonização que culminaram na extinção de aldeamentos e genocídio de vidas indígenas, o que parece ser óbvio. Mas, no entanto, segue sendo utilizado como um argumento para fundamentar um exagero hermenêutico por parte do Judiciário em interpretar o direito territorial indígena e torná-lo inalcançável aos seus sujeitos.

Com o julgamento pelo STF da Pet. 3.388 referente à TI Raposa Serra do Sol, também ficou demonstrada por diversas vezes a intenção de se trazer interpretações que pudessem servir como limitadoras do alcance do que seriam terras tradicionalmente ocupadas para fins de demarcação aos povos indígenas. Prova disso é a própria declaração do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, quando o mesmo revela em seu voto a intenção de se utilizar um critério objetivo para verificar se há ou não ocupação tradicional. Nesse sentido, defendeu a tese de que a data

da promulgação da própria Constituição Federal de 1988 (05/10/1988) seria esse referencial para se apurar a ocupação indígena em determinada área. Estava aberta, portanto, a porta de entrada para a “tese do marco temporal de ocupação” das terras indígenas, que ainda nas palavras do referido ministro, este critério viria a “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena” (BRASIL, 2009, p. 295).

Com a inserção da ideia de um marco temporal de ocupação, a síndrome de copacabana não é mais tão ameaçadora à propriedade privada e ao desenvolvimento econômico de cidades e estados, na medida em que traria objetividade ao Judiciário em solucionar controvérsias que dizem respeito à terras indígenas, caso seja verificada a ocupação indígena na data da promulgação da Constituição e ainda o elemento da perdurabilidade dessa ocupação, que respectivamente correspondem ao “marco temporal de ocupação” e ao “marco da tradicionalidade de ocupação” (fato indígena), tal qual está detalhado no acórdão da Pet.3.388. Para se somar ao critério do marco temporal trazido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, o Ministro Menezes Direito acrescentou a tese do fato indígena como uma espécie de qualificadora do critério anterior, fazendo com que a junção destes entendimentos enterrasse, de uma vez por todas, a possibilidade de se discutirem direitos territoriais com base em ocupações imemoriais.

A aferição do fato indígena em 05 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena (BRASIL, 2009, p. 223).

Como já mencionado em outro momento, o STF cuidou por meio do julgamento da Pet. 3.388 de consolidar entendimento quanto à questão territorial indígena no país, o que atribui ao caso o seu caráter emblemático, fazendo com que os preceitos ali postos pudessem ser aplicáveis para além daquele caso específico. Apesar de o marco temporal ter sido adotado como um critério objetivo e uma espécie de regra geral, há que se falar no entanto daquilo que pode ser considerada como uma exceção a essa regra, que é o chamado “renitente esbulho”. O Ministro Carlos Ayres Britto cunhou em seu voto a seguinte ressalva:

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”. [...] (BRASIL, 2009, p. 235) (grifei)

Assim como o critério do marco temporal, o renitente esbulho também já esteve presente em outros julgados do STF anteriores ao caso Raposa Serra do Sol, em que os Ministros já haviam entendido de que a privação da posse direta da terra na data de 05/10/1988 em decorrência de atos de violência contra os índios ou seus direitos não descaracterizaria a ocupação tradicional conforme assegurada na Constituição Federal⁶⁰.

Até então a configuração do renitente esbulho era uma realidade que não seria muito difícil de ser comprovada, já que muitos povos indígenas foram forçadamente retirados de seus territórios tradicionais, o que justificaria a ausência de muitos deles de suas terras na data referencial de ocupação. Além disso, tais relatos se encontram presentes na historiografia de povos de norte a sul do país, registrados em livros e outros documentos históricos, bem como constam nos estudos e laudos antropológicos realizados previamente à demarcação. Ocorre que esse entendimento do renitente esbulho apresentado no caso da Raposa Serra do Sol pelo STF foi amplamente modificado e reinterpretado sob novas e prejudiciais perspectivas.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de nº 803.462/MS em 2014, referente à TI Limão Verde, a 2ª Turma do STF cuidou de estabelecer novos contornos ao renitente esbulho. O Relator desse julgado, o Ministro Teori Zavascki, proferiu seu voto quanto a essa questão considerando que “o renitente esbulho, não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado”, mas que para a sua configuração deveria haver situação de efetivo conflito possessório que, mesmo tendo sido iniciado no passado, teria que ter se perdurado até a data da promulgação da Constituição de 1988, ou que pelo menos houvesse uma controvérsia possessória judicializada (BRASIL, 2014, p. 1 e 2).

Observamos que essa interpretação trazida nesse julgado pelo Ministro Teori Zavascki traz uma noção do renitente esbulho junto ao marco temporal de ocupação sob dois aspectos: o primeiro diz respeito à existência de efetivo conflito possessório e o segundo à existência de pelo menos uma controvérsia possessória judicializada. Analisando esses dois conceitos, José Afonso da Silva⁶¹, por meio do parecer por ele elaborado sobre essa questão nos julgados do

⁶⁰ Exemplo de caso anterior ao da Raposa Serra do Sol o qual o STF tratou da questão do renitente esbulho é a Ação Cível Originária nº 323 julgada em outubro de 1993 com a seguinte ementa: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. TÍTULOS DE PROPRIEDADE INCIDENTES SOBRE ÁREA INDÍGENA. NULIDADE. Ação declaratória de 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 Krenak e outros grupos. Procedência do pedido.

⁶¹ Informações extraídas do parecer jurídico sobre o marco temporal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

STF, entende que a conjugação desses dois conceitos é uma evidente subtração dos direitos dos povos indígenas e um favorecimento àqueles que usurpam suas terras.

Nessa senda, o referido constitucionalista aponta em seu parecer o que ele chama de “absurdos anti-índios” nessa interpretação do renitente esbulho. O primeiro abordado por ele é o que se refere à adoção do termo “renitente esbulho” ao invés de “esbulho renitente”, com isso, resta evidente que a pretensão do STF está em dar o destaque na qualificadora, para dessa forma se ignorar os ônus sobre a renitência e conseqüentemente atribuir aos indígenas esbulhados o ônus de provar os fatos.

O segundo absurdo apontado pelo referido autor reside na utilização do conceito de esbulho, que é um instituto do direito civil, sendo aplicado em uma situação regulada pelo direito constitucional, uma vez que o fundamento da posse indígena é o instituto do indigenato e não os mesmos moldes da posse civilista. O terceiro, refere-se à exigência do efetivo conflito possessório que, mesmo tendo iniciado no passado, deveria ter perdurado até a data da promulgação da Constituição de 1988. Pondera o autor que essa exigência na forma como está posta acaba “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 os seus direitos usurpados sejam restabelecidos.”

José Afonso da Silva ainda diz que a exigência de se ter pelo menos uma controvérsia possessória judicializada é uma evidente tentativa de tratar os direitos originários das populações indígenas como se fossem uma posse civil, ou seja, como se estivesse tratando de uma disputa judicial em que as duas partes são tuteladas pelo direito civil, o que é um grande equívoco, pois o direito possessório dos indígenas, conforme já mencionado, se justifica pelo instituto do indigenato, a posse é constitucional.

No caso do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de nº 803.462/MS, o Ministro Teori Zavascki, verificando que as últimas ocupações indígenas nas terras em questão ocorreram em 1953 e que nas décadas seguintes não foi constatada a presença destes e nem situações de disputas possessórias ou judicializadas que pudessem caracterizar o renitente esbulho por parte de não-indígenas, entendeu que, nesse caso, o marco temporal de ocupação indígena não foi cumprido.

Com isso, é possível constatar dois tipos de interpretação dada pelo STF ao renitente esbulho. A primeira interpretação, em tese, poderia ser considerada como uma ressalva ao marco temporal, pois visava assegurar às populações indígenas o direito originário às suas terras, quando restasse comprovado que pelo fato de terem sido esbulhados por não-indígenas, não estavam na ocupação da terra na data da promulgação da Constituição. Esta interpretação

é a que está cunhada na decisão do caso Raposa Serra do Sol e em outros casos anteriores já decididos pela Suprema Corte. Quanto à segunda interpretação, para a configuração do renitente esbulho exige-se dois critérios: o efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal (05/10/1988) ou pelo menos uma controvérsia possessória judicializada.

Embora no presente trabalho não se pretenda adotar uma dessas interpretações do renitente esbulho como a mais adequada como critério determinante para caracterizar a tradicionalidade da terra indígena, não se pode deixar de olvidar que essa segunda interpretação, atribuída pelo Ministro Teori Zavascki, é mais gravosa aos direitos territoriais das populações indígenas. Na medida em que se coloca em questão a existência de efetivo conflito possessório, estar-se-á dessa forma exigindo que se os indígenas não estivessem ocupando fisicamente a terra na data da promulgação da Constituição, deveriam estar em efetiva luta (violência) com os esbulhadores para ter direitos sobre as terras. Com isso, mostra-se que se interpretada literalmente essa exigência do efetivo conflito possessório levará a crer que todos os meios de violência são válidos como legitimadores de direitos.

Por outro lado, exigir que os indígenas tenham pleiteado judicialmente a posse de suas terras é uma forma de desconsiderar a situação dos povos indígenas do Brasil antes da Constituição de 1988. Conforme abordamos no primeiro capítulo, somente com o advento da Constituição de 1988 que foi garantido aos povos indígenas o direito de serem cidadãos indígenas. Antes de 1988 os povos indígenas eram considerados pelo sistema jurídico como povos em transição e por isso eram tutelados até que fossem integrados à comunhão nacional. Os artigos inseridos na atual Constituição de fato inauguraram uma nova situação jurídica das populações indígenas. Além de sua autodeterminação enquanto povos, reconheceu-lhes também o direito de serem partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (art.232). Mesmo que não se verifique a existência de efetivo conflito, e nem de controvérsia possessória judicializada, isso não pode ser considerado como um parâmetro para deslegitimar as formas de luta e resistências indígenas por seus direitos, que em verdade já duram mais de cinco séculos. Além disso, a Suprema Corte deveria considerar que “direitos constitucionais não se perdem por fatos alheios à vontade de seus titulares” (DUPRAT, 2018, p. 49).

Como podemos verificar, ao utilizar argumentos como o marco temporal e o renitente esbulho o Judiciário tende a justificar suas decisões com base na segurança jurídica de cunho mais abrangente em detrimento dos direitos específicos dos povos indígenas, como é o caso do direito territorial, que é um direito coletivo destinado a um grupo específico. Com isso temos

que, ao criar critérios como os citados acima, o STF busca demonstrar que a população não indígena como um todo teria mais segurança jurídica em relação à sua propriedade privada, já que os povos indígenas só teriam direitos sobre as terras que estivessem ocupando na data da promulgação da Constituição de 1988 e ainda se restasse configurada a perdurabilidade dessa ocupação. Em outros termos, essa situação nos aproxima daquilo que Dworkin define como argumento de política, no sentido de que há juízes que justificam suas decisões com base nos objetivos: “os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido” (DWORKIN, 2000, p.9).

Porém, há também o chamado argumento de princípio que, segundo Dworkin, se baseia no direito, seja ele individual ou coletivo. Nessa toada, importa ressaltar esta distinção dos argumentos que compõem a teoria da decisão judicial tratada por Dworkin, uma vez que nessa dicotomia entre argumentos de política e argumentos de princípio o intérprete da norma (nesse caso o juiz) deveria primar pelos argumentos de princípio, pois estes carregam em si os “conteúdos morais dos direitos fundamentais”, em detrimento dos argumentos de política que são utilizados em muitos casos para a “realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 24).

