

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**“NOSSA HISTÓRIA NÃO COMEÇA EM 1988”: UMA ANÁLISE DO CASO DA  
TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

ALLANIS DIMITRIA DE OLIVEIRA E SOUZA PEDROSA

RIO DE JANEIRO

2019/2

ALLANIS DIMITRIA DE OLIVEIRA E SOUZA PEDROSA

**“NOSSA HISTÓRIA NÃO COMEÇA EM 1988”: UMA ANÁLISE DO CASO DA  
TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito da obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira** e do **Prof. Ms. Julio José Araujo Junior**.

RIO DE JANEIRO

2019/2

### CIP - Catalogação na Publicação

P372" Pedrosa, Allanis Dimitria de Oliveira e Souza  
"Nossa história não começa em 1988": uma análise  
do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol /  
Allanis Dimitria de Oliveira e Souza Pedrosa. --  
Rio de Janeiro, 2019.  
84 f.

Orientador: Luiz Eduardo de Vasconcellos  
Figueira.

Coorientador: Julio José Araujo Junior.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Antropologia Jurídica. 2. Direito  
Constitucional. 3. Terra indígena. 4. Povos  
indígenas. 5. Marco temporal. I. Figueira, Luiz  
Eduardo de Vasconcellos, orient. II. Araujo Junior,  
Julio José, coorient. III. Título.

ALLANIS DIMITRIA DE OLIVEIRA E SOUZA PEDROSA

**“NOSSA HISTÓRIA NÃO COMEÇA EM 1988”: UMA ANÁLISE DO CASO DA  
TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito da obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira** e do **Prof. Ms. Julio José Araujo Junior**.

Data da aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira

---

Prof. Ms. Julio José Araujo Junior

---

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2019/2

## AGRADECIMENTOS

Chamo os dias que estive dedicada à produção deste trabalho como dias de exílio. Para muitos, ao vir a mente a palavra exílio, remetem a dor de expatriação forçada. Como muitas vezes, e com tantos, na Ditadura Militar. A nossa profunda repulsa. Mas, o meu exílio teve sentidos diferentes. As expatriações, como sabemos, também podem ser por livre vontade. E sim, sem o sentido figurado. Expatriar-se é deixar seu país de origem. Pode ser temporariamente, ou não. Aqui, para este trabalho, foram dias intensos de deixar a minha origem de mulher socializada como não-índia, que apenas tinha um ponto de vista romântico e idealizado do indígena, para compreender um pouco sobre como se dá a arena política real dos direitos indígenas, sobretudo seu direito a terra. Questão tão central e de um sentido tão peculiar dentro de suas cosmovisões. Eu, que li O Guarani e Iracema no Ensino Médio e tanto gostei, pude entender melhor o contexto da produção desses romances, e para muito além de um movimento literário. Eu os pude reler a partir de outro ponto de vista. Pesquisar é um se exilar momentaneamente. É descobrir pontos de vista diferentes, buscar respostas de perguntas que às vezes nem sabemos que poderiam existir. E eu agradeço especialmente a essa oportunidade de poder descobrir um mundo novo como este que pude ter acesso. São tantos olhares e tantos mundos... E logo descobrir um pouquinho dos indígenas do passado, mas principalmente os indígenas de hoje, que pulsam, vivem e demandam direitos! Meu muito obrigada por essa descoberta.

Mas nem tudo são flores, realmente. A dificuldade de escrever é concreta. Foram dias intensos de leitura, escrita, reflexão e descobertas. Deixei de celebrar aniversários de pessoas queridas, de me permitir dormir um pouco mais, de compartilhar bons momentos com companheiros, amigos e minha tia-avó. No entanto, o mais difícil de todos os feitos foi me forçar a “me afastar das tarefas da militância”. A imersão e o comprometimento na construção de utopias para nosso povo são uma força que me instiga a caminhar. Olhar em volta e não se conformar com as injustiças desse mundo. Por isso, Levante Popular da Juventude e Consulta Popular, eu vos agradeço pelo compromisso de vida que traçamos. Agradeço pela paciência e cuidado, pelo carinho e companheirismo, pela preocupação em me manter bem! E me tranquilizar nos surtos de que eu poderia não terminar este trabalho... Porque sim, não são só flores. Elas que lutem, não é mesmo? Mas elas lutando juntas, caminhando de mãos dadas com quem vai no mesmo rumo, as dificuldades até parecem perder a robustez. E então,

alcançamos conquistas, que não são só minhas, mas coletivas. E é por esse olhar que quero fazer os demais agradecimentos.

À minha família querida, em especial minha mãe e tia-avó, eu lhes agradeço por tanto... Vocês, família, são a base de todas as coisas. Definem muito do que eu sou hoje; o incentivo de continuar traçando os caminhos, por mais tortuosos e difíceis que possam ser. Eu não existiria sem vocês, sem dúvida. E pago um alto preço de viver longe. Com a saudade incessante que aperta no peito. Os afagos da bisá e da vó, o cheiro de jasmim, cheiro de casa e de cuidado... Os carinhos demorados da mãe. As referências que levo pra vida. E minha tia-avó, a que me acompanha desde 2015 nesta terra Rio de Janeiro, um porto seguro, eu também te agradeço pela paciência que sempre teve comigo. A preocupação em me manter bem, sempre. Mamãezinha, querida, como dá saudade de estar sempre pertinho de ti! Dos nossos debates acalorados, das confissões e dos carinhos, aqueles na alma e no peito. A escolha que fiz de sair da terrinha não foi nada fácil, e nunca deixará de ser. A saudade que dá do Maranhão é coisa que não se explica, terra de minhas raízes e origens, as terras de um Brasil profundo que muitos dos meus colegas de turma nem imaginam conhecer. Se hoje estou me formando na gloriosa Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, foi porque em 2015 aceitamos o desafio de deixar ir. Uma menina de 17 anos imersa no sonho de estudar na UFRJ. E estamos aqui, família. Estamos realizando esse sonho que se concretiza com a apresentação desta monografia! Nós conseguimos. Nordeste nos orgulha de um tanto!

Aos meus professores amados, mestres que me acompanharam na descoberta dos saberes, na escola até a universidade. Todos, cada um... Vocês puxaram minha orelha quando necessário, apresentaram caminhos, deram-me as pedras para traçar os meus próprios! Vocês são responsáveis por eu ter chegado até aqui. Instituto Federal do Maranhão, vocês me ensinaram pra muito além de fórmulas químicas que uma técnica em química deveria saber. Vocês me abriram os olhos para o mundo, e além dos livros didáticos. Faculdade Nacional de Direito, desde as primeiras aulas abertas ao ensino crítico e questionador, vocês fizeram eu me movimentar e ir para além do óbvio. Realmente aprendemos pelo ponto de vista das Ciências Sociais Aplicadas. Gratidão, professores! Celebramos o ensino público, gratuito, de qualidade e socialmente referenciado! A educação pública não se vende, se defende! Obrigada, professores, ensino público, nós vamos defender o patrimônio da ciência brasileira e sua importância para a construção do desenvolvimento do país.

Aos amigos de longa data, e aos novos. Estar longe dos antigos é difícil, estar perto dos novos é desafiante, mas vocês aguentam uma menina nada fácil, cheia de manias, e que muito se distanciou para fazer a monografia. Obrigada! Também agradeço aos meus estágios, todos, a FUNASA enquanto técnica em química, até ao escritório Gasparino, Sachet, Roman, Barros & Marchiori, Departamento de Direitos Humanos e Saúde da FIOCRUZ, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Tribunal Regional do Trabalho. Todos os meus chefes e colegas de trabalho foram muito importantes para a compreensão de como é que as coisas realmente funcionam, na prática, pra além das salas de aula. Eu chego aqui por vocês também. Agradecimento mais que especial ao meu estágio atual, 21ª Vara do Trabalho, principalmente a Jancir e Rodrigo. Queridos, vocês todos me incentivaram tanto a eu estar aqui... E fazem meus dias mais coloridos e divertidos. Me liberaram alguns dias para que eu pudesse escrever. Sem essa liberação eu realmente não teria entregue esse trabalho. Vocês foram fundamentais! Justiça do Trabalho resiste!

Por fim, mas não menos importante, eu quero agradecer aos meus orientadores. Luiz, tu foste o responsável por esse tema, sem dúvidas. Você me desafiou a abandonar um tema que eu estava curiosa e que gostava muito para então abraçar um novo sobre o qual tinha nenhum interesse especial. Você me fez sair de uma zona de conforto que eu não estava acostumada. E valeu tanto a pena! O tema é incrível e a sua paciência e olhares tão particulares me fizeram chegar até aqui. Teus cuidados em me acalmar e me fazer ir além nas reflexões... Ah! O teu jeitinho de nos fazer ir além. Muito obrigada por ter aceito como orientanda aquela desconhecida do CACO que bateu na sua porta. E nosso seminário de direitos territoriais indígenas na FND foi incrível!