Nesse sentido, Chueiri e Sampaio (2012, p.192) nos alertam que diante dos casos tidos como difíceis, o juiz pode e deve recriar o direito, porém esse ativismo judicial encontra limites, na medida em que deve se embasar em um argumento de princípio, para assegurar que sua decisão seja a mais coerente possível com todo o sistema jurídico onde deve ser aplicado o princípio. E esta compreensão nos remete à ideia da integridade do direito levantada por Dworkin, que é bem explicada nas palavras de Carvalho Netto e Scotti:

A integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal. Desse segundo sentido decorre a metáfora do romance em cadeia. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 28)

Para ilustrar a integridade do direito nas decisões judiciais Dworkin compara a atividade interpretativa do direito com a literatura, sendo assim, utiliza-se da metáfora do romance em cadeia. Isso faz com que cada juiz tenha a missão de visitar construções interpretativas do passado (embora a estas não se prenda), com o intuito de aprimorar e projetar para o futuro sua contribuição atual.

Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (DWORKIN, 2000, p. 238) (grifei)

Através dessa metáfora do romance em cadeia “Dworkin mostra que não se pode escrever um romance sem esquecer do caminho trilhado no passado, mas se não se perceber os seus objetivos futuros ele poderá tomar outros rumos não desejados” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p.194). Ao inserirmos a questão territorial indígena como pano de fundo desse romance, podemos perceber que os autores (ministros do STF), embora remetam ao passado e aos precedentes sobre essa matéria, têm empreendido construções e reconstruções interpretativas de modo a prejudicar a integridade do direito, uma vez que a Suprema Corte tende a desconsiderar que cada caso é único e irrepetível e, por isso, não comporta que todas as suas decisões envolvendo conflitos possessórios sobre terras indígenas tenham que ser fundamentadas sob os argumentos do marco temporal, renitente esbulho e as 19 condicionantes, tal qual foram cunhadas no julgamento da Pet.3.388, por exemplo.

Em suma, consideramos que essa postura adotada pelo STF referente à questão territorial indígena ao longo dos anos tem comprometido a integridade desse direito reconhecido aos povos indígenas. Por isso, optamos por tratar aqui daquilo que chamamos de involução interpretativa do direito territorial indígena, na medida em que os argumentos utilizados pela Suprema Corte para fundamentar suas decisões estão à serviço de retrocessos à efetivação dos direitos originários das populações indígenas. Além disso, os citados casos da TI Guýraroká e TI Limão Verde, julgados pela 2ª Turma do STF em 2014, não são isolados e sem relevância, pelo contrário, revelam a situação alarmante a qual a questão territorial indígena passou a estar submetida, pois a decisão dos referidos julgados não somente impactou a vida e os direitos territoriais dos povos indígenas envolvidos mas também trouxe temor e insegurança jurídica para todos os povos indígenas do Brasil, pois passaram a conviver com um grande questionamento: é possível desfazer a demarcação de uma terra indígena? O STF já demonstrou que sim, lançando mão de interpretações constitucionais equivocadas, utilizando e reinterpretando precedentes, em nome de uma alegada segurança jurídica que tem se mostrado

seletiva e tendente a prestigiar o lado mais forte e dominante das disputas envolvendo direitos territoriais nesse país.

3.3 Construção e reconstrução do direito territorial indígena e seus impactos na Identidade Constitucional

Como visto até aqui, podemos considerar que o impacto e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o direito territorial indígena se tornam inevitáveis, tanto para as partes envolvidas em determinada lide, como também para além dela. Pois mesmo que estejamos diante de decisões tecnicamente não vinculantes, há muitas delas que se tornam precedentes de forte influência jurídica e, sobretudo, política. Para darmos seguimento com nossa discussão sobre esse assunto, é necessário tentar mensurar o tamanho desse impacto, não somente em relação aos direitos indígenas, mas principalmente como isso também afeta os princípios que regem um Estado Democrático de Direito e conseqüentemente a sua identidade constitucional. Para tanto, primeiramente vamos tomar como base os ensinamentos de Michel Rosenfeld (2003) acerca do instrumental reconstrutivo do discurso constitucional e de que forma podemos relacionar isso com a temática dos direitos territoriais indígenas.

Em sua obra “A identidade do sujeito constitucional” (*The identity of the constitutional subject*), primeiramente cuidou Rosenfeld de tratar sobre aquilo que ele denomina de natureza evasiva do sujeito e da identidade constitucional. Nesse sentido, ele afirma que a identidade do sujeito constitucional deve ser considerada como um hiato, um vazio, e essa ausência e incompletude justifica a sua necessidade de estar em constante construção e reconstrução, sem, no entanto, torná-la definitiva ou completa (ROSENFELD, 2003, p. 26). Dessa forma, estamos diante da evidente complexidade que há na identidade constitucional, pois se por um lado ela deve ser construída em oposição às outras identidades (pré-constitucionais) - tais como: étnicas, religiosas, culturais e nacionais - por outro lado a identidade constitucional não pode simplesmente dispor dessas outras identidades, na medida em que se torna necessária a incorporação e adoção de alguns dos elementos dessas identidades relevantes. Por isso, a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial, mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre o que assimila e o que rejeita dessas identidades em questão. Em suma, tem-se que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto, e, por isso, está aberta à contextualização, sendo que sua construção e reconstrução se dá por meio do discurso constitucional.

Esse discurso constitucional, por sua vez, se constrói a partir de um texto. No entanto, como bem assevera Rosenfeld, este texto escrito é incompleto e sujeito a diversas interpretações plausíveis (ROSENFELD, 2003, p.18). Além disso, não podemos perder de vista que todo texto depende de um contexto, e que este também se sujeita a transformações ao longo do tempo, o que implica na necessidade de o sujeito constitucional recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar sua identidade (ROSENFELD, 2003, p.40).

Baseado na teoria psicanalítica do sujeito de Freud e Lacan e na teoria filosófica do sujeito de Hegel é que Rosenfeld apresenta aquilo que ele denomina de instrumental reconstrutivo do discurso constitucional, que abrange a negação, a metáfora e a metonímia (ROSENFELD, 2003, p.50). Em termos gerais, tem-se que a negação consiste na formação da identidade constitucional baseando-se na renúncia, rejeição, repúdio, repressão e exclusão do sujeito pré-constitucional, ou seja, nega as identidades tradicionais (culturais, históricas, étnicas, religiosas); a metáfora exerce o papel de destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, para unir vínculos de identidades na formação da identidade constitucional; já a metonímia estabelece a necessidade da contextualização e continuidade da identidade do sujeito constitucional diante das identidades pré-constitucionais, onde, de maneira oposta à metáfora, aqui as diferenças e dessemelhanças são definidoras do sujeito constitucional. É por meio da interação entre a negação, a metáfora e a metonímia que, segundo Rosenfeld, o discurso constitucional adquire um sentido determinado que instrumentaliza e molda a identidade do sujeito constitucional.

Diante disso, para uma melhor compreensão desse instrumental reconstrutivo, pretendemos destacar aqui de que forma ele se operacionaliza no discurso constitucional em torno dos direitos indígenas para a reconstrução da identidade constitucional desses povos. Conforme já fora abordado neste trabalho, a transição do Brasil de uma ditadura civil-militar para um Estado Democrático de Direito teve como ápice a promulgação de uma Constituição tida como “cidadã”, assentada sobre princípios e direitos universais, que exigiu rupturas com diversas identidades pré-constitucionais. As discussões em torno da questão indígena durante a constituinte até se chegar à positivação de direitos na Constituição de 1988, especialmente no que se refere à política integracionista, já apontava a necessidade de ruptura com essa identidade que marcava a relação do Estado para com os povos indígenas. Ao inserir no art. 231 da Constituição Federal de 1988 o reconhecimento aos índios de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, é possível perceber a negação e exclusão de uma identidade pré-revolucionária que outrora baseava-se em uma política integracionista, inaugurando uma nova ordem constitucional que reconhecem aos povos indígenas o direito de serem e permanecerem

como realmente são. Nesse sentido, como bem assevera Guilherme Scotti (2011, p. 85), o texto constitucional estabeleceu uma contra-tradição, que passa a requerer o abandono do assimilacionismo indígena “se coloca inicialmente carente de definição de seu conteúdo, em um processo em que os elementos tradicionais pré-constitucionais buscam reentrar no discurso constitucional, tendo contudo que enfrentar o teste de compatibilidade com a nova ordem”.

Na medida em que eram submetidos à política integracionista, não se pode olvidar que os povos indígenas também eram restringidos no gozo da cidadania, uma vez que a tendência era integrá-los à comunhão nacional por meio do processo de aculturação. Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito se baseia na proteção da dignidade da pessoa humana, e que o direito à igualdade é um dos principais meios para assegurar a efetividade de uma vida digna, podemos compreender que a Constituição de 1988 trouxe aos povos indígenas o reconhecimento de direitos não mais condicionados a sua integração à sociedade, mas sim como sujeitos de plenos direitos como qualquer outro cidadão. Nesse sentido, por meio da metáfora têm se reproduzido discursos constitucionais onde são incutidos elementos de semelhança entre os povos indígenas e a sociedade em geral, o que deve ser realizado com cautela. Pois, embora o direito à igualdade tenha a característica da universalidade, há a necessidade de se observar e levar em conta as especificidades culturais, e os distintos modos de vida e visão de mundo dos povos indígenas, os quais merecem respeito.

Rosenfeld (2003, p. 73) alerta que “exatamente porque a igualdade requer mais a proporcionalidade do que a simples similaridade de tratamento, é necessário contextualizar e levar determinadas diferenças em conta”. Por isso que a metonímia é importante para a definição da identidade do sujeito constitucional, uma vez que se forem levadas em conta apenas as semelhanças, o discurso constitucional irá produzir uma identidade alheia ao pluralismo, o que não se coaduna com o atual constitucionalismo pátrio. No tocante aos povos indígenas, o instrumento da metonímia exige esse olhar mais atento à diversidade étnica para que se construa discursos constitucionais mais plurais e que, neste caso, consigam contemplar e respeitar ao máximo as especificidades dos mais de 300 povos⁶² indígenas existentes no Brasil.

Mesmo que se compreenda a importância da interação dos instrumentais reconstrutivos (negação, metáfora e metonímia), é imperioso destacar que “dependendo das circunstâncias, a metonímia, do mesmo modo que a metáfora, pode ser empregada tanto para promover a ampliação quanto a restrição dos direitos constitucionais” (ROSENFELD, 2003, p.71). Essa

⁶² Segundo dados do censo realizado em 2010 pelo IBGE, constatou-se que no Brasil existem 305 diferentes povos indígenas e ainda o registro de 274 línguas indígenas. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>> Acesso em: 18 out. 2019.

tensão ressaltada por Rosenfeld pode ser vista nitidamente nos discursos e interpretações constitucionais acerca do direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas, que encontra previsão no art.231 da Constituição. Isto porque, conforme já exposto, a natureza aberta da identidade do sujeito constitucional requer sua constante reconstrução, e nesse contexto, após a Constituição de 1988 inserir um novo regime jurídico sobre as terras indígenas, exigiu-se uma reconstrução em que esses novos elementos envolvidos possam formular um quadro harmônico, inteligível e persuasivo para sua efetivação.

Em que pese determinados casos requeiram do Poder Judiciário uma construção criativa do direito, na medida em que a identidade constitucional é aberta, a decisão e o discurso constitucional podem de certa forma reproduzir algum impacto à identidade constitucional, onde sua justificação pode se dá por meio da reconstrução (ROSENFELD, 2003, p. 46). Nos citados casos emblemáticos que trouxemos neste trabalho⁶³ verificamos que, por diversas vezes, houve por parte da Suprema Corte a intenção de envolver uma espécie de construção criativa do que venha a ser “terra indígena” e “ocupação tradicional”, que com o passar dos anos e com o crescente número de demandas judiciais dessa natureza que foram chegando, fez com que o STF lançasse mão de discursos que passaram a ser aprimorados e reconstruídos, não apenas numa perspectiva de ampliação, mas que conseqüentemente também tomou rumos de restrição do direito constitucional dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas.

Mais uma vez nos remetemos aqui ao acórdão da ação popular envolvendo o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que se tornou o mais importante precedente no que se refere a questão territorial indígena no país. Embora seja desprovida de força vinculante no sentido técnico⁶⁴, inegavelmente ganhou seu lugar de destaque, ocupando nos últimos 10 anos o papel de ser o precedente de maior influência jurídica e política sobre a matéria territorial. Isto porque inseriu novos elementos interpretativos acerca do direito territorial indígena - tais como a tese do marco temporal fundada na teoria do fato indígena e as 19 salvaguardas institucionais - que passaram a ser utilizadas na fundamentação de diversas decisões judiciais que versam sobre conflito possessório em torno das terras indígenas. Tais elementos também foram incorporados e se tornaram matéria de discussão e repercussão na esfera dos Poderes Legislativo e Executivo, daí porque afirmamos ser este precedente dotado de influência política.

⁶³ Ver item “3.1” deste trabalho : Decisões emblemáticas sobre a questão territorial indígena no Supremo Tribunal Federal após 1988

⁶⁴ Em 2013 foram julgados os embargos de declaração opostos contra a decisão da Pet. 3.388, e desse julgamento, importa destacar as palavras proferidas em voto pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso, no sentido de que a decisão proferida naquele julgamento é **desprovida de força vinculante em sentido técnico**, e que os fundamentos ali adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar (BRASIL, 2014, p. 2).

Analisando mais de perto essa questão, no âmbito do Poder Legislativo podemos citar como exemplo a Proposta de Emenda à Constituição nº 215 (PEC 215), que se encontra em tramitação desde o ano 2.000, tendo como objetivo principal a alteração do texto constitucional quanto à competência para demarcação das terras indígenas, para que a mesma passasse a ser de competência exclusiva do Congresso Nacional quanto à sua aprovação, bem como que os critérios e procedimentos de demarcação pudessem ser regulamentados por lei e não mais via decreto como acontece. Uma das justificativas dessa proposta apresentada pelo Deputado Almir Sá, do Partido Progressista Brasileiro do estado de Roraima, é que a demarcação das terras indígenas tal qual como ela é feita, ocorre de maneira unilateral, sem critérios definidos em lei.

No caso da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, verifica-se que implementada a atribuição pela União Federal no caso, por meio do Poder Executivo - sem nenhuma consulta ou consideração aos interesses e situações concretas dos estados-membros, tem criado insuperáveis obstáculos aos entes da Federação. No fim e ao cabo, a demarcação das terras indígenas consubstancia-se em verdadeira intervenção em território estadual, com a diferença fundamental de que, neste caso e ao contrário da intervenção prevista no inciso IV do art. 49, nenhum mecanismo há para controlá-la, ou seja, a falta de critérios estabelecidos em lei torna a demarcação unilateral. (PEC 215)⁶⁵

A PEC 215 é uma das principais ameaças legislativas aos direitos dos povos indígenas, na medida em que reflete os antigos e atuais anseios por parte de parlamentares que representam os interesses de parcela da população que possuem intenções contrárias à demarcação das terras indígenas. Prova disso são as 11 propostas de emendas à Constituição que se encontram apensadas à PEC 215⁶⁶. Embora cada uma tenha suas peculiaridades, no geral todas elas cooperam para um objetivo em comum, qual seja: criar limitações à demarcação das terras indígenas.

Alvo de diversas mobilizações por parte do movimento indígena, as discussões sobre a PEC 215 tomaram proporções para além do protagonismo indígena, ganhando apoiadores que conjuntamente manifestaram seus posicionamentos contrários à referida proposta apontando a sua inconstitucionalidade, tendo inclusive ensejado em alguns momentos a suspensão e o arquivamento da PEC. Porém, a depender do cenário e da tensão política ela é trazida de volta ao centro do debate para dar seguimento à sua tramitação. Atualmente a PEC 215 encontra-se

⁶⁵ Proposta de Emenda à Constituição nº 215. Diário da Câmara dos Deputados, Abril de 2000, Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19ABR2000.pdf#page=69>>. Acesso em: 03 out. 2019

⁶⁶ Propostas apensadas à PEC 215: PEC 579/2002; PEC 257/2004; PEC 275/2004; PEC 319/2004; PEC 156/2003; PEC 37/2007; PEC 117/2007; PEC 411/2009; PEC 415/2009; PEC 161/2007; PEC 291/2008.

pronta para apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados, conforme informações obtidas no sítio eletrônico de acompanhamento desta casa⁶⁷.

Tendo em vista que a alteração de um texto constitucional configura-se como algo que requer a observância de um rito mais criterioso, rigoroso e às vezes demorado, em paralelo ao conturbado percurso da PEC 215 há em tramitação no Congresso Nacional projetos de leis (PL) que tratam de matéria similar aos objetivos da PEC 215, porém o alvo é a modificação da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) no que diz respeito à matéria territorial, como por exemplo o PL nº 490⁶⁸. O objetivo principal desse projeto de lei é modificar a redação do Estatuto do Índio ao dispor que as terras indígenas serão demarcadas por lei, por entenderem que se faz necessário essa competência estar a cargo do Poder Legislativo pois somente os legítimos representantes do povo brasileiro é que poderiam decidir sobre o destino de significativa parcela do território nacional. Ou seja, a intenção e a justificativa aqui seguem o mesmo sentido proposto pela PEC 215, no entanto, os trâmites para a aprovação de um projeto de lei são um caminho mais “fácil” quando comparado à alteração de um texto constitucional. O PL 490 encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) aguardando parecer do relator, o Deputado Arthur Oliveira Maia (DEM-BA). Além disso, este PL possui outros 11 projetos⁶⁹ apensados, dentre os quais podemos encontrar alguns com manifesta pretensão de alterar a Lei 6.001/1973 para que sejam estabelecidas condicionantes a serem observadas na demarcação das terras indígenas, tais quais as previstas no acórdão da decisão do caso da TI Raposa Serra do Sol (Pet.3.388).

Os povos indígenas através de suas representações locais, regionais e nacional têm realizado diversas ações e estratégias para coibir a aprovação dessas medidas legislativas contrárias a seus direitos, que incluem diálogos e visitas aos gabinetes de deputados e senadores. Nestas oportunidades as lideranças indígenas entregam documentos e cartas em nome de suas organizações com o intuito de sensibilizar e conscientizar os parlamentares sobre os possíveis riscos que poderão causar aos direitos e às vidas de diversos povos. Outra importante estratégia do movimento indígena é a de se fazer presente nos espaços e datas em que tais medidas serão alvo de discussão e votação no Congresso Nacional, na tentativa de pressionar os parlamentares

⁶⁷ Sobre a tramitação da PEC 215/2000. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 03 out.2019.

⁶⁸ Projeto de Lei nº 490/2007. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311&ord=1>> Acesso em: 03 out.2019.

⁶⁹ Projetos de leis apensados ao PL nº 490/2007: PL 1218/2007; PL 1606/2015; PL 2302/2007; PL 2311/2007; PL 3896/2012; PL 1003/2015; PL 5993/2009; PL 2479/2011; PL 6818/2013; PL 1218/2015; PL 1216/2015

a não levarem adiante suas intenções anti-indígenas. No entanto, um dos maiores temores dos povos indígenas atualmente é a possibilidade da positivação dos critérios do marco temporal de ocupação e das 19 condicionantes cunhadas na decisão da Pet.3.388, seja por meio de projeto de lei ou proposta de emenda à constituição, algo temível e quase que inevitável, pois sempre haverá deputados e senadores empenhados para tanto.

Não bastassem as ameaças legislativas, os povos indígenas também passaram a enfrentar as concretas ações intentadas pelo Poder Executivo que vão de encontro não apenas aos direitos dos povos indígenas, como também aos seus próprios interesses, tendo em vista que as terras indígenas integram o patrimônio da União, e é seu dever constitucional demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens. Nesse sentido, para exemplificarmos como os efeitos políticos das interpretações adotadas na decisão do caso da TI Raposa Serra Sol estão refletidas no Poder Executivo, basta que observemos a edição da Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012 da Advocacia Geral da União, a qual em seu texto expressava o objetivo de fixar a interpretação das 19 salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observasse o decidido pelo STF no julgamento da Pet. 3.388. Isso impactaria tanto as terras indígenas com demarcação em curso como as que já estavam com o procedimento finalizado, na medida em que os artigos 2º e 3º da Portaria 303 previam a revisão da demarcação dessas terras, caso estivessem em desacordo com as condicionantes indicadas (o que em verdade ocasionaria a revisão da quase totalidade, se não de todos os procedimentos demarcatórios).

Porém, convém observar que na época da edição da Portaria 303 da AGU, em que pese o seu texto se fundamentar no que foi “decidido” pela Suprema Corte no caso da TI Raposa Serra do Sol, ressaltamos que neste contexto ainda não havia de fato uma decisão definitiva por parte do STF sobre este caso, uma vez que se encontrava pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão em questão. Portanto, as 19 salvaguardas ainda não estavam cobertas pela coisa julgada, e por isso não seria viável a sua adoção seja pelo Poder Judiciário ou muito menos por outro poder, como se fosse uma decisão definitiva e autoaplicável em todos os casos envolvendo demarcação de terras indígenas.

O fato é que a edição da referida portaria ensejou diversas mobilizações por parte do movimento indígena e seus apoiadores em todo o país, que reivindicaram pela revogação da mesma, tendo em vista a insegurança jurídica, social e política que os efeitos da aplicação dessa medida poderia causar aos povos indígenas. No entanto, diante da pressão e da repercussão negativa, a Portaria 303 foi apenas suspensa por meio da Portaria 415 de 17 de setembro de 2012, até que o STF julgasse definitivamente o alcance das 19 salvaguardas do caso Raposa

Serra do Sol, fixando esse termo inicial para o dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet. 3.388.

Em outubro de 2013 foram julgados os embargos declaratórios da Pet.3.388 e desse julgamento importa destacar as palavras proferidas em voto pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso, no sentido de que a decisão proferida naquele julgamento é desprovida de força vinculante em sentido técnico e que os fundamentos ali adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar (BRASIL, 2013, p. 2). Tendo em vista que o acórdão dessa decisão foi publicado em 04 de fevereiro de 2014, desse modo a Portaria 303 da AGU estaria novamente em vigor a partir do dia 05 de fevereiro, uma vez que sua suspensão estava condicionada a este termo. Então, em 07 de fevereiro de 2014, a AGU por meio da Portaria nº 27 determinou à Consultoria-Geral da União e à Secretaria-Geral de Contencioso a análise da adequação do conteúdo da Portaria AGU n. 303/2012 aos termos da decisão final proferida pelo STF. O que para os povos indígenas se tornou incompreensível e controverso, pois o fato da Portaria 303 estar em vigência por si só já é inadequado e incompatível com o teor da decisão da Suprema Corte.