Mas Julio... Julio, esse conteúdo todo aqui é seu, realmente. Tu és responsável por tudo que temos aqui de Constitucional, ou seja: sua influência está em 80% do trabalho, de acordo com as certas estatísticas de Luiz. Um coorientador que foi tão presente que parecia estar comigo a cada palavra escrita. Mesmo com uma agenda tão difícil como procurador, não deixou de me acompanhar nessa trajetória e aceitou de bom grado o desafio de me orientar. Te agradeço por tudo e por tanto. Sem você realmente essa monografia não seria possível. Com toda e absoluta certeza! Foram os livros, os olhares, os pitacos, tudo. Seu cuidado. Muito obrigada.

Nós estamos encerrando um ciclo. A alegria em escrever isso é imensa! E aqui vai o meu segundo e último sentido de exílio. Lembro-me de meu conterrâneo Gonçalves Dias. Gonçalves Dias escreveu “Canção do exílio”, e não lembrar este poema num triplo exílio que passava, seria impossível. O exílio profundo e de anos de estar longe da terrinha, que arde no peito, potencializado por um exílio necessário para se escrever com disciplina, combinado ao exílio de descobrir o novo... Muitos exílios. Tudo arde, a olhos vistos. Nossas terras têm palmeiras onde cantam o sabiá, as aves que aqui gorjeiam, gorjeiam surpreendentemente diferente do que as de lá. Com a devida licença poética, conterrâneo, não permita Deus que eu morra sem que eu volte às raízes da minha terrinha. Terra de tanta vida e tanta cor. Obrigada, Maranhão; daqui, sua filha, dessa terra que tanto me orgulho.

*“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 o inimigo dos interesses do Brasil (...). O povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos 8 milhões de km<sup>2</sup> do Brasil. Os senhores são testemunhas disso”.*

*(Ailton Krenak, Assembleia Constituinte, 1987)*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivos analisar as discussões sobre as terras dos povos indígenas no Brasil, seu tratamento pelo Poder Judiciário e os impactos que o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol apontam para o presente da concretização dos direitos territoriais indígenas. A demarcação de terras indígenas tem uma trajetória histórica de disputas de sentidos que envolve diferentes narrativas: um conflito de grandes proporções que gesta uma arena política. A disputa é conduzida ao Poder Judiciário para determinar qual sentido deve prevalecer. A Constituição Federal de 1988 rompe com o paradigma assimilacionista e tutelar, reconhecendo a organização social indígena pela matriz do direito à diversidade dos povos e pluralismo político. Na análise do caso Raposa Serra do Sol, afirma-se que o STF inovou o texto constitucional ao inaugurar a tese do marco temporal e 19 salvaguardas institucionais que restringem a demarcação, com o objetivo de “encerrar de vez as disputas”. Houve aplicação automática das restrições por força vinculante em outros casos concretos, mas que não é entendimento pacífico no Plenário do STF, o que não encerra a arena política da disputa do conteúdo de sentido dos direitos territoriais indígenas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Territoriais Indígenas, Raposa Serra do Sol, Povos Indígenas, Supremo Tribunal Federal, Arena Política, Interpretação Constitucional.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the discussions about the lands of indigenous peoples in Brazil, their treatment by the Judiciary and the impacts that the case of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land points to the present of the realization of indigenous territorial rights. The demarcation of indigenous lands has a historical trajectory of meaning disputes that involves different narratives: a conflict of great proportions that engenders a political arena. The dispute is brought to the judiciary to determine which sense should prevail. The Federal Constitution of 1988 breaks with the assimilationist and tutelary paradigm, recognizing the indigenous social organization by the matrix of the right to the diversity of the peoples and political pluralism. In the analysis of the Raposa Serra do Sol case, it is stated that the STF innovated the constitutional text by inaugurating the timeframe thesis and 19 institutional safeguards that restrict demarcation, with the aim of “closing disputes once and for all”. Restrictions were automatically enforced by binding force in other specific cases, but this is not a peaceful understanding at the STF Plenary, which does not end the political arena of the dispute over the meaning content of indigenous territorial rights.

**KEYWORDS:** Indigenous Territorial Rights, Raposa Serra do Sol, Indigenous Peoples, Federal Supreme Court, Political Arena, Constitutional Interpretation.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
1.1. As principais percepções do imaginário nacional sobre o indígena.....	18
1.2. A cidadania brasileira para quem: os métodos de consolidação nacional e a brutalidade da unidade nacional.....	20
1.3. Novos paradigmas e interpretações: o momento constitucional da Constituição de 1988.....	25
2. A JUDICIALIZAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL.....	32
2.1. A Petição 3.388/RR no Supremo Tribunal Federal.....	34
2.2. As 19 salvaguardas institucionais: regras gerais para futuras demarcações?.....	42
2.3. O guardião da Constituição pode ser ativista?.....	50
3. MARCO TEMPORAL E SEUS CAMINHOS DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS.....	55
3.1. A tese do marco temporal.....	56
3.2. O acréscimo do conceito do renitente esbulho.....	62
3.3. Efeito cascata: o marco temporal na Terra Indígena Limão Verde.....	65
3.4. Uma reflexão do paradoxo da positivação jurídica.....	71
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78
ANEXO 1.....	82

## INTRODUÇÃO

O reconhecimento e demarcação de terras indígenas são alvo de disputas políticas que envolvem diferentes narrativas: um conflito de grandes proporções. Os atores sociais partícipes no tema possuem perspectivas que se colidem, desde a sociedade civil até instituições; latifundiários, mineradoras, parlamentares ou todos aqueles que direta e indiretamente se beneficiam pela concentração e exploração de terras e seus recursos, mais ambientalistas, indígenas, pesquisadores ou todos aqueles que reconhecem os direitos territoriais indígenas.

O pano de fundo é que tal conflito alcança o campo do Direito, e não tão somente pela arena do sistema de justiça, quando o Supremo Tribunal Federal é questionado ou quando há processos judiciais em que a disputa é levada a cabo. Com a expansão sistêmica do direito, os atores sociais denunciam a omissão do Estado, ou solicitam a urgência de sua atuação através da via jurídica: uma instância que resolve expectativas frustradas.

A técnica e a linguagem do direito se expandem ao ponto dos atores sociais se revestirem, em curta ou larga escala, pelo reconhecimento de seu “direito”. É o direito de propriedade, o direito ao desenvolvimento e a livre iniciativa, o direito à diversidade dos povos, cultura, identidade e à terra. O Poder Judiciário é visualizado e construído como uma instância responsável pela efetivação das garantias fundamentais, definindo os rumos para materializar o Direito, além de deter certo controle dos atos dos demais Poderes. Nesse sentido, o Judiciário é demandado de maneira que intervém no processo democrático, por estar imbuído de um papel institucional, colocando-o com certa proeminência na disputa de sentidos da arena política.

É um fenômeno que se verifica pelos pilares do Estado Democrático de Direito: a supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos, que se aperfeiçoam com a Carta Magna, por meio do Estado Constitucional de Direito. Com a supremacia da Constituição, interdependência dos Poderes e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o texto normativo-constitucional declara um extenso rol de princípios e garantias que devem ser efetivadas pelo Estado, pela delegação de poder.

A expectativa dos atores sociais pela prestação desses direitos é para além de sua positivação, para que estejam escritos e declarados formalmente pelo Estado, mas amplia na busca para que sejam garantidos. O Judiciário, como guardião da Constituição e protetor das promessas dos direitos fundamentais, resolve conflitos entre os grupos sociais, com um panorama na interpretação das garantias, já que pelas narrativas dos atores, colidem-se. Espera-se, portanto, a palavra final do terceiro imparcial Judiciário, que define quem tem a razão. Qual leitura da Constituição é legítima, a partir de qual hermenêutica? Porém, para além dessa função, o Judiciário também presta o serviço de que as realizações normativas sejam cumpridas pelo Estado quando é prestador, para que respeite as regras constitucionais, ou que leve em conta os princípios da Carta Magna.

Na nova ordem constitucional, com uma Assembleia Constituinte de grande participação para além dos atores costumeiros, os indígenas se organizaram para interferir no processo político de formulação da Constituição de 1988. A disputa de sentidos alcança o auge na Constituinte de 20 meses, em que o confronto de forças opostas é percebido em todas as plataformas de sua elaboração. O termo terra indígena era disputado justamente porque desta vez os “coadjuvantes da história oficial” finalmente passavam a ter alguma voz sobre suas demandas em um texto normativo. Mas, para além das Constituições, o tratamento do conceito jurídico de terra indígena possui diferentes facetas ao longo dos séculos da história do Brasil. O Judiciário já possuía papel ativo por meio da elaboração de jurisprudência para demarcar o sentido do termo, em diferentes momentos da história. Particulares, por exemplo, já buscavam indenização pela criação de reservas indígenas, os Estados já questionavam o entendimento de aldeamentos extintos integrarem domínio da União.

Compreende-se que o mais adequado seria interpretar o instituto jurídico da terra indígena a partir do diálogo direto com a cosmovisão dos grupos indígenas, ou seja, a partir de suas perspectivas, leitura de realidade e como se enxergam no mundo (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 198). Não basta a leitura pura e simples a partir da cosmovisão da sociedade moderna, nossas compreensões acerca de posse, propriedade, usufruto e bens. Já que a Constituição Cidadã reconhece a organização social dos indígenas no caput de seu artigo 231, ressaltar o significado que o destinatário do direito atribui aos bens jurídicos protegidos é buscar sua real efetivação.

Porém, a disputa de sentidos pelo conteúdo dos direitos territoriais indígenas toma proporções que não se limitaram a Assembleia Nacional Constituinte. A batalha não teve um fim em 1988. A Constituinte, bem verdade, destaca a arena política para outro patamar. Mas é no julgamento da Ação Popular 3.388/RR que a Suprema Corte se debruça pela primeira vez, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, sobre a Constituição de 1988 em um tema desta dimensão com tanta profundidade. Bem verdade que a questão territorial indígena já havia sido debatida em outras instâncias, no próprio STF, e para além do Poder Judiciário; as próprias leituras dos Poderes Executivo e Legislativo disputavam constantemente sentidos nos processos demarcatórios. O diferencial do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol reside em sinais da gestação de um marco de reavaliação da política indigenista brasileira (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 148). Os olhos atentos de uma plateia para muito além dos 376 lugares no plenário aguardavam os desdobramentos e as interpretações que o Supremo Tribunal Federal determinaria do texto constitucional.

Envolvida em uma visibilidade que ultrapassava os limites do plenário da Suprema Corte, Raposa Serra do Sol é posicionada para além das fronteiras de Roraima. As discussões de seu acórdão alcançam a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário na interpretação dos direitos territoriais indígenas, estabelecendo 19 condicionantes para o processo administrativo de demarcação e a controversa tese do marco temporal. O grande questionamento é se o marco de mudança profunda na política indigenista se restringiria a Raposa Serra do Sol ou se produziria efeitos concretos nas demarcações de terras indígenas para antes e depois de 2009, ano em que se finda o julgamento da Ação Popular 3.388/RR. É nesse sentido que analisamos a Terra Indígena Limão Verde, no Mato Grosso Sul, submetida a julgamento por meio do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 803.462/MS. Quais as interpretações do texto constitucional da questão territorial indígena que o STF tem utilizado? Há limitações para este exercício de interpretação? Raposa Serra do Sol determina efeitos para as terras indígenas que alteram a arena política? E afinal, a positivação de uma nova ordem constitucional foi e é o suficiente para garantia dos direitos territoriais indígenas? Estas são algumas das perguntas que norteiam os capítulos deste trabalho.

Assim, iniciamos no Capítulo 1 por uma breve reconstrução histórica para resgatar a disputa de narrativas das terras indígenas na construção do Estado-nação, pelo enfoque da cidadania e o pertencimento ao corpo nacional. Com a multiplicidade de 305 etnias de povos indígenas, 817,9 mil pessoas declaradas como indígenas e 505 terras indígenas reconhecidas

no território brasileiro, representando cerca de 12,5% do território nacional<sup>1</sup>, os marcos jurídicos da presença indígena no Brasil são ilustrações formais de embates de sentidos, de repercussões e origens teóricas e práticas.

Prosseguindo, no Capítulo 2 apresentamos a Ação Popular 3.388/RR, o caso Raposa Serra do Sol. O requerente e seus assistentes questionavam a legalidade do processo administrativo de demarcação da área, em local de fronteira, além da modalidade contínua. Também afirmavam que os princípios do contraditório e da ampla defesa não foram observados no processo demarcatório. O acórdão da Ação Popular inaugurou a tese do marco temporal e 19 condicionantes que alteraram radicalmente a interpretação que tem sido aplicada sobre os direitos territoriais indígenas salvaguardados na Constituição Federal. Além da exposição de Raposa Serra do Sol neste capítulo, finalizamos com a discussão do STF como legislador positivo.

Encerramos, por fim, no Capítulo 3, com a proposta de discussão sobre o “marco temporal”, os efeitos sobre a Terra Indígena Limão Verde, demarcada em 2003, e uma reflexão sobre o descompasso entre a positivação de direitos indígenas e o consenso teórico sobre a existência desses direitos. Os argumentos do marco temporal, tal como o princípio da segurança jurídica, são suscitados. No contexto do Estado Democrático de Direito, a estabilidade do sistema jurídico que deve julgar as demandas, sem prejudicar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88). Mostra-se a necessidade de não se julgar a partir da conveniência das autoridades, sem haver qualquer previsibilidade dos atores sociais sobre as leis, suas interpretações e seus direitos. Afinal, a segurança jurídica cabe no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas e na propriedade privada da mesma maneira? Há convivência entre ambos direitos? O marco temporal exige a presença física dos índios no território pleiteado desde a data de promulgação da CF/88, em 05 de outubro de 1988, para reconhecimento do direito do indígena ao território. Tese que só poderia ser afastada em caso de “renitente esbulho”, que deveria ser comprovado pelos próprios indígenas. Apesar de não ser matéria pacificada, alvo de muitas discussões dentro e fora do STF, o registro e maior destrinchamento da tese relembram a arena política do tema frente a defesa quase que por absoluta da propriedade privada.

---

1 Dados do Censo Demográfico de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd\\_2010\\_indigenas\\_universo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf)>. Acesso em: 22.nov.2019.

Ante o exposto, tal monografia é um pequeno esforço para o avanço nas discussões sobre as terras dos povos indígenas, seu tratamento pelo Poder Judiciário e o impacto que Raposa Serra do Sol, especialmente com a tese jurídica do marco temporal, aponta para o presente da concretização dos direitos territoriais indígenas. Mesmo com as diferentes perspectivas, leituras e interpretações dos atores sociais envolvidos em tal arena política, não almejo descrevê-los densa e exaustivamente, escolho um maior enfoque na leitura dos povos indígenas em tal conflito, embebido pela ordem constitucional brasileira. Indígenas não são assunto emoldurado no passado, em páginas velhas amareladas de legislações mais antigas ou em romances do movimento indianista; sua presença e a demanda por território no Brasil contemporâneo são nos dias de hoje, arrastando conflitos de intensas repercussões que transbordam o campo do Direito.

## 1. A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A concepção de Estado-nação que estabelece fronteiras entre territórios, criando muros visíveis e invisíveis num espaço físico delimitado, é formulada para administrar e organizar as diferenças sociais proeminentes entre os indivíduos, e fundamentalmente facilitar o acesso a recursos naturais, sociais e econômicos. Com a complexidade de acessar o que precisamos para sobreviver sozinhos, combinada com a ideia de acumulação para evitar a escassez, compartilham-se recursos com quem faz parte da sua comunidade, a partir da identidade. É o compartilhamento de línguas, valores e práticas, fortalecido pela prática das instituições, que perpetua a continuidade da identidade de um Estado-nação. Ressalta-se o papel do Direito, que estabelece as regras e formas de distribuição e acesso aos recursos limitados. A cidadania, em tal contexto, é o pertencimento a uma comunidade de um Estado-nação (incorporação nacional) com os termos para acesso aos recursos para sobrevivência (distribuição de direitos).

No Brasil, percebe-se o desenvolvimento de uma cidadania específica em que sobrevive, ao longo de variados regimes de governo, os privilégios legalizados e as desigualdades legitimadas: uma persistência de séculos (HOLSTON, 2013, p. 22). Com tratamentos diferentes para categorias diferentes de cidadãos, reconhecer-se brasileiro, afiliado ao Estado-nação Brasil, não significa que todos possuem os mesmos direitos, havendo uma distribuição desigual de poderes a partir de qualificações sociais como educação, propriedade, raça, gênero e ocupação (HOLSTON, 2013, p. 28). Assim, há espécies de cidadãos. Para a maioria, uma cidadania diferenciada com falta de direitos e poderes, e por consequência, vulnerabilidade.