Além de toda a problemática e temor dos povos indígenas quanto aos efeitos da aplicação da Portaria 303, em 19 de julho de 2017 a AGU publicou o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, que, foi aprovado pelo Presidente da República, Michel Temer. O teor deste parecer trata de matéria semelhante ao texto da Portaria 303, porém a aplicação e os efeitos do mesmo se tornaram ainda mais ameaçadores aos direitos territoriais indígenas. Isto porque o parecer, além de manter o objetivo de conferir efeitos vinculantes às chamadas “salvaguardas institucionais” do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388), tal qual já previa a Portaria 303, tornou obrigatório o seu cumprimento à “toda” Administração Pública Federal, direta e indireta, em todos os processos de demarcação. Diferentemente da portaria editada em 2012 que previa essa aplicação uniforme a ser seguida tão somente pelos órgãos “jurídicos” da Administração Pública Federal, nesse novo contexto, a FUNAI que é o órgão indigenista da administração pública Federal, responsável pela execução do procedimento demarcatório de terras indígenas, estaria a partir de então condicionada à observar o teor deste parecer.

Diante disso, mais uma vez o movimento indígena intensificou sua atuação manifestando contrariedade ao parecer, bem como recorreu aos órgãos competentes para denunciarem a frontal e direta violação dos seus direitos. O Ministério Público Federal, por sua vez, emitiu a Nota Técnica nº 02/2018-6CCR⁷⁰ em que analisou e apontou a antijuridicidade do

⁷⁰ Nota Técnica nº 02/2018 -6CCR. Disponível em:<<http://www.mpf.mp.br/pgj/documentos/NotaParecerAGU1.2017.pdf>> Acesso em: 12 out.2019.

Parecer 001/2017 da AGU, uma vez que o mesmo viola tanto a legislação nacional como a internacional que resguarda o direito dos povos indígenas. Além disso, o MPF rechaça a fundamentação principal do parecer⁷¹, na medida em que o mesmo se baseia em uma suposta consolidação e estabilização normativa por parte da Suprema Corte das salvaguardas institucionais e dos demais parâmetros fixados pelo Tribunal para a demarcação de terras indígenas no país, como por exemplo, a tese do marco temporal de ocupação. Sobre esse ponto, o MPF concluiu que:

Não obstante, a leitura atenta do parecer permite deduzir que não há “diversos julgamentos” e tampouco entendimento consolidado. Na verdade, **toda a fundamentação do parecer se ampara em três casos supervenientes à PET. 3.388 do STF (RMS nº 29087/DF, RMS 29.542/DF.ARE nº 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;**
 - 2) de órgão fracionário (2ª turma);**
 - 3) decididos por votação majoritária;**
 - 4) baseados em peculiaridades próprias do caso concreto;**
- (grifos do original)

Durante o Acampamento Terra Livre, em abril de 2018, diversas lideranças indígenas se dirigiram à sede da Advocacia Geral da União em Brasília, onde protestaram contra o “parecer do genocídio” ou “parecer antidemarcação”, como é chamado o Parecer 001/2017 pelos povos indígenas. Nesta ocasião, após horas de insistência e negociações um grupo de líderes indígenas e alguns assessores jurídicos foram recebidos pela então Ministra Grace Mendonça, onde os mesmos reivindicaram a revogação do referido parecer. Em resposta, a ministra afirmou que não tinha autonomia para revogar o mesmo, e que para tanto, necessitaria do aval político do governo. Além do mais, a ministra argumentou por diversas vezes que o intuito do parecer era o de servir como uma diretriz para que a política de demarcação pudesse avançar⁷². O que de fato não ocorreu, muito pelo contrário, o efeito principal e imediato da aplicação do Parecer 001/2017 foi a suspensão e a revisão em massa de inúmeros procedimentos demarcatórios. O que reverberou em um quadro de total insegurança jurídica, social e cultural

⁷¹ O item nº 8 do Parecer 001/2017 da AGU, intitulado como “A consolidação da decisão da PET 3.388 na jurisprudência do STF” dispõe que: [...] Antes de concluir, é importante deixar esclarecido e enfatizado que a decisão na PET n. 3.388/RR, complementada pelo acórdão dos embargos de declaração, tem sido reafirmada em diversos outros julgamentos no próprio Supremo Tribunal Federal, tornando indubitável a consolidação e estabilização normativa das salvaguardas institucionais e dos demais parâmetros fixados pelo Tribunal para a demarcação de terras indígenas no país. Está comprovado, portanto, que não se trata de um caso isolado, mas de um entendimento jurisprudencial solidificado, que de fato pode fornecer as balizas gerais para a atuação dos órgãos da Administração Pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm>. Acesso em: 12 out.2019.

⁷² Informações disponíveis em: <<https://cimi.org.br/2018/04/ministra-da-agu-reconhece-que-nao-tem-autonomia-para-revogar-parecer-do-genocidio/>>. Acesso em: 12 out.2019.

para as populações indígenas, pois o Poder Executivo dessa forma utiliza-se desse instrumento para eximir-se do seu dever constitucional de demarcar terras, restringindo tal direito dos povos indígenas, conforme bem explicitado nas palavras de Sônia Guajajara⁷³:

Ao mesmo tempo, acatamos o artigo 20, que estabelece que nossas terras são bens inalienáveis da União: nós não podemos vendê-las ou doá-las. Ou seja, estabelecemos um pacto de confiança com a sociedade brasileira. E temos feito a nossa parte, pois nossos territórios são os mais preservados do país. Mas a União tem deixado muito a desejar em se tratando de cumprir a parte que lhe cabe.

Diante de tudo o que já foi abordado até aqui, não restam dúvidas que a decisão judicial da Pet.3388 trouxe um significativo impacto para a identidade constitucional referente à questão indígena no país. Assim como o caso *Roe v. Wade*, que Rosenfeld trouxe em sua obra a título de exemplificação, que trata da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1973, em que pela primeira vez se reconheceu o direito constitucional ao aborto, o que certamente impactou a identidade constitucional norte-americana (ROSENFELD, 2003, p.45). Tanto o caso *Roe* (EUA) como o caso *Raposa Serra do Sol* (BRASIL), envolveram uma espécie de construção criativa judicial, na medida em que a identidade constitucional é aberta e está em constante reconstrução. Ocorre que toda decisão constitucional significativa, que de certa forma produz algum impacto na identidade constitucional, requer sua justificação que se dá por meio da reconstrução (ROSENFELD, 2003, p. 46).

Através da reconstrução se torna possível a tomada de posição a favor ou contra determinada decisão constitucional, bem como abre-se a possibilidade de novas interpretações da ordem vigente, na busca de harmonizar todos os elementos envolvidos nessas tensões interpretativas, sem perder de vista o respeito aos limites do constitucionalismo, quais sejam: o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito – *rule of law* – e a proteção dos direitos fundamentais. Quando a reconstrução se submete a esses limites, de fato estar-se-á buscando atribuir legitimidade ao texto constitucional.

A identidade aberta do sujeito constitucional em um Estado Democrático de Direito, com base no pluralismo, dá margem para que no hiato dessa identidade possam surgir novas interpretações da ordem constitucional, inclusive se esta identidade constitucional tiver sido abalada por interpretações e decisões que não se coadunam com os limites do constitucionalismo. Por isso que a identidade constitucional não pode ser completa, necessitando sempre da contextualização do texto constitucional para melhor construir e

⁷³ Entrevista disponível em: <<http://midianinja.org/soniaguajajara/democracia-pela-mae-terra/>> Acesso em: 14 out.2019.

reconstruir uma identidade que se adeque à realidade de uma sociedade plural. Tendo em vista que o agente do discurso não se personifica a si mesmo como o sujeito da identidade constitucional, uma vez que este se forma pela soma dos sujeitos parciais, sendo eles: o constituinte, os intérpretes constitucionais, os cidadãos e todos que se encontram sujeitos ao texto da Constituição. Daí se torna possível que também se extraiam interpretações do texto constitucional a partir da luta de diversos grupos sociais, inclusive por aqueles que foram historicamente excluídos e que atualmente exercem um efetivo protagonismo para a reconstrução dessa identidade constitucional, a exemplo dos povos indígenas.

As populações indígenas têm buscado uma voz ativa em meio aos discursos constitucionais e embates interpretativos acerca de seus direitos, principalmente aqueles que afetam diretamente os seus direitos territoriais, culturais e a sua própria sobrevivência. Observa-se que desde a promulgação da atual Constituição os direitos indígenas nunca foram tão ameaçados, restringidos e violados, como tem acontecido nos últimos anos. Isso provocou uma ação mais intensa por parte do movimento indígena no sentido de lutar pela manutenção de seus direitos, onde os mesmos buscam uma constante reconstrução da identidade constitucional, ao combater e rechaçar construções ilegítimas e violadoras de seus direitos, tais como a tese do marco temporal que se faz presente em diversos discursos, não só no âmbito do Poder Judiciário, como também nos demais Poderes.

Além disso, o fato de o movimento indígena atualmente encontrar-se fortalecido em suas bases (local e regional) fez com que a organização a nível nacional, representada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), ganhasse força e legitimidade nesse processo de reconstrução, em que buscam inserir novas possibilidades interpretativas para construções legítimas e mais coerentes com as especificidades dos povos indígenas e com a identidade constitucional da Constituição de 1988. Ações como o Acampamento Terra Livre (ATL), marchas e protestos em Brasília, reuniões e tentativas de diálogo com representantes do governo, parlamentares e com Ministros do STF, campanhas na internet - como a que foi lançada no ano de 2017 com o lema: “Marco temporal não! Nossa história não começa em 1988” – demonstram algumas das estratégias de lutas das quais o movimento indígena tem lançado mão para combater retrocessos em seus direitos. Além do acompanhamento de diversas ações judiciais e ainda a participação como *amicus curiae* em alguns processos de repercussão geral envolvendo direitos indígenas.

Embora a identidade do sujeito constitucional seja aberta e vazia, a sua busca por completude não pode servir como justificativa para que se construam discursos e interpretações do texto constitucional de modo a restringir o gozo de direitos conquistados por meio da luta e

efetivo protagonismo daqueles que foram historicamente invisibilizados ou excluídos de ordens constitucionais anteriores, mas que ganharam voz ativa no processo de construção do atual Estado Democrático de Direito, e que ainda lutam para se fazerem ouvidos no processo de reconstrução diária dessa identidade instituída na Constituição Federal de 1988.

Imperioso destacar que o projeto de um novo constitucionalismo iniciado na Constituição Federal de 1988 encontra-se inacabado, enfrentando diariamente os desafios para construir e reconstruir sua identidade. Nesse processo de construção e reconstrução é preciso levar em conta os sujeitos parciais dessa identidade, tendo em vista que esta não se personifica e é incompleta. No entanto, essa incompletude da identidade do sujeito constitucional enseja um duplo desafio, na medida que é encorajador e preocupante ao mesmo tempo. Rosenfeld (2003, p.109) define que em razão de sua busca por um maior aprimoramento e aperfeiçoamento, esse desafio se torna encorajador. E é também preocupante, pois os esforços para aperfeiçoar uma identidade constitucional carente de completude, podem resultar em um retrocesso ou em um obstáculo ao invés de um aprimoramento, e isso tem sido evidentemente refletido no tocante à questão territorial indígena.

Assim como no primeiro capítulo deste trabalho, ressaltamos novamente aqui a relevância do protagonismo do movimento indígena, não somente quanto à positivação de direitos na Constituição de 1988, mas também como integrante desse sujeito parcial que contribui para o aprimoramento e ainda para combater os retrocessos dessa identidade constitucional constantemente abalada. Por isso, mesmo diante dos inúmeros desafios, o papel ativo dos povos indígenas na tentativa de reconstruir a identidade constitucional é de suma importância, pois coloca sob a análise dos limites do constitucionalismo os discursos e as interpretações constitucionais com relação a seus direitos, na busca incessante por sua efetivação, não só no presente mas também numa perspectiva de futuro, mesmo que esses discursos, em sua maioria, sejam construídos por aqueles sujeitos parciais a quem compete (ao menos formalmente) a guarda da Constituição.