O breve relato histórico que se segue é uma tentativa da busca de origens que costumam justificar as alegações de direito às terras, com resgates das disputas que não permaneceram registradas no passado. O uso da lei para legalizar a posse aos cidadãos estrutura também as possibilidades presentes: a relação entre a terra e a lei pode sustentar conflitos como este que temos esboçado no presente trabalho – indígenas, Estado e outros atores sociais que questionam seu direito a terra.

Porém, esta história oficial não se trata de somente uma exposição das leituras de posse, propriedade e terra. É também a percepção e forma de tratamento dos indígenas – como são moldadas ao longo da história. Com as imagens construídas sobre os indígenas, o papel desse sujeito se diferencia a partir da compreensão de identidade brasileira. Destarte, questiona-se o indígena enquanto cidadão ou não-cidadão, ou ainda pela necessidade de ser tutelado pelo Estado-nação, em amálgama, com hipóteses interpretativas heterodoxas. São compreensões fundamentais sobre o sujeito histórico para a legitimidade da titularidade de suas terras, reexaminando as interpretações atribuídas a presença indígena.

### **1.1. As principais percepções do imaginário nacional sobre o indígena**

João Pacheco de Oliveira (2016, p. 10 – 11) identifica pelo menos quatro percepções do imaginário brasileiro sobre os índios, que se mesclam pela história e podendo coexistir nos diferentes momentos do processo de formação da colônia e do Estado-nação. Há uma inesgotável capacidade de ressignificação. O reconhecimento da diversidade de contextos é um ensaio de negar-se a uma história mecânica e etapista, porque há uma convivência de interesses e projetos divergentes no espaço e no tempo, em um grande entrelaçamento dos muitos pontos de vista oficiais e não-oficiais.

A presença indígena na formação da colônia é tratada de forma exotizante, coadjuvante, asséptica e sem diferenciação entre índio e o espaço natureza. Personagem periférico e secundarizado, o índio está imerso e maravilhado na cena estática da celebração da primeira missa no que se tornaria o Brasil, representado na pintura “A primeira missa no Brasil”, de Victor Meirelles. Nesta “certidão de nascimento do país”, os indígenas, restritos a estética de sua falta de vestimentas, são testemunhas do surgimento do país Brasil. Não são o centro, mas apenas o acaso exótico de um ser da natureza, primitivos. Tal primeiro sentido é a visão idílica e distante do surgimento do Brasil (OLIVEIRA, 2016, p. 16). Nela, os indígenas são parte do paraíso terrenal. As “novas terras” da América, do que pensavam ser as Índias, na confusão de Colombo, criam a denominação dos autóctones em índios.

Na formação da colônia portuguesa, em um segundo sentido, separam-se os índios nas categorias de bravo e amistoso. Na missão civilizatória do homem branco europeu, o processo de saque e pilhagem dos recursos naturais era justificado pelo “descobrimento das novas

terras”, antes fora do domínio europeu. A população autóctone, antes livre e autônoma, é forçada a ser subalterna para responder aos interesses econômicos dominantes da metrópole, o que revela um processo, em essência, violento e arbitrário. Aos índios amistosos, tidos como amigos, o auxílio do colonizador, a proteção do ser infantilizado e ainda não desenvolvido; mas aos índios bravos, tidos como inimigos, a morte, o castigo ou a escravidão, pois como bichos selvagens violentos impedem o “desenvolvimento” da colônia. Contraste forte percebido entre os tapuias e tupinambás, por exemplo: os tapuias permanecem nas fazendas, aldeamentos ou missões, para se tornarem trabalhadores e cristãos, e os tupinambás como cativos que devem ser escravizados. Tais distinções são produzidas pelo Regimento de São Tomé de Souza, de 17 de dezembro de 1548 (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 122). De formas diferentes, porém, o eufemismo da pacificação operava o processo de genocídio a partir de distintas violências, na incontestável necessidade de corpos dóceis e devidamente disciplinados, sem obstáculos à conveniência da metrópole.

A guerra aos indígenas da costa atlântica e a sua incondicional submissão foi condição para o estabelecimento da colônia chamada Brasil, e o ponto de partida para uma estrutura institucional que se baseava no postulado de uma desigualdade fundamental entre os cidadãos, bem como no pleno direito ao exercício ilimitado da força e de práticas arbitrárias e repressivas contra aqueles que estavam sendo constantemente incorporados ao sistema. [...] Tudo o que se passa fora destes espaços sociais [espaços sociais e políticos europeizados] é definido como “sertão” ou “fronteira”, locus de recursos que podem vir a ser apropriados pelos cidadãos da metrópole que para ali se deslocam de forma permanente ou eventual. Os moradores dessas regiões, caracterizados como “outros”, isto é, exteriores à sociedade, passam à condição de despojos de guerra ou refugiados, vistos em consequência como desprovidos de direitos e investidos em obrigações não claramente estabelecidas (OLIVEIRA, 2016, p. 18).

Em um terceiro sentido, no Brasil pós-independência, resgata-se a figura do indígena na fundação da colônia, porém de maneira romântica: o passado mítico dos primeiros brasileiros. Mesmo caráter exótico do primeiro sentido, mas refinado com o emoldurado trágico ou glorioso de um quadro envelhecido dos legítimos senhores primeiros da terra. Em contrapartida, o indígena real, sem qualquer sintonia ao indígena dos romances, é aculturado, marginalizado, com total perda cultural de seus costumes e tradições, que não chama atenção dos intelectuais e artistas.

No quarto sentido, na República, semelhante ao indianismo do século XIX, romântico, há simpatia pelo indígena, mas este está embrenhado nas florestas e regiões remotas do Brasil, idealizado como primitivo. É a fotografia estática de um indígena tradicional nos primeiros

contatos. Há uma clara evidência da justificativa da tutela, nesse sentido, pois tal indígena precisa ser tutelado para ser integrado a civilização, num discurso paternalista.<sup>2</sup>

Tais compreensões são símbolos que influenciam os entendimentos sobre os direitos indígenas, incluindo os territoriais. Assim, resgatá-las é verificar o tratamento que o ator político possui pelos seus contemporâneos, fundamentando a sua cidadania no ponto da incorporação nacional e distribuição de direitos. O cenário é o indigenismo brasileiro, que procura induzir os índios a caminhar no sentido da “civilização” e do “interesse nacional”, para formação do povo brasileiro, com o dilema da gestão de uma população mestiça.

## **1.2. A cidadania brasileira para quem: os métodos de consolidação nacional e a brutalidade da unidade nacional**

“São cidadãos brasileiros os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam nascidos livres, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, [...] e] os filhos de pai brasileiro, e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Império” (art. 6º, Constituição de 1824). A formulação de cidadania nacional na gênese do Estado-Nação tem termos de jus soli e jus sanguinis, uma inclusão ampla, que por essência não foi alterada até a mais recente Constituição.

Com tal fundamento de afiliação, os índios no Estado colonial não são, portanto, uma nação estrangeira, apartada, mas sim vassalos e nacionais. No imaginário dos brasileiros, “o que faz do Brasil ser Brasil” é a síntese do *Canto das Três Raças* de Clara Nunes, com o índio guerreiro, negro refugiado nos quilombos e os inconfidentes, elite mineira branca. A interseção das três “raças”: indígena, africana e europeia. Eram cidadãos, assim, os nativos residentes livres (com a liberdade enquanto condição não-absoluta), brasileiros. Não havia negação da cidadania por condições raciais ou religiosas, inclusive havia o incentivo pela lei à “mistura racial” – miscigenação. O indígena deve, desta forma, ser incorporado à identidade nacional.

---

2 Os sentidos de indígena mencionados em tal subcapítulo são inteiramente baseados em OLIVEIRA, João Pacheco de. **O nascimento do Brasil e outros ensaios**: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 26 – 29 e ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 122 – 124.

Apesar da incorporação nacional, nem todos os cidadãos teriam os mesmos direitos. Há uma distribuição diferenciada de direitos a depender das diferenças sociais, em que o Estado discrimina a partir de categorias. Com dimensões continentais e inabilidade em administrar grandes áreas, havia uma incapacidade em consolidar nacionalmente o poder do Estado ao longo do período imperial e até o advento da República. Débil e desajeitado, o poder público dependia das elites locais e se ocupava na emissão de decretos, leis e regulamentações. Com grande embaraço burocrático e inúmeras legislações, as tantas legislações semelhantes indicavam decisões repetidamente ignoradas, e como solução de desobediência à lei, a necessidade de se promulgá-la de novo. Sendo assim, os indígenas (se domesticados, sob a tutela do Estado, se bravos, possíveis de serem capturados nas guerras justas) eram libertos de forma contínua, porque continuavam a ser escravizados ilegalmente. Volumosas documentações, carimbos, registros, uma exigência de formalismo que era facilmente confundida com os interesses privados, ou até mesmo possibilitava a ocorrência de fraudes (HOLSTON, 2013, p. 96 – 101).

Mas ser cidadão pleno não significava ter acesso ao conjunto total de direitos. As elites rejeitavam a ideia de cidadania uniforme, sem diferenciações. Havia, deste modo, grande gama de limitações políticas e civis a partir das categorias raça, gênero, classe e religião, desabonando a cidadania plena a determinados sujeitos. Sem dúvidas todos eram brasileiros, mas a níveis diferentes. Não teria como saída a hipótese de dois regimes legalmente separados, um indígena e outro europeu. A saída seria pelo racismo científico; acreditar na superioridade branca cristã era a noção generalizada de que tal raça poderia “aperfeiçoar” as raças inferiores, na pregação de que os “métodos adequados de civilização” viriam com a “mistura de raças” biológica e espacial, por meio de uma eficiente integração (HOLSTON, 2013, p. 102 – 103). Evidente entendimento da época bem expresso pelo estadista, escritor, cientista e ministro do Império José Bonifácio de Andrada e Silva:

Bonifácio propôs que os índios eram membros legítimos da nova nação e deveriam ser integrados pacificamente pela “catequização e civilização”. A principal forma de fazer isso seria “favorecer por todos os meios possíveis os matrimônios entre índios e brancos, e mulatos, que então se deverão estabelecer nas aldeias, havendo cuidado porém de evitar que pelo seu trato e maus costumes não arruinem os mesmos índios”. Qual é o objetivo dessa mistura de raças? Bonifácio afirma claramente: **“fazer deles todos um só corpo da nação, mais forte, instruída e empreendedora”** (grifo nosso) (HOLSTON, 2013, p. 103 – 104) .

Mesmo com a assimilação das teorias europeias de inferioridade racial, as elites rejeitavam a ideia da raça como fator imutável, com “raças inferiores” irrecuperáveis, concluindo numa miscigenação racial ineficiente, com sujeitos eternamente fadados a degeneração. A raça poderia se aperfeiçoar à medida que a mistura de raças entre povos mais escuros e mais claros fosse realizada, de forma que os mais escuros se tornariam mais claros de geração em geração. A sonhada unidade nacional, portanto, seria alcançada ao pintar de branco as outras cores: a redenção para enfim avançar o desenvolvimento do país.

Porém, tal estímulo à “integração”, fundado tanto na orientação cultural dominante inspirada no racismo científico quanto pela política oficial legislada desde o período colonial, resultou na espoliação de terras indígenas e empobrecimento de índios e negros. Holston (2013, p. 105) afirma que a mistura de raças servia “como estratégia velada para apropriação de terras indígenas e destruição de quaisquer identidades indígenas ou africanas autônomas no Brasil”. A inclusão nacional beneficiaria de uma forma que a miscigenação e a educação cristã podem transformar o “bruto” no “civilizado”.

A cidadania foi, em tese, outorgada aos indígenas, com igualdade jurídica, mas com o efeito necessário de que essas populações fossem tratadas como invisíveis e imaginadas (quase “fantasmas”), sem qualquer protagonismo social e carentes de relevância política. Tratados como lembrança histórica, os índios deviam ser conduzidos à integração nacional, à modernidade, à urbanização e à mestiçagem. Constituíram-se, na prática, cidadanias diferenciadas, cidadãos de segunda classe, com hierarquização das sociedades e estabelecimento de privilégios para certos grupos (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 136 – 137).

A inclusão do indígena é realizada num cenário controverso, incluindo de uma forma que absorve, se apossa e busca a extinção: extermínio de um grande número de pessoas, destruição de sociedades inteiras, roubo de territórios. O Estado não reconhecia a soberania das sociedades indígenas e muito menos permitia a possibilidade de existência de uma “nação indígena”: um atentado direto à construção de um Estado-nação/colônia e à unidade nacional necessária num país de dimensões continentais. Existir à parte, com cultura, terras ou até biologia próprias, não está dentro dos objetivos do colonizador (HOLSTON, 2013, p. 107). Holston (2013, p. 105) confirma que a especificidade étnica e a própria característica indígena seriam condições temporárias, pois os indígenas poderiam se tornar civilizados e inteiramente brasileiros, momento em que sua condição inferior de indianidade desapareceria. O colonizador, o Estado, conquista as terras brasileiras, logo é proprietário da terra em nome dos índios também, pois antes de sua chegada a terra era de “ninguém”. Ninguém ainda havia

atracado nas terras brasileiras, e os habitantes que aqui já viviam, na verdade, eram como crianças ainda a se desenvolver, sem razão apurada, vassalos em suas próprias terras. Órfãos, precisariam de uma tutela, com o Estado como legítimo proprietário e os indígenas com o usufruto das terras, bem público.

O aproveitamento da mão de obra indígena por meio da escravidão e outros regimes de trabalho forçado era parte fundante dos empreendimentos da metrópole na colônia. Os índios foram escravizados à exaustão. As chamadas “guerras justas”, enquanto doutrina e levadas a cabo, eram travadas contra os povos inimigos ou infiéis, que se recusavam a servir a Coroa Portuguesa ou aos preceitos cristãos, justificando a sua escravização, sendo inclusive utilizadas legalmente, como referência o Regimento de 17 de dezembro de 1548, de Tomé de Souza (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 128). Eram os pilares ideológicos da colonização: a cristianização e a civilização, submetendo os índios ao jugo da disciplina do trabalho europeu e a imposição da ordem social europeia por meio dos aldeamentos.

A economia extrativista de espólio era dependente do trabalho nativo, e a sujeição total só seria possível com sua domesticação ou aprisionamento. Eram duas fases: domesticação por meio de tutelas baseada em aldeamentos, com controle espiritual e dominação sobre o trabalho, e extermínio nas “guerras justas”. As aldeias controladas descaracterizavam e desintegravam uma comunidade, em que os “índios selvagens” eram capturados pelos “descimentos” (deslocamento para o aldeamento), com a missão de prepará-los para a “emancipação” final da tutela, a enfim transformação em brasileiros. Os indígenas que resistiam ao descimento eram alvos das “guerras justas”, em que se tornavam cativos, assassinados ou escravizados por um período de tempo determinado (em geral não inferior a 15 anos). As políticas assimilacionistas na colônia, imbuídas de violência real e simbólica, buscavam imiscuir paulatinamente os indígenas no restante da população para incorporá-los ao crescente corpo chamado Brasil. Era o nascimento de um novo homem.

No contexto da criação do mercado de terras no século XIX, as estratégias para adentrar nos sertões e tomar as terras ocupadas por indígenas percorriam a esteira da teoria do indigenato. Por mais que houvesse um discurso do caráter primário e congênito da terra dos índios, como os primeiros possuidores, (“legítimos senhores, pois Deus lhes deu [as terras]”, como argumentava Bonifácio), era, com efeito, uma ocultação do que o Estado orquestrava, mesmo que superficialmente contraditório. As “hordas selvagens” continuariam a ser

capturadas para novas aldeias/terras reservadas, liberando as áreas “desocupadas” do território para expansão da agricultura, pecuária e mineração. As terras reservadas prosseguiram como terras públicas, com os indígenas com o usufruto. Já para os aldeamentos, o fundamento era que restavam apenas “descendentes confundidos com a massa da população civilizada”, pós anos de políticas assimilacionistas, declarando-as, assim, aldeamentos abandonados, extintos ou dissolvidos. O Estado declara seu sucesso: após anos de aldeamentos, não há mais índios identificáveis, índios de verdade. O resultado da conjugação de ambas as estratégias é a expropriação quase que total dos indígenas pela usurpação legalizada (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 139 – 147).

Após variadas legislações e as insistências seculares das elites locais, Estados e União sobre os seus respectivos patrimônios, a disputa da propriedade por todos esses atores tomava o protagonismo (HOLSTON, 2013, p. 111 – 112). A omissão da voz indígena era evidente: há uma indiferença sobre suas reivindicações, ignorada pelo Diretório dos Índios em 1757, pelo Serviço de Proteção aos Índios e a Localização de Trabalhadores Nacionais em 1910, instituições e seus próprios tutores (regime da tutela orfanológica – juízes de órfãos, ou tutela estatal). As consequências para os indígenas não eram uma preocupação do Estado colonial ou republicano, pois nesta concepção de tutela não havia realmente uma medida protetiva, pois legitimava tomada de decisões pelos índios em aspectos fundamentais em suas vidas, tanto na tutela orfanológica, que durou quase um século, quanto na tutela estatal (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 139 – 140). As principais legislações reiteravam a tutela, devendo ser aplicada aos índios ainda identificáveis, ou seja, índios “puros”, ainda não assimilados. A tutela foi exercida segundo o grau de adaptação de cada indígena, tendo a incumbência de negociar as terras e dispor dos bens indígenas. Tal regime só seria superado com a Constituição de 1988 (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 156 – 158).