3.4 Repensando o papel do Supremo Tribunal Federal em tempos de retrocessos aos direitos territoriais indígenas

Nos tópicos anteriores, embora tenhamos centrado na discussão sobre as implicações da atuação do principal órgão do Judiciário brasileiro sobre a temática territorial indígena, é de bom alvitre ressaltarmos que os três Poderes que compõem o Estado Democrático de Direito possuem, cada um, sua parcela de responsabilidade no contexto vivenciado pelos povos

indígenas após 1988, que tem sido prejudicial à efetivação da política indigenista no Brasil, decorrente de interpretações equivocadas e restritivas de direitos e de questões políticas que orientam tanto as ações como as omissões desses Poderes.

Nesse sentido, e diante de toda a problemática existente, cumpre também refletirmos sobre as possíveis formas de reverter esse quadro. Se por um lado temos uma Suprema Corte atuante e que exerce em diversos casos uma função criativa do direito, que tem se desdobrado em múltiplos e amplos efeitos, por outro, estamos diante de um cenário em que se requer mais do que nunca o exercício da sua função primordial, que é a guarda da Constituição⁷⁴. Ou seja, muito embora o STF tenha contribuído nos últimos anos para a tensão e crise da efetivação dos direitos dos povos indígenas, a exemplo da involução interpretativa sobre o direito territorial, não podemos olvidar que hoje se faz necessária a sua atuação como um escudo apto e legítimo para a proteção desses direitos e sujeitos, principalmente frente aos outros Poderes. Com isso, chegamos ao entendimento de que os povos indígenas necessitam da chamada atuação contramajoritária do STF.

Esse papel contramajoritário da Suprema Corte é decorrente da sua principal missão enquanto jurisdição constitucional, à qual incumbe velar pela supremacia da Constituição e zelar pelo respeito aos direitos individuais e coletivos de todos os cidadãos, onde se incluem grupos minoritários que conquistaram direitos através da construção desse documento constitucional, como é o caso dos povos indígenas. As características dessa postura contramajoritária do STF são bem definidas nas palavras do Ministro Celso de Mello, na decisão do RE 477.554/MG⁷⁵ que tratou sobre o reconhecimento constitucional de união estável homoafetiva:

⁷⁴ A Constituição Federal de 1988 no caput do art. 102 dispõe que: “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...)”.

⁷⁵ EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO

Cabe registrar, finalmente, **que os precedentes** a que me referi **no início** desta decisão (**ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF**) **refletem**, com absoluta fidelidade, **a função contramajoritária** que, ao Supremo Tribunal Federal, **incumbe desempenhar** no âmbito do Estado democrático de direito, **em ordem a conferir** efetiva proteção às minorias.

Trata-se, na realidade, **de tema** que, **intimamente associado** ao debate constitucional **suscitado** nesta causa, **concerne** ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer **no plano** da jurisdição das liberdades: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra** eventuais excessos **da maioria** **ou**, ainda, **contra** omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. (BRASIL, 2011, p.14) (grifos do original)

Com base no que foi definido pelo referido ministro, podemos destacar que a questão em torno dos direitos territoriais indígenas estariam propensas a ensejar por parte da Suprema Corte essa proteção, uma vez que tais direitos estão expostos a uma atuação excessiva por parte do Poder Legislativo (a exemplo da PEC 215 e PL 490), e ainda à omissão do Poder Executivo em cumprir seu dever de demarcar as terras indígenas, que segue se agravando na medida em que cria arranjos legais e políticos para furtar-se de sua responsabilidade, como a edição da Portaria 303/2012, do Parecer 001/2017 da AGU e da Medida Provisória 870.

Essa necessidade de uma atuação contramajoritária em muitos casos coincide com uma postura mais ativista por parte do STF, ponto este que divide opiniões e que é alvo de críticas, uma vez que o chamado ativismo judicial tende a ser por vezes perigoso, por colocar em risco princípios que são caros à Democracia como, por exemplo, o princípio da separação dos poderes. Porém, o ativismo judicial possui uma dupla face (negativa e positiva), a depender da postura e técnica adotadas para as decisões e resultados. “Desde uma leitura mais progressista ou conservadora, o ativismo é legítimo, caso se concorde com o resultado; ou, quando se discorda, o ativismo é ruim, por operar um método inadequado” (CERQUEIRA NETO, 2016, p.70). No entanto, independente dessas discussões, não podemos nos apartar da ideia de que tanto o papel contramajoritário como o papel ativista dessa jurisdição constitucional são limitados, sendo necessário um ponto de equilíbrio, embora não seja de fácil definição, porém a finalidade e a justificação da atividade interpretativa não podem ultrapassar os limites definidos na própria Constituição.

Ao analisarmos a postura adotada pelo STF nos últimos anos é possível nos depararmos com situações em que a Suprema Corte foi ativista em alguns casos em que se discutiam direitos

territoriais indígenas. Isto porque o ativismo judicial não possui uma definição única, é um termo impreciso, que se configura de acordo com um determinado comportamento adotado pelo juiz ou tribunal na escolha da sua técnica de decisão ao caso concreto. Conforme nos orienta Cerqueira Neto (2016, p. 69), o ativismo judicial pode significar muitas coisas, entre as quais: a) a invalidação da leitura constitucional de outros poderes; b) pouca vinculação aos precedentes; c) inovação legislativa em decisões judiciais; d) uso de hermenêutica criativa; ou e) julgamento orientado a determinado fim.

Mesmo que este seja um rol exemplificativo apresentado pelo referido autor, podemos observar que alguns desses comportamentos se fizeram presentes em julgados do STF sobre a questão territorial indígena. Como, por exemplo, quando o STF adotou a tese do marco temporal de ocupação sob o fundamento de que a Constituição trabalha com “uma data certa”, a data da sua própria promulgação como critério objetivo a ser observado para verificar a tradicionalidade da ocupação de uma terra indígena. Se considerarmos o comportamento da “inovação legislativa em decisões judiciais” como uma postura de ativismo, temos que no julgamento da Pet. 3.388 a Suprema Corte foi de fato ativista, pois no texto constitucional não há qualquer referência a essa suposta “data certa” a ser observada pelos povos indígenas para o gozo de seus direitos territoriais. Tem-se, portanto, uma inovação legislativa por parte do Poder Judiciário, uma vez que se de fato houvesse qualquer data a ser observada com a finalidade de servir como critério objetivo do qual fala o STF, ela deveria já estar ou vir a ser inserida no texto constitucional pelo poder legitimado para tanto, ou seja, o Poder Legislativo.

Vale destacar ainda a característica do “uso da hermenêutica criativa”, que pode justificar o ativismo judicial considerando que a atividade do Judiciário não deve se resumir a ser um mero reproduzidor da letra da lei criada pelo Poder Legislativo. Dessa forma, lhe é permitido exercer um processo criativo do direito, que não deve ser feito de forma arbitrária ou que ultrapasse os limites da interpretação constitucional, na medida em que seja incompatível com seus princípios. Mas, essa postura de lançar mão de uma hermenêutica criativa também pode ensejar a negação ou restrição de direitos, principalmente direitos fundamentais de grupos tidos como vulneráveis, como tem ocorrido com os povos indígenas, depois que o STF passou a utilizar a tese do marco temporal de ocupação e do renitente esbulho como critérios a serem observados em ações que versam sobre o direito territorial indígena.

Um dos principais argumentos utilizados para rechaçar o ativismo judicial é aquele que se embasa no entendimento de que isso implica na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Para Eliel da Silva Ramos (2010, p.129) o ativismo judicial é negativo, pois consiste na atuação do Poder Judiciário para além dos limites

impostos pela Constituição, ora resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse), ora solucionando controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). O fato é que em dado momento aparecem circunstâncias que ensejam do judiciário tanto uma postura ativista como contramajoritária. Quanto a esta última, os argumentos contrários são no sentido de que em razão dos ministros da Suprema Corte não serem legitimamente representantes do povo, não lhes caberia ultrapassar os limites de outro poder para interferir nas atividades e decisões daqueles que representam os interesses da maioria da população. Porém, muitas vezes os planos políticos adotados pelo Poder Legislativo, em que pese perseguir e representar os anseios de uma parcela majoritária da população, tendem a ser contrários e prejudiciais aos direitos fundamentais das minorias, seja por uma atitude proativa ou omissiva. É diante de situações como essa que o papel contramajoritário do STF se faz necessário, com a finalidade de preservar os direitos dessas minorias frente à atuação contrária, restritiva e ofensiva de direitos exercida pelos outros poderes.

Com relação aos direitos territoriais indígenas, temos como exemplo o já citado caso da PEC 215, cujo objetivo reflete a intenção do parlamento em atribuir para si a competência da demarcação de terras indígena por entender que, dessa forma, evitariam os conflitos de interesses com os Estados-membros em torno da demarcação, uma vez que o procedimento demarcatório passaria a estar definido em lei. O movimento indígena, por meio de suas intensas mobilizações contrárias ao conteúdo da referida PEC, conseguiu o apoio de alguns parlamentares que se somaram à causa em oposição à proposta prejudicial aos seus direitos. Como ação concreta desse apoio, um grupo de deputados intitulado como “Frente Parlamentar de Defesa dos Povos Indígenas” impetrou em agosto de 2013, junto ao STF, um mandado de segurança com pedido liminar (MS 32.262/DF) contra atos dos Presidentes da Câmara dos Deputados e da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela casa, após terem aprovado a admissibilidade da PEC 215 e de determinarem a criação de Comissão Especial para tratar do assunto.

Os deputados impetrantes do MS nº 32.262/DF alegam que a tramitação da PEC 215 coloca em risco e promove um vedado retrocesso aos direitos dos povos indígenas previstos especialmente no art. 231 da CF/88. Sustentam ainda que o objetivo da referida PEC é o de atender à finalidade econômica dos Estados-membros e de particulares que possuem interesses de exploração das terras indígenas. Nesse sentido, os impetrantes requereram liminarmente a suspensão da tramitação da PEC 215 e de todas as demais propostas a ela apensadas, e no mérito, que fosse concedida a segurança para vedar a criação da Comissão Especial e para excluir da deliberação da Câmara dos Deputados a referida PEC e seus apensos.

Sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o pedido liminar fora indeferido por entender que no presente caso não havia *periculum in mora*, pois o processo legislativo se encontrava em etapa inicial e, portanto, inexistia perigo na demora ou risco de ineficácia de eventual decisão futura, a ponto de justificar uma intervenção imediata do Poder Judiciário (BRASIL, 2013, p.10). Apesar disso, importa ressaltar que o referido Ministro reconheceu a “plausibilidade do direito alegado”, destacando o seguinte:

Não é descabida a alegação de que a proteção constitucional aos direitos dos índios poderia, em linha de princípio, ficar fragilizada pela atribuição de competência ao Poder Legislativo para autorizar a demarcação das terras por eles tradicionalmente ocupadas. Afirma-se isso por duas razões. Em primeiro lugar, e novamente em linha de princípio, condicionar o reconhecimento de um direito fundamental à deliberação político-majoritária parece contrariar a sua própria razão de ser. Com efeito, tais direitos são incluídos na Constituição justamente para que as maiorias de ocasião não tenham poder de disposição sobre eles. Para utilizar o termo que se tornou clássico, os direitos fundamentais são “trunfos” contra a maioria, contra a prevalência incondicionada das metas coletivas sobre as posições subjetivas dotadas de proteção especial. O ponto é particularmente relevante quando a tutela se volta a grupos minoritários e/ou historicamente marginalizados, os quais, como regra, não dispõem de meios para participar em condições adequadas do debate político. É esse o caso dos índios, no Brasil e em diversas outras partes do mundo. (BRASIL, 2013, p. 9) (grifei)

Podemos notar que embora a liminar não tenha sido deferida para suspender a tramitação da PEC 215, os argumentos acima destacados pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos levam a crer em uma possível postura contramajoritária da Suprema Corte na decisão do presente caso. Em que pese se encontrar em trâmite há quase 7 anos, os povos indígenas seguem na esperança de uma decisão favorável, em que as pretensões do Congresso Nacional possam ser frustradas, por colocarem em risco direitos fundamentais. Reforçando esse entendimento, em 2018 fora juntada ao processo o parecer da Procuradoria Geral da República - PGR, que além de se manifestar pela concessão da segurança, trouxe as seguintes observações:

No caso concreto, não se trata de mera transferência de competência material do Poder Executivo para o Congresso Nacional e muito menos de uma tentativa de “ampliar os debates” em torno da questão. Trata-se de uma tentativa de substituir uma decisão técnica do Chefe do Poder Executivo, desprovida de conteúdo político e pautada em critério objetivo, que reconhece o direito originário dos índios às terras tradicionalmente ocupadas, por uma decisão política do Congresso Nacional, caracterizada pela discricionariedade, que subordinaria a fruição do direito dos indígenas aos interesses da maioria legislativa por ocasião da demarcação. (2018, p.8)

Ainda que a atuação contramajoritária do STF opere com maior frequência diante do Poder Legislativo, não obstante é possível que ela também ocorra frente ao Poder Executivo, na medida em que este vier a cometer alguma ação ou omissão que seja prejudicial aos direitos

fundamentais de grupos vulneráveis. Ao nos debruçarmos novamente sobre a edição da Medida Provisória nº 870, em 2019, pelo atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, podemos vislumbrar uma nítida situação em que os impactos dessa MP nos direitos territoriais dos povos indígenas ensejaram posteriormente o ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6062) em que coube à Suprema Corte dirimir a situação conflituosa que se instalou.

Conforme já tratamos em outro momento, em seu primeiro dia de mandato, o presidente Jair Bolsonaro editou a MP nº 870, em que cuidou de estabelecer a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Tal medida culminou na mudança da FUNAI do Ministério da Justiça para o Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos, além da transferência da competência de demarcação das terras indígenas para o Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento (MAPA). Diante da iminente ameaça à concretização dos direitos territoriais indígenas consagrados na Constituição, uma vez que a retirada da principal competência da FUNAI para um Ministério comandado por pessoas que possuem interesses políticos contrários à demarcação das terras, se compara à “ raposa cuidando do galinheiro”⁷⁶. O movimento indígena ingressou com uma representação junto à PGR, solicitando a instauração de ação judicial para suspender os dispositivos da MP 870 que contrariavam os direitos constitucionais dos povos indígenas, e ainda o art. 6º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, que dispõe sobre o dever dos Estados de consultar os povos indígenas cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, o que certamente não foi realizado pelo Poder Executivo ao editar a referida medida provisória.

Somando-se à luta do movimento indígena, o Partido Socialista Brasileiro - PSB, em 31 de janeiro de 2019, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6062) no STF, em que alegou que a MP nº 870 e o Decreto nº 9.667/2019 que a regulamentava, violam: o direito à terra titularizado pelos povos indígenas (CF, art. 231); o direito de tais povos a uma administração pública estruturada de forma compatível com a efetividade das normas constitucionais que os tutelam; seu direito a ser previamente consultado, quanto a qualquer medida legislativa ou administrativa que potencialmente interfira sobre seus interesses

⁷⁶ Expressão adotada pelo movimento indígena e por seus apoiadores, para descrever a situação de perigo e risco aos direitos territoriais indígenas, que a partir de então passaram a estar submetidos ao Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento - MAPA, sob o comando da Ministra Tereza Cristina (DEM/MS) que quando deputada, estava dentre os parlamentares que compõem a bancada ruralista, defendendo os direitos e interesses do agronegócio e contrários à demarcação das terras indígenas.

(Convenção 169 da OIT, art. 6º); bem como os princípios da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade, uma vez que a medida é inadequada.

Primeiramente por meio de decisão monocrática⁷⁷, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que no presente caso, no plano abstrato, não haveria inconstitucionalidade evidente e nem perigo na demora, uma vez que a MP 870 ainda se encontrava submetida à deliberação do Congresso Nacional, que tanto poderia alterá-la quanto rejeitá-la. Considerou ainda que se no mundo real os efeitos dessa medida viessem a ocasionar violação à Constituição, como por exemplo, a omissão em executar a demarcação de terras indígenas conforme prevê o art.231, aí sim justificar-se-ia a intervenção da Suprema Corte (BRASIL, 2019).

Posteriormente, seguindo o rito estabelecido no art.62 da CF/88, a MP 870 teve que passar pela apreciação do Congresso Nacional (Câmara e Senado) para se converter definitivamente em lei ordinária. Nessa ocasião, os parlamentares rejeitaram os dispositivos da MP 870 referentes à mudança de competência de demarcação das terras indígenas (Projeto de Lei de Conversão nº 10/2019), a qual, segundo o Congresso Nacional, permaneceria com a FUNAI. Após a conversão da medida provisória em lei (Lei nº 13.844/2019) e diante da derrota que havia sofrido pelo parlamento, o Presidente da República então editou nova medida provisória (MP nº 886), contrariando a decisão do Congresso Nacional, ao reinserir na nova MP a mesma matéria que outrora havia sido rejeitada. Sobre essa questão, o Presidente Jair Bolsonaro fez a seguinte declaração:

O Legislativo não pode fazer o que fez. A iniciativa de mudar [MP] é privativa nossa. A questão de reserva indígena, quem decide na ponta da linha, sou eu. Sou eu quem assina o decreto demarcatório e eu não vou assinar nenhuma nova reserva indígena no Brasil. (Jair Bolsonaro. Folha de São Paulo, 21 de junho de 2019)⁷⁸

Diante desses novos acontecimentos, no dia seguinte à publicação da MP 886, alguns partidos políticos, tais como a Rede Sustentabilidade, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6172, ADI 6173, ADI 6174 respectivamente), levando essa questão para apreciação da Suprema Corte. O Partido Socialista Brasileiro, por sua vez, fez o aditamento da petição inicial da ADI 6062 que já se encontrava em trâmite. O principal argumento das referidas ADIs consistia na evidente ofensa ao dispositivo constitucional que “veda a reedição, na mesma sessão legislativa,

⁷⁷ Decisão disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339988308&ext=.pdf>>. Acesso em 01 nov.2019.

⁷⁸ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/legislativo-nao-pode-fazer-o-que-fez-diz-bolsonaro-sobre-mudanca-em-mp.shtml>>. Acesso em: 01 nov.2019.

de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo” (art. 62, §10º CF/88). Além da postura antidemocrática do Presidente da República, ao desrespeitar as instituições e o direito fundamental dos povos indígenas às suas terras demarcadas.

Nesta feita, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao analisar as novas circunstâncias, concedeu a medida cautelar suspendendo liminarmente os efeitos da MP 886 no tocante ao dispositivo que tratava da mudança da competência da demarcação das terras indígenas da FUNAI para o MAPA. Em seguida submeteu a decisão ao plenário do STF, que por unanimidade referendou a medida cautelar concedida pelo relator. Nesse caso, os ministros da Suprema Corte entenderam que de fato houve violação ao texto constitucional, além de fundamentarem a decisão com base no recente precedente da ministra Rosa Weber em que se firmou a tese de que “é inconstitucional MP ou lei decorrente de medida provisória cujo conteúdo normativo caracterize a reedição na mesma sessão legislativa de medida provisória anterior rejeitada” (ADIs 5.709, 5.716 e 5.717). “Com a concessão da medida cautelar, subsiste o tratamento normativo anterior, com a vinculação da FUNAI ao Ministério da Justiça” (BRASIL, 2019).

O julgamento da ADI 6062 nos serve como pano de fundo para refletirmos sobre o papel do STF enquanto jurisdição constitucional diante das tensões e conflitos políticos que giram em torno do direito territorial indígena. Isto porque, apesar da referida decisão dos ministros ter sido embasada em uma inequívoca inconstitucionalidade formal da MP 886 ao art. 62, §10º da CF/88, e ainda em argumentos que ressaltam o equilíbrio institucional entre os poderes, como a teoria dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*)⁷⁹, é possível vislumbramos nesse caso, também, uma atuação contramajoritária do STF para a proteção dos direitos dos povos indígenas contra as ações e escolhas políticas intentadas pelo chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, o Ministro Barroso deixa evidente esse caráter contramajoritário, ao dizer que há matérias em que vigoram as escolhas políticas dos agentes eleitos (parlamentares e Presidente da República) e há matérias em que prevalece a Constituição. “E, onde a Constituição é inequívoca, a competência é vinculada, e não se trata de se fazerem escolhas políticas” (BRASIL, 2019, p. 3). Aqui o referido ministro se refere ao direito territorial indígena que

⁷⁹ Ao proferir seu voto no presente caso, o Ministro Celso de Mello afirmou que: [...] Eventuais dificuldades de ordem política – exceto quando verdadeiramente presentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material – não podem justificar a utilização de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, além de apropriar-se ilegitimamente da mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, converter-se em instância hegemônica de poder no âmbito da comunidade estatal, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “*checks and balances*”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. (BRASIL, 2019, p. 63)

consta garantido no art. 231 da CF/88, e por ser um mandamento constitucional este deve prevalecer sobre as intenções daqueles que representam os interesses majoritários e contrários à efetivação desse direito.

Reforçando esse entendimento, o Ministro Edson Fachin afirma que os direitos dos povos indígenas, tais como o reconhecimento e a demarcação de suas terras e o reconhecimento de suas línguas e tradições culturais, são matérias que possuem proteção constitucional, e estão na estrutura do Estado constitucional brasileiro, “e não na conjuntura momentânea da gestão pública” (BRASIL, 2019, p. 2).

Importa destacarmos ainda a fala da Ministra Cármen Lúcia, que além de entender pela inconstitucionalidade da MP 886, ressaltou também o quadro de instabilidade e insegurança jurídica ocasionada pela alteração ministerial da pauta da demarcação das terras indígenas pelo Poder Executivo.

Como é sabença geral e de ampla divulgação nacional e internacional, nesse último sábado, dia 27, tivemos um gravíssimo problema no Amapá, com índios em terras demarcadas sendo afrontadas. E, na sequência da tarde de sábado, a grande dificuldade era saber quem seria o órgão responsável e onde estaria enquadrado este órgão responsável para tratar da matéria. [...]

E foi um dia extremamente difícil em que se chegou até a morte do cacique líder da aldeia. (BRASIL, 2019, p. 44) (grifei)

Como bem ponderado pela referida Ministra, o julgamento deste caso não trata apenas de decidir sobre a competência de um órgão dentro da estrutura administrativa, mas de atribuir segurança jurídica à sociedade brasileira em saber quem responde por cada coisa. “Digo isso porque, como cidadã brasileira, fui chamada umas duas vezes, e ficou extremamente difícil saber a quem acionar e como é que dava notícia”, afirmou a ministra (BRASIL, 2019, p.44).