Importante também registrar que, mesmo no contexto de dominação, o indígena não se adequava a uma posição integralmente passiva, sem qualquer resistência. Mesmo nos aldeamentos, desenvolviam adaptações a nova realidade e se colocavam politicamente, na convivência de diversas etnias (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 135 – 136). Uma reorganização sociocultural de amplas proporções. Tais compreensões e formação de identidade tornam-se fundamentais para a luta por direitos como índios aldeados contra ameaças de particulares e atores governamentais, e na histórica resistência nos séculos seguintes. A questão indígena ganha força e passa a ter apoio de diversos setores sociais, à proporção que os indígenas

também se organizavam para denunciar os problemas que vivenciavam. Inclusive se utilizavam da legislação, mesmo que incompleta ou insatisfatória, a seu favor, como a carta que produziram em 1979, denunciando as violações e a mora nas demarcações, referenciados no Estatuto do Índio (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 178 – 179).

### **1.3. Novos paradigmas e interpretações: o momento constitucional da Constituição de 1988**

O processo de elaboração da Constituição de 1988, que durou 20 meses, inaugurou uma singular participação de setores marginalizados, sendo a primeira vez de muitos deles a disputar institucionalmente seus interesses, na proposta da construção da carta normativa que ocupa o topo do ordenamento jurídico. Adota-se a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 como um momento constitucional, conceito elaborado por Bruce Ackerman em sua obra *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Considerado como um período de intensa mobilização social e popular sobre a Constituição e temas constitucionais, visualiza-se um processo político deliberativo em que se determina o conteúdo dos direitos fundamentais, no cenário de transformação do sistema pela cidadania pública. Tais momentos históricos decisivos raramente ocorrem e se sujeitam a condições especiais da possibilidade de discordância política através de debates sérios entre forças opostas, com o mérito discutido nos fóruns de criação da lei: um processo de legitimidade plena (ACKERMAN, 2006, p. 7 – 8).

Os atores sociais envolveram-se no debate de uma forma que os forjou para prosseguir na atuação na seara institucional em sua luta por direitos, no reconhecimento e concretização destes. Resgatar este momento de elaboração é fundamental para compreendermos os interesses dos grupos políticos envolvidos, os movimentos políticos assumidos, e assim as disputas atuais de sentido sobre o mérito dos direitos fundamentais, em especial quando se encontram em conflito (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 177). É refletir na teoria e prática constitucional, bem como seus limites, a hermenêutica e os sentidos.

Sobre a questão indígena, em comparação a ordenamentos pretéritos, a Constituição de 88 rompe com o paradigma da assimilação, mesmo sendo ainda uma tímida resposta ao discurso que obstaculizava a concretização dos direitos territoriais indígenas. A Constituição Cidadã, apesar de suas limitações e a grande disputa sobre o que realmente ficaria registrado

no texto constitucional, institui e valoriza o direito dos povos indígenas; reconhecendo a dimensão territorial e reforçando suas instituições, culturas e tradições, pelo respeito à diversidade e pluralismo político (DUPRAT, 2018, p. 52 – 53). Respalhada pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a nova ordem constitucional recepciona e inaugura o entendimento de uma nova relação entre o Estado e seu povo para manutenção e fortalecimento de suas identidades, línguas e religiões. É uma guinada radical, que reconhece explicitamente a organização social indígena.

O elemento essencial terra é percebido como fundamental para o exercício dos direitos indígenas, na compreensão de sua cosmovisão sobre suas reais necessidades de reprodução cultural e de vida. O espaço geográfico ocupado não é somente o espaço em que o Estado exerce sua soberania, delimitado pelas fronteiras. Para os indígenas, na relação particular do grupo com a terra, o sentido de território tem diferentes formatos, uma categoria diferenciada. O território é condição para reprodução da vida, caracterizado por sua gestão comunitária e uma relação precípua com os recursos da natureza. É um dado inerente a seu modo de ver e pertencer ao mundo (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 102 – 105). Existe uma singularidade na forma de relação com a terra, que a base é o uso comum, e não o direito à propriedade privada (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 72 – 73). O tratamento jurídico, assim, já não poderia ser o mesmo, pois a apropriação da terra é diferente, um modelo que não é o mesmo da sociedade moderna.

Traçando um paralelo às lutas étnicas-territoriais na América Latina por conta de cosmovisões semelhantes aos povos indígenas, tecemos o exemplo das comunidades tradicionais Curvaradó e Jiguamiandó, na Colômbia, ao redor do rio Yurumanguí. Há conflitos territoriais na região entre tais comunidades e empresas que buscam aumentar sua área de cultivo para produção de banana e palma. As comunidades lutam para denunciar ao Estado e organismos internacionais a devastação e a invasão que as empresas têm realizado pela justificativa do desenvolvimento. Questionadas se não poderiam ser deslocadas para outro lugar, respondem: “*Nadie está dispuesto a salir de su territorio; a mí me matan aquí, pero yo no me voy*” (ninguém está disposto a sair de seu território; matam-me aqui, mas eu não vou embora) (ESCOBAR, 2013, p. 27).

A partir dessa fala, depreende-se que o significado que a terra possui para estes sujeitos afrocolombianos assume um caráter diferenciado ao da sociedade moderna. Em sua

cosmovisão, tem-se o conceito da territorialidade. Há uma ligação do indivíduo com o território em que finca os pés, a partir de uma visão ancestral, da continuidade de um mandato, com fortes laços de sociabilidade enquanto comunidade e terra, casa, lar, ambiente ao redor (ESCOBAR, 2013, p. 27 – 28). Não se reduz ao tempo presente e imediato. A vida somente faz sentido em comunidade, em que o território é elemento central para garantia de sua existência.

É uma ontologia relacional que tem como conclusão de que não há vida como sujeito independente que existe por si mesmo e por sua própria vontade; a vida existe pela vinculação entre seres humanos e não-humanos, por meio de inter-relações. As múltiplas existências são possíveis pela relação entre humanos e não-humanos, entre si próprios e em conjunto. A comunidade inclui o não-humano, como os animais, e os não-humanos considerados “objetos inanimados” pela sociedade moderna, tais como o rio e as árvores. A sensibilidade do mundo natural é tida como crença, por uma relação que não se identifica como sujeito – objeto, mas uma relação social que não se basta pelo uso ou funcionalidade da natureza. O mundo natural possui vida e é parte constitutiva e indispensável, assim como a relação em comunidade. Todo esse espaço coletivo é fundamental para criação e recriação de suas vidas, na garantia de sua sobrevivência étnica, histórica e cultural. O território, assim, alcança um patamar diferenciado, pois não é somente a terra como espaço geográfico ocupado, solo puro e simples: são todas as condições que garantem a reprodução da vida. Ter o direito ao território é condição para ser digno, para a autorreprodução das comunidades (ESCOBAR, 2013, p. 28 – 29).

Nesse cenário, o centro é o conteúdo do termo terra indígena, pois na cosmovisão da sociedade moderna, dos não-índios, comumente não se tem uma base de terra de uso comum combinada ao elemento de criação e recriação da vida. São sentidos diversos. Assim, não é um exercício fácil se utilizar do direito para preencher o conceito por inteiro, no contexto de uma visão totalizante do essencialismo moderno, que reconhece apenas uma cosmovisão possível.

Portanto, uma nova ordem constitucional que reconhece a validade de outros saberes e territorialidades, mesmo que de forma não específica e expressa, pode ser interpretada no direito à diversidade e pluralismo político, ainda que diferente do reconhecimento claro do Estado Plurinacional da Bolívia ou dos afroindígenas da Colômbia. Existe um vínculo com a

etnicidade e o pluralismo político, este um fundamento da República, mas também através dos diversos dispositivos do texto constitucional para além da compreensão do caráter existencial da terra, como a descrição dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira no artigo 216 (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 200). Ter um direito-matriz de diversidade social e pluralismo político poderia colaborar para a proteção do sentido do direito dos índios para os próprios índios (SILVA, 2015, p. 195 – 198). O esforço pela positivação jurídica desses sentidos é visualizado como uma tática atrativa para garantir os direitos indígenas, para que fossem marcados como direitos fundamentais, no cenário de violência e esbulho contra essas comunidades. Era preciso visibilidade para disputar os sentidos.

As mobilizações em torno do deslocamento forçado, as mortes de indígenas, a falta de demarcação de suas terras e a ausência de um projeto nacional que abarcasse seus interesses, ampliaram para além dos próprios índios e suas lideranças, alcançando setores sociais e entidades pró-indígenas, que analisavam as violações de seus direitos. A instituição da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), em 1977, foi um dos exemplos do impulsionamento à questão indígena e sua maior visibilidade crescente e em expansão (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 178 – 181).

O contexto de efervescência política por uma abertura política e uma nova Constituição favorecia a gênese do momento constitucional. No bojo de um programa mínimo dos indígenas, elaborado em 1986 por conta da sub-representação das minorias na Constituinte, a proposta era de reconhecimento dos direitos territoriais como habitat (posse permanente e inalienável das terras ocupadas), a defesa da demarcação e sua efetiva garantia, além do usufruto exclusivo dos recursos naturais no solo e subsolo. Objeto de grande disputa, os principais opositores eram: as Forças Armadas, em exasperação pela interpretação de que os pleitos eram de cunho separatista, em apego a unidade nacional; e as empresas mineradoras, na ambição da exploração de riquezas minerais (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 184 – 189).

Após longos debates na subcomissão de negros, populações indígenas, deficientes e minorias, posteriormente na comissão de ordem social, e finalmente na comissão de sistematização que se encaminha para a aprovação da versão final, a redação do texto enquadra-se nos artigos 231, em sete parágrafos, e 232, sobre o acesso ao juízo. Contemplou-se a retirada da “posse imemorial”, “localização permanente” e indígenas “aculturados”, e

previu-se o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas” (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 195). Os direitos territoriais compreendidos como condição para a continuidade da forma de vida indígena. Com fulcro no artigo 232, o reconhecimento da plena capacidade civil ao indígena, podendo associar-se livremente e representar seus interesses pessoalmente sem a intervenção de qualquer representante, é um grande avanço. Na prática, é a extinção da tutela estatal, exercida anteriormente pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) (OLIVEIRA, 2017, p. 293). Vitórias importantes advindas de intensas mobilizações dos indígenas e entidades pró-indígenas, com a ruptura do regime tutelar e a reconção do valor que o território possui para tal ator político. É a soma dos espaços de habitação, atividade produtiva, de preservação ambiental e dos locais necessários para reprodução física e cultural, além de não se fazer distinção entre os estágios de integração do indígena (DUPRAT, 2018, p. 55).

Em uma articulação civilista da posse e propriedade com a territorialidade indígena, o tratamento jurídico-constitucional fundamenta-se a partir de novos contornos, como um tipo de propriedade especial coletiva a partir de saberes e costumes específicos, respaldada pelo reconhecimento de sua organização social (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 127 – 130). Não se enquadra somente como uma terra pública na visão do regime administrativo dos bens públicos, ou privada/particular de uma comunidade indígena como visualizada pelo Código Civil. A terra indígena se enquadra em um regime jurídico especial, na combinação da posse com a dimensão étnico-cultural. Não é a mera apreensão física do bem, pois possui destinação coletiva e para além da noção ordinária de habitação (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 212 – 214).

A originariedade do direito ao território tradicionalmente ocupado não é uma ocupação ou simples posse, e independe de legitimação, por uma certa remissão a teoria do indigenato, na ideia de algo congênito e primário. Porém, combinado ao elemento da tradicionalidade, considera-se o sentido étnico-cultural do território, a cosmovisão indígena. O afastamento da “ocupação imemorial” no conceito constitucional não exige comprovação de uma ocupação em um passado remoto, em um modelo cristalizado. Deste modo, dificultaria o reconhecimento pelo Estado, havendo de investigar exaustivamente para demonstrar de forma fática a trajetória de um povo com ligação direta aos primários ocupantes. É preciso reconhecer a reivindicação territorial no presente, para assim construir o direito efetivamente, na ideia de continuidade histórica (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 211).

A tradicionalidade não exige que a ocupação de território do presente seja uma continuação de ocupação de um passado remoto, desde a colonização. No mesmo sentido, não se trata de configurar como terra indígena ocupação do passado sem mais vínculos com as lutas indígenas do presente: pensamento contrário, além de significar uma visão a-histórica e estanque da cultura, portanto etnocêntrica e assimilacionista, daria munição ao conservador argumento da “Síndrome de Copacabana”, posto que no passado todo território nacional, por óbvio, já foi ocupado por povos indígenas (SARTORI JUNIOR, 2018, p. 138).

A partir da transcrição literal do texto constitucional, compreende-se que a terra indígena é aquela habitada pelo índio em caráter permanente, utilizada para sua atividade produtiva, imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e sua reprodução física e cultural, com base nos seus usos, costumes e tradições. Os requisitos para configuração de uma terra indígena, assim, não podem ser analisados de forma individual e estática como suficiente, pois o conjunto simultâneo deve ser aferido pelo modo de vida indígena, mesmo que se utilizem termos próprios na redação da cultura jurídica moderna, como “bem da União”. Antes de se visualizar cada característica, não se pode perder de vista a diretriz da cosmovisão indígena, ou seja, os usos, costumes e tradições dos próprios indígenas (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 215 – 219).

Há acirradas disputas na esfera administrativa e judicial, muitas vezes também alcançando confronto literal, questão bastante sensível nas regiões com atividade do agronegócio. Como terras de propriedade da União, demarca-se via processo administrativo por competência do governo federal, garantindo o usufruto permanente e exclusivo dos indígenas, com o pano de fundo do seu modo de vida. Há nulidade jurídica dos atos de ocupação, domínio ou posse sobre terras indígenas, cabendo ação de indenização em face da União somente para as benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. O processo minucioso é regulado por normas infraconstitucionais, como o Decreto n.º 1.775/1996, sem deixar de levar em consideração os preceitos constitucionais e o capítulo específico à temática indígena, logo, o conjunto do ordenamento jurídico, através de uma leitura sistêmica. Portanto, temos o encontro dos dispositivos normativos com a cosmovisão indígena, em conjunto a mediação do trabalho de antropólogos e historiadores, produzindo os estudos necessários para comprovar os requisitos da terra indígena. Aciona-se o órgão especializado Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o ministro da Justiça e o presidente da República, com garantia do contraditório, além do Ministério Público Federal (MPF), que acompanha todo o processo para certificar a legitimidade e legalidade. A qualquer tempo o Poder Judiciário pode ser demandado, podendo

suspender ou anular a demarcação, mesmo em territórios já demarcados (BARBOSA, 2018, p. 127 – 128).

Com a Constituição de 1988, como um momento constitucional notável que atinge diretamente o paradigma assimilacionista, afirmamos que foi construída uma arena política para os atores apresentarem seus argumentos para fundamentar suas posições, desta vez com o diferencial da participação ativa dos indígenas e seus aliados na formulação do novo texto constitucional. A “paulatina integração à comunhão nacional” foi rechaçada. Frisa-se que por mais que tenhamos uma ordem constitucional díspar por mais de 30 anos, prosseguimos com instituições e institutos pretéritos a esta ordem que pouco modificaram suas estruturas, compreensões e ações. Instituições, portanto, que prosseguem em naturalizar, espontaneamente, a inferiorização dos indígenas. Deste modo, a conquista dos direitos territoriais indígenas e o entendimento da questão indígena de forma não-hierarquizante não advêm pela promulgação de um texto normativo fundamental, apesar de alto status enquanto Constituição. Os intérpretes do texto, aqueles que dão vida a Carta de Direitos, podem continuar com as lentes progressas, o que obstaculiza a promoção e efetividade dos objetos e direitos enunciados (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 197 – 203). Portanto, a batalha não teve um fim: a arena política persiste, como verificaremos nos capítulos seguintes a partir da tese do marco temporal e seus principais fundamentos.

## 2. A JUDICIALIZAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

O breve histórico exposto no Capítulo 1 acerca dos direitos territoriais indígenas afirma paradigmas da política indigenista no Brasil com suas limitações, avanços e transformações, identificados pelas relações entre Estado, sociedade e povos indígenas. Tínhamos formalmente um padrão de concentração dos índios em pequenas áreas, com o objetivo de liberar terras para expansão econômica, e a noção da tutela dos índios, racionalidade de fundamento às políticas e à atuação estatal.