Por fim, para firmamos aqui qual a postura e o papel que esperamos da Suprema Corte diante da conjuntura que os povos indígenas têm vivenciado, destacamos as palavras do Ministro Decano Celso de Mello, cunhada no julgamento da ADI 6062:

Torna-se de vital importância reconhecer, por tal razão, que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição por expressa e soberana delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, **pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.** (BRASIL, 2019, p.66) (grifei)

Com isso entendemos que o STF, ao prezar por continuar a desempenhar o seu principal papel que é o de guardião da Constituição, estará preservando assim a integridade do direito e seus princípios. O que certamente irá requerer da Suprema Corte, cada vez mais, a sua atuação contramajoritária, para que de fato possa fazer valer e proteger os direitos fundamentais e a dignidade humana de grupos historicamente invisibilizados e subalternizados que mesmo, tendo alcançado o reconhecimento de direitos positivados num documento constitucional como a Constituição de 1988, ainda assim enfrentam dia após dia as ameaças e ataques hegemônicos daqueles que sempre tiveram privilégios nesse país. Espera-se ainda uma jurisdição constitucional que, sobretudo, se autoavalie, repense e reconstrua seus discursos, sopesando os efeitos e ecos que poderão vir a ser reproduzidos na vida prática dos demais sujeitos parciais que compõem a identidade constitucional, atuando mais como órgão mediador dos conflitos e tensões políticas entre os poderes, instituições e os indivíduos, e menos como o principal órgão que provoca instabilidade no Estado Democrático de Direito mas que, principalmente, o fortaleça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo após completarmos 31 anos da promulgação da Constituição Federal, podemos considerar que as mudanças jurídicas e políticas iniciadas em 1988 ainda continuam sendo aperfeiçoadas. Os desafios de escrever um texto constitucional são inúmeros, tendo em vista que o mesmo não deve somente corresponder às problemáticas e anseios do seu contexto revolucionário mas, sobretudo, prever direitos que assegurem uma base consistente e duradoura do novo regime instituído, ou seja, do Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, ao carregar o título de ser uma Constituição “Cidadã”, nos revela a um só tempo tanto o caráter participativo de uma diversidade de povos e grupos que outrora eram invisíveis e excluídos do processo de construção e participação política, como também demonstra a abertura constitucional para inserir direitos específicos de forma a atender às necessidades históricas desses povos, e ainda inseri-los como sujeitos não só destes, mas de todos os direitos dispostos na Constituição. Prova disso é o histórico de luta e resistência dos povos indígenas que, como vimos ao longo deste trabalho, envolveu estratégias de articulação e de alianças (seja entre os próprios povos indígenas, seja entre os indígenas e seus apoiadores não indígenas), para que de fato pudessem levar à constituinte propostas a serem inseridas como direitos no novo texto constitucional, garantindo-lhes, no mínimo, um futuro melhor e mais digno do que os quase 500 anos que se passaram.

Pensar e refletir sobre a temática dos direitos dos povos indígenas atualmente é admitir que um largo passo foi dado no final da década de 1980 com a positivação destes direitos, mas sem olvidar que ainda é necessário trilhar um longo caminho e superar os obstáculos para se chegar à concretização dos mesmos. Foi com esse propósito que por meio desta dissertação buscamos trazer esse panorama geral sobre os processos de conquista, efetivação e manutenção desses direitos conferidos às populações indígenas, de forma que pudéssemos destacar os principais entraves à implementação da política indigenista, especialmente no que se refere à demarcação das terras indígenas, que consiste em uma das pautas centrais a ser enfrentada.

Não obstante a demarcação das terras indígenas ser um dever constitucional, em que é atribuída à União a competência para tal feito, o que vimos é que este dever tem sido negligenciado. Embora tenhamos apresentado aqui neste trabalho um comparativo sobre a quantidade de demarcações de terras realizadas ao longo dos mandatos presidenciais (de Fernando Collor a Michel Temer), a oscilação desse número de demarcações nos revela que a questão territorial indígena não é encarada pelo Poder Executivo como um imperativo constitucional, mas como uma pauta que cada vez mais fica submetida à discricionariedade dos

agentes políticos, o que tem sido evidenciado no atual governo, em que o chefe do Executivo declara publicamente que em seu mandato não haverá demarcações de terras. Ocorre que o não cumprimento desse dever coloca os povos indígenas diante da incerteza de seus direitos e os expõe a uma condição de vulnerabilidade às pressões e opressões advindas de várias partes.

Ao optarmos nesta dissertação por problematizar a questão territorial indígena a partir do fenômeno da judicialização de controvérsias possessórias, verificamos que na proporção em que essa temática adentrou no campo da disputa judicial o quadro de morosidade dos processos demarcatórios passou a se agravar pois, já não bastasse a omissão do Poder Executivo, somou-se a isso os interesses de terceiros contrários à demarcação das terras indígenas, que passaram a ganhar vez nessa arena de disputa que se transformou o Poder Judiciário. Em muitos casos os povos indígenas e suas comunidades já entram perdendo, ou sequer entram nela, mesmo que sejam seus direitos e interesses que estejam em jogo.

No presente trabalho nos propomos a verificar como tem se dado a atuação do Poder Judiciário frente a essas demandas, especialmente o Supremo Tribunal Federal que passou a ser constantemente acionado para dirimir os conflitos possessórios e dar a última palavra no que se refere à constitucionalidade ou não de determinado procedimento administrativo demarcatório. Para tanto, ao nos debruçarmos sobre algumas decisões proferidas pela Suprema Corte no decorrer dos últimos anos, nos deparamos com julgados que de alguma forma passaram a ocupar o status de emblemáticos e paradigmáticos pois, em muitos deles, o STF precisou adentrar em questões que se tornaram cruciais para a fundamentação de suas decisões e resolução das lides, mas que posteriormente tomaram proporções vinculantes e persuasivas para além dos casos específicos que as originaram.

Como a maioria dessas ações são ajuizadas por indivíduos não indígenas que reclamam direito possessório sobre terras as quais são ou foram objeto de demarcação por serem de ocupação tradicional indígena, constatamos que há por parte do Judiciário uma forte inclinação em lançar mão de decisões que privilegiam a posse civil, a propriedade privada e a finalidade econômica da terra, acobertadas pelo manto de uma alegada “segurança jurídica” de caráter mais abrangente. Em detrimento do direito territorial indígena, caracterizado pelo traço da tradicionalidade da ocupação, da propriedade vinculada à União, mas com a posse e o usufruto exclusivo dos povos indígenas, com a destinação de garantir-lhes uma vida digna não somente no presente, como também para o futuro de suas gerações. Ou seja, tais direitos encontram-se totalmente desprotegidos, apesar de serem um direito fundamental que requer uma segurança jurídica específica, principalmente por parte do STF que deveria atuar como garante desses direitos e guardião da Constituição.

Com isso, situações e decisões contrárias aos direitos dos povos indígenas se tornaram constantes, na medida em que os argumentos utilizados pelo STF em determinados casos foram sendo aprimorados e reinterpretados para serem utilizados em outros casos, sendo que a partir de então a Suprema Corte, ao invés de ser a solução, passou a ser parte do problema no tocante à questão territorial indígena no país. Prova disso foi a decisão da 2ª Turma do STF em 2014, ao invalidar a demarcação da TI Limão Verde que, conforme afirmamos outrora, trata-se de um alarmante caso em que houve a “desmarcação” de uma terra indígena. Chamamos atenção que, em verdade, tal decisão não implicou tão somente em desfazer um ato administrativo como qualquer outro passível de nulidade, mas trata-se de uma decisão que retirou o gozo do direito fundamental de um determinado povo indígena para privilegiar os supostos direitos de um particular que certamente adquiriu títulos dominiais com base no esbulho e retirada forçada dos verdadeiros donos da terra. O principal argumento que norteou a referida decisão baseou-se na informação do laudo antropológico que registrou que, em um certo período, o povo indígena se ausentou do seu território, sem considerar que esta ausência decorreu do esbulho praticado por não indígenas contra os indígenas.

Apesar de a decisão do caso da TI Limão Verde não ter sido proferida pelo pleno da Suprema Corte, mas sim por uma Turma, este não deixa de ser um precedente com potencial de colocar em risco os direitos territoriais indígenas. O Ministro Teori Zavascki, relator do processo, para proferir sua decisão, cuidou de definir se neste caso houve ou não renitente esbulho intentado contra o povo indígena em questão. Ocorre que a resposta se encontrava evidente e explícita no laudo antropológico que ensejou a demarcação da terra como de ocupação tradicional do povo Terena, no sentido de que realmente o povo indígena foi esbulhado. Porém, ousou o referido ministro reinterpretar o entendimento do renitente esbulho, o qual já vinha sendo utilizado por aquela Corte a partir do caso da TI Raposa Serra do Sol. Ao fazer isto, o Ministro Teori Zavascki inseriu dois critérios, segundo os quais só restaria configurado o esbulho sofrido pelo povo indígena se os mesmos comprovassem a ocorrência de situação de efetivo conflito possessório, que teria que se perdurar até a data do marco temporal (05/10/1988), ou que pelo menos houvesse uma controvérsia possessória judicializada.

Diante desse caso e de tudo o que já discutimos no decorrer deste trabalho, nos convém afirmar que uma das questões centrais sobre a qual deveria se debruçar o Ministro Teori Zavascki e os demais ministros daquela Corte, seria: é possível desfazer a demarcação de uma terra indígena? Quais as implicações disso? Foram justamente estes os questionamentos que passaram a pairar sobre os povos indígenas de todo país a partir de então. Sob o ponto de vista

constitucional entendemos que não é possível desfazer (desmarcar) uma terra indígena que já foi declarada como tal e que possui seu procedimento administrativo perfeito e acabado, conforme o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ademais, ressaltamos que a legislação que regulamenta o procedimento demarcatório das terras indígenas e a Constituição Federal de 1988 não trazem qualquer previsão e hipótese no sentido de que isso seria possível, até porque esse entendimento não dialoga com o texto constitucional no art. 231. Na medida em que são “reconhecidos” aos povos indígenas o direito “originário” às terras que tradicionalmente ocupam, isso quer dizer que esse direito não é constituído ou atribuído pelo Poder Executivo, uma vez que o “reconhecer” é declarar o que já existe e, nesse caso, o direito dos povos indígenas aos seus territórios é preexistente a esse direito positivado na Constituição, isto é, originário. Portanto, concluímos que se nem mesmo o Poder Executivo que possui competência para demarcar terras pode “desmarcá-las”, muito menos poderia o Poder Judiciário.

Conforme se constatou neste trabalho, alguns dos critérios adotados pelo STF na fundamentação dos julgados sobre o direito territorial indígena ganharam espaço e repercutiram na esfera dos outros poderes, tais como o marco temporal de ocupação e as 19 condicionantes cunhadas na decisão da Pet. 3.388 que estão sendo utilizados como instrumentos de restrição aos direitos indígenas, a exemplo do Parecer 001/2017 da AGU. No entanto, cumpre ressaltar que quando nos referimos à decisão do caso da TI Raposa Serra do Sol, ao longo desta dissertação, não queremos atribuir à ela a responsabilidade pelas inúmeras problemáticas dos últimos 10 anos vivenciadas pelos povos indígenas, em que pese ter sido através desta decisão que a tese do marco temporal, do renitente esbulho e as 19 condicionantes se consolidaram. Chamamos atenção para o fato de que o principal problema referente a este precedente não é a decisão em si, tendo em vista que a mesma foi favorável aos povos indígenas da TI Raposa Serra do Sol, em que foi reconhecida a constitucionalidade da demarcação contínua de suas terras e não em ilhas, além disso, foi a primeira vez que a Suprema Corte se debruçou a fundo em enfrentar questões em torno do direito territorial indígena após 1988. Mas, conforme foi possível constatar, o problema central reside no exercício, tanto do Poder Judiciário como dos demais poderes, de retirar e aplicar isoladamente os critérios ali estabelecidos, sem a mínima contextualização e sem medir os impactos que isso pode e já tem provocado à integridade e à concretização do direito dos povos indígenas, qual seja, o reconhecimento das suas terras tradicionalmente ocupadas.

Por tais razões, é que trouxemos as contribuições de Ronald Dworkin para discutirmos alguns aspectos relacionados à teoria da decisão judicial, em que vimos que na fundamentação

de suas decisões o juiz deve primar por argumentos que resguardam direitos fundamentais (argumento de princípio), em vez de utilizar os argumentos que tomam por base satisfazer objetivos de cunho mais abrangente (argumento de política). Porém, há casos que para serem solucionados colocam o juiz diante da necessidade de utilizar argumentos de política, o que requer cautela, pois o mesmo deve atuar de forma que não ultrapasse os limites de competência do seu poder, para não comprometer o princípio da separação dos poderes, o que de fato é desafiador, pois dificilmente haverá uma atuação ativista e baseada em argumento de política por parte do Judiciário que não impactará a esfera de outro poder. Por isso, acreditamos e concordamos com Dworkin, no sentido de que o juiz deve privilegiar o argumento de princípio em suas decisões, inclusive nos casos que envolvem o direito territorial indígena, pois dessa forma estaria assegurando este direito fundamental a essas populações e atuando de modo contramajoritário, sendo este o papel que esperamos do Judiciário, principalmente por parte da Suprema Corte. Sendo assim, diante do atual contexto de ataques, violações e retrocessos aos direitos indígenas, entendemos que o Poder Judiciário deixaria de ser parte do problema e enfim, se tornaria parte da solução.

Mesmo que estejamos vivenciando um cenário político, jurídico e social não favorável aos direitos dos povos indígenas, acreditamos que a luta e a resistência dessas populações e suas organizações sempre será a melhor e mais potente estratégia contra-hegemônica. Se a atuação e incidência do movimento indígena no passado foi crucial para o reconhecimento de direitos, no presente ela é tão importante quanto, pois além de lutar pela efetivação dos seus direitos, ainda enfrentam os ataques e tentativas de retirada dos mesmos. Em relação ao futuro dos povos indígenas e dos seus direitos, mesmo sabendo que os desafios e obstáculos ainda se farão presentes, temos a perspectiva de que progressivamente serão superados pela ação e articulação dos próprios povos indígenas.

No campo jurídico, especificamente, esperamos que os povos indígenas, suas comunidades e suas organizações de representação possam cada vez mais se fazer presentes na arena de disputa judicial por seus direitos, não mais como meros sujeitos passivos ou alheios aos processos que tramitam em desfavor de seus interesses, mas que possam mobilizar ativamente a máquina judiciária para pleitear direitos a seu favor, principalmente o direito territorial, seja contra a omissão do Poder Executivo em cumprir o seu dever constitucional, ou contra particulares que alegam terem supostos títulos de propriedade que incidem sobre seus territórios tradicionais, os quais pelos termos do §6º do art. 231, são nulos e sem efeitos jurídicos.

Ainda que tenhamos abordado neste trabalho as dificuldades do acesso à justiça dos povos indígenas, temos que esse quadro já tem passado por significativas mudanças, sendo uma delas o crescente número de indígenas que têm investido na capacitação e formação jurídica, tornando-se bacharéis em direito e exercendo a advocacia para a defesa dos direitos de seus povos. Através disso, os indígenas, suas comunidades e organizações, estão constituindo seus próprios advogados e advogadas, fazendo valer o direito previsto no art. 232 da CF/88. Cumpre registrar ainda que a presença indígena nas universidades, seja nos cursos de graduação ou pós graduação em Direito, tem sido de suma importância, pois possibilita trazer para o centro do debate acadêmico as questões e problemáticas em torno do direito indigenista que, não fosse a ocupação do espaço por esses sujeitos, sequer essas temáticas seriam abordadas. Portanto, podemos afirmar que para os povos indígenas o ambiente acadêmico também se tornou um campo de luta e militância que pode auxiliar na busca pela efetivação dos seus direitos.

Nesse sentido, considerando que um dos papéis a serem desempenhados pela academia no campo do Direito é “proceder ao controle discursivo das decisões do judiciário como um todo, dos tribunais superiores em especial, trazendo para o debate científico e mesmo público, as decisões que acreditam inconsistentes” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p.17). Temos que a presente dissertação se presta a este propósito. Mesmo que não se dê por encerrada essa discussão, esperamos que o alcance do presente trabalho possa transpor os muros e limites acadêmicos para instrumentalizar e se somar à luta dos povos indígenas no campo jurídico. Entendemos que se no processo iniciado em 1988 as populações indígenas foram construtoras dos seus direitos, ainda hoje é necessário que esses povos reafirmem e assumam seu protagonismo como sujeitos parciais da identidade constitucional que, embora seja aberta, indefinida e esteja em contínua reconstrução, ainda encontra limites a serem respeitados para coibir discursos e abusos de poder por parte daqueles que interpretam e aplicam o direito.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 93-130, 2008. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/aulas/6link-volker/3bib/direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 01 ago 2019.

_____. O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARRUTI, José Maurício. 2006 Etnogêneses Indígenas. In: Ricardo, B; Ricardo, F. (editores gerais) **Povos Indígenas no Brasil: 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 50-54. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Etnog%C3%AAneses_ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 03 ago.2019.

BICALHO, Poliene S. dos Santos. **Protagonismo Indígena no Brasil: Movimento, Cidadania e Direitos (1970 – 2009)**. Tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em História, Departamento de História, Universidade de Brasília. 2010. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6959/1/2010_PolieneSoaresdosSantosBicalho.pdf>. Acesso em: 05 abr.2019.

_____. **Lideranças indígenas e o Decreto ° 1.775/96 (1988-1996)**. In: Emblemas, Revista do Departamento de História e Ciências Sociais – UFG/ACC, v.9, n.1, 57-75, jan-jun, 2012.

BRASIL. Constituição (1891) - **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**; Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Constituição (1967) - **Constituição da República Federativa do Brasil**; Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Constituição (1967) – **Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969**; Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc0169.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Constituição (1988) – **Constituição da República Federativa do Brasil**; Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr.2019.

_____. **Lei n° 6.001, de 19 de dezembro 1973**. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. **Decreto Lei nº 9.760, de 5 de setembro 1946.** Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. **Decreto nº 22 de 04 de fevereiro de 1991.** Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0022.htm>. Acesso em: 15 mar.2019.

_____. **Decreto nº 608 de 20 julho de 1992.** Altera o Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre o processo de demarcação das terras indígenas. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0608.htm>. Acesso em: 15 mar.2019.

_____. **Decreto nº 1.775 de 08 de janeiro de 1996.** Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em: 21 abr.2019.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 650.** Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=650.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet: 3388 RR,** Relator: Min. Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet 3388 Embargos de Declaração.** Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23 out. 2013, Acórdão Eletrônico Diário de Justiça Eletrônico-023, Divulgado em 03 fev. 2014, Publicado em 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 21892,** Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2001, DJ 29-08-2003 PP-00020 EMENT VOL-02121-13 PP-02610) <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SETE+CERROS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wop9uuw>> Acesso em: 04 de jun.2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 44585**, Relato: Min. Ribeiro da Costa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 30 ag.1961, Diário de Justiça: 12 out.1961. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=144244>>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 29087**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Relator Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 16 set. 2014, Acórdão Eletrônico, Diário de Justiça Eletrônico -200, publicado em 14 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 30 set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 803462 AgR**, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 09 dez. 2014, Acórdão Eletrônico, Diário de Justiça Eletrônico, 11 fev. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ACO 312– BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado no DJe-054, 21/03/2013. Data do julgamento: 02/05/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____.Supremo Tribunal Federal. **RE 477.554/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01º de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>> Acesso em: 15 out.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20.234**. Relator: Ministro Cunha Peixoto. Julgado em 4 de junho de 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/099_1.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.262**. Relator: Ministro Luís Roberto. Julgado em 20 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/11/Decisao-PEC-215.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

_____.Supremo Tribunal Federal. **MC-Ref ADI: 6172 DF**. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/06/2019, Data de Publicação: DJe-139 27/06/2019. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718127&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 out.2019.

CARVALHO NETTO, Menelick de, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. **Como pensam os Ministros do STF? direito, política e guarda da constituição no pós-1988**. 2016. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19861/1/2016_JoseNunesCerqueiraNeto.pdf>. Acesso em: 19 nov..2019.

CHUEIRI, Vera Karam de, SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **Coerência, Integridade e Decisões Judiciais**. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2012/1.

CONCEIÇÃO, Keyla Francis de Jesus da. **A Invisibilidade do Indígena no Processo Eleitoral Brasileiro: As Organizações Indígenas e a luta pela representação política**. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31979>> Acesso em: 10 abr. 2019.

CUNHA, Luiz Henrique Matias. **Terras indígenas e o STF: análise de decisões na perspectiva decolonial de Aníbal Quijano (2009-2018)**, 110 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania - PPGDH do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília - CEAM, da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. Rio de Janeiro, Forense 2017.

DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 05 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: **Direitos dos povos indígenas em disputa**. CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.) São Paulo, editora: Unesp Digital. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GALLOIS, D.T. Terra ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: Fany Ricardo. (Org.). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza**. 1 ed. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/dgallois-1.pdf> Acesso em: 15 mar. 2019.

Índio Cidadão? - O Filme. Índio Cidadão (DF, 2014, 52'), 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ti1q9-eWtc8>> Acesso em: 25 abr .2019.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil. Desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é Incapacidade: Gênese e Trajetória. História da concepção da Incapacidade Indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos Povos Indígenas e do Texto Constitucional de 1988**. Brasília, 2007. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/3545>> Acesso em: 10 abr. 2019.

LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena - a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Org). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Núcleo de Direitos Indígenas, Porto Alegre: Fabris, 1993.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas do Brasil de hoje**. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização de Diversidade. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MENDES JUNIOR, João. **Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos**. Edição Fac-Similar. São Paulo: Editora Lis Gráfica e editora LTDA, 1912.

MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro (1970-1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012.

NASCIMENTO, Sandra. **Os caciques e os juízes: os direitos humanos entre as fronteiras do direito oficial, da diversidade cultural e da territorialidade ancestral indígena**. In: Especiaria – Cadernos de Ciências Humanas. v.14, n.26, jan./jun.2015, p. 41-70.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTANA, Carolina Ribeiro. Direitos territoriais indígenas e o marco temporal: o STF contra a Constituição. In: **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (Org.) Brasília: ANPR, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Terras indígenas e a Súmula nº 650 do STF**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 844, 25 out. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7469>>. Acesso em: 18 de out 2019.

SCOTTI, Guilherme. **Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo: uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil**. Brasília, 2011. 155 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito: Universidade de Brasília, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/9871>>. Acesso em: 05 mar.2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Parecer sobre o marco temporal de 1988**. 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

SOUZA, Jurema Machado de Andrade. Os indígenas da Reserva Caramuru-Paraguassu: famílias étnicas e organização política. In: **Revista de Estudos em Relações Interétnicas**, v. 20, n. 2, 2017 p.52-67. Disponível em:

<<https://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/view/10597/9322>>. Acesso em: 18 set.2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Organizações indígenas. In: **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (Org.). São Paulo: FGV Direito SP, 2019.

_____. Marco temporal e os direitos coletivos. In: **Direitos dos povos indígenas em disputa**. CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.) São Paulo, editora: Unesp Digital. 2018.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Org). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Núcleo de Direitos Indígenas, Porto Alegre: Fabris, 1993.