Resgatando a concepção tutelar desde a tutela pelo juiz de órfãos até a tutela abstrata estatal; esta se comporta como um vitral de diferentes cores. Um destes pedaços de vidro tem matizes bastante hierarquizadas, estabelecendo um modelo único de civilização e desenvolvimento a ser seguido, e outro destes tem por destaque uma forma mais apaixonada, pela necessidade de salvaguardar o que considera indefeso. Ainda que possua diferentes cores ao longo dos momentos históricos, a matéria-prima é a mesmíssima, o vitral representa uma única figura: a proteção de uma mãe com seu filho, que pode ser mais autoritária pelos violentos castigos ou benevolente pelos aparentes cuidados, mas que não permite a autonomia do ser protegido. Porque é para seu bem. Instituições estatais que “cuidam” dos filhos de terra idade para seguir seus preceitos e regras, para que um dia deixem sua condição transitória de indianidade. É o objetivo da passagem do indígena a um cidadão civilizado: um objeto que precisa ser conduzido. Este caráter maternal de simulada proteção omite violências, como convencimento fraudulento, coação, constrangimento, negação da identidade étnica e imposição de um modo de vida; mas também oculta o cenário de guerra como comportamento naturalizado frente aos povos indígenas.

Com a Constituição Federal de 1988, produto de um momento constitucional singular, há uma mudança da relação do Estado com os indígenas. Um marco que assume que os povos indígenas têm direito ao futuro, não mais como condição transitória, um passado em vias de extinção. Diante de um processo complexo e dinâmico no período de redemocratização, a Carta Magna dedicou um capítulo específico aos indígenas, conduzindo do integracionismo nacional ao reconhecimento das diferenças étnicas e culturais e seus direitos decorrentes. Este quadro normativo buscou superar erros históricos das políticas integracionistas, que se revestiam pela concepção tutelar. Traz à baila a positivação da garantia da reprodução física e

cultural dos indígenas. A territorialidade indígena, deste modo, assume ponto central para a garantia de direitos, no fundamento da cosmovisão indígena que corpo, vida, comunidade e terra são o território (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 142).

Porém, compreendendo que o Estado não se realiza somente a partir do seu ordenamento jurídico e de suas agências, há um campo de disputa em que a luta por direitos territoriais acontece. Não bastou positivizar os direitos, ainda que hajam mecanismos e regras claras de aplicação imediata para sua efetivação. O reconhecimento da autonomia dos povos indígenas, da sua organização social e seu modo de vida, não tem sido suficiente, pois há uma permanente disputa de sentidos (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 143). Os intérpretes e aplicadores da norma constitucional ainda refletem paradigmas que bloqueiam a autodeterminação, julgando naturalmente necessária a tutela dos indígenas<sup>3</sup>.

Assim, temos conceitos jurídicos e construções jurisprudenciais que sustentam sentidos diferenciados aos defendidos pelos povos indígenas e aliados no processo da Constituinte de

---

<sup>3</sup> Preliminarmente, resgatamos a crítica já apresentada no presente trabalho sobre o descompasso entre as instituições, seus atores e a ordem constitucional que extingue o regime tutelar e reconhece a autonomia dos povos indígenas. Sinais como esse revelam pontos de partida, leituras e uma racionalidade que não se acomodam bem aos preceitos fundamentais e os sentidos declarados pela Carta Magna, da forma que este trabalho e suas referências leem, depreendendo uma base teórica que não se encaixa. Decerto que em diversos outros julgados é possível identificar o desalinho, mas evidenciamos um deles a título exemplificativo, para melhor compreensão do cenário. Na leitura do voto-vista do Min. Marco Aurélio no caso Raposa Serra do Sol, destacamos tais trechos: “é certa a necessidade de interpretação dos dispositivos que conferem proteção aos índios em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a **favorecer a integração social e a unidade política** em todo o território brasileiro. O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a **natural miscigenação**, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso” (p. 38); “surge incontroversa a necessidade de consulta a todas as comunidades envolvidas na demarcação. O estágio de **acultramento talvez tenha avançado de tal maneira** que não mais interessa o total isolamento do povo indígena, de forma a viabilizar a vida como em tempos ancestrais” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.mar.2009, p. 604, 633, grifos nossos. Com novas competências declaradas pela CF/88, o STF se torna mais semelhante a uma Corte Constitucional, apesar de não alterar a composição da Suprema Corte (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 221). Membros antigos perante uma nova ordem constitucional. Ainda assim, na matéria indígena, o STF possui uma posição de relativo garantidor dos direitos, impulsionada por parte da doutrina, pelo debate constituinte e a movimentação dos indígenas e seus aliados. O que chamamos atenção é que há limitações na atuação da Suprema Corte na garantia dos direitos indígenas, por dar sinais de que sua base teórica não é harmônica por completo ao sentido lido pelas lentes dos referenciais dissertados neste trabalho.

1987, e do que foi pactuado na Constituição – desacertos interpretativos, mas que trazem consequências concretas. Há um apego a carga assimilacionista invocada por premissas gramaticais monológicas dos conceitos jurídicos. Tais premissas não consideram como elementar uma ecologia de saberes para a compreensão do conceito de posse constitucional. O conteúdo e essência de “terras tradicionalmente ocupadas”, especialmente, são atingidos por variadas técnicas interpretativas, esquadrinhando, no centro, o fator temporal (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 218 – 219). Questiona-se a permanência da ocupação, e se deve haver alguma referência temporal de ocupação da área indígena, no intuito de cristalizar parâmetros objetivos para a concretização do direito territorial.

Com a arena política posta nos contornos do regime jurídico das terras indígenas, o Supremo Tribunal Federal e outras instâncias judiciais delineiam a tese do marco temporal. Evidenciada no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol em Roraima por meio da Petição 3.388 ao STF, estabelece a necessidade da prova de ocupação tradicional na data da promulgação da CF/88 para o reconhecimento da terra indígena (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 143 – 145). Nesse entendimento, o dia 05 de outubro de 1988 é um marco para demarcação, exigindo prova de ocupação dos indígenas na determinada área ou prova de suas exceções, que seriam a resistência física ou ação judicial protocolada por conta de “renitente esbulho”. Neste capítulo, analisaremos com mais profundidade o caso Raposa Serra do Sol, fundamentando como o marco temporal foi concebido (a ser melhor apreciado no capítulo seguinte), mas em especial o tratamento dado na arena política posta no Supremo Tribunal Federal. Veremos que a partir de Raposa Serra do Sol, os direitos territoriais indígenas podem ser interpretados de uma forma que pode se contrapor à posição assumida pela Constituição Federal de 1988.

## **2.1. A Petição 3.388/RR no Supremo Tribunal Federal**

O caso Raposa Serra do Sol é muito significativo no contexto de variados casos levados para discussão no sistema de justiça, para traçar quesitos dos processos demarcatórios e na efetivação dos direitos territoriais indígenas. Como cada etapa e ato da demarcação pode ser questionado no Poder Judiciário, nos termos do Decreto 1.775/1996, há uma crescente judicialização para definir o domínio, a posse e a propriedade da terra Brasil afora. Este julgamento retoma temas discutidos na Assembleia Constituinte de 1987, e agrega outros

temas, pela complexificação das demarcações na realidade concreta e embates entre os agentes políticos de interesses divergentes. Tal caso consolida entendimentos que já vinham sendo delimitados em outros julgados e inaugura outras interpretações (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 228 – 229).

De acordo com os dados do Instituto Socioambiental e do Conselho Indigenista Missionário<sup>4</sup>, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol possui uma área de 1,74 milhão de hectares e uma população de 25.635 pessoas dividida entre as 5 etnias Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana. A TI foi demarcada pela Portaria n.º 534 do Ministério da Justiça, emitida em 13 de abril de 2005, e pelo Decreto Presidencial S/N que homologa o processo em 15 de abril de 2005. Com 6 artigos, o Decreto declara a posse permanente das 5 etnias que lá vivem e determina a sua extensão, com os 1,74 milhão de hectares em área contínua situados nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã. Sendo faixa de fronteira brasileira entre Guiana e Venezuela, é área considerada fundamental para defesa do território nacional, concedendo ressalva para a atuação das Forças Armadas para defesa do território e soberania nacionais. Há a determinação de exclusão da TI as linhas de transmissão de energia que perpassam a área, os leitos das rodovias, equipamentos e instalações públicos federais incluídos e áreas urbana e a destinada ao 6º Pelotão Especial de Fronteira. Há também a proibição do ingresso, trânsito e permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro da TI, com a ressalva da presença de agentes públicos e particulares autorizados, sendo determinada a retirada dos ocupantes não-índios em “prazo razoável, não superior a 1 ano”, contado a partir da data do decreto homologatório da Presidência<sup>5</sup>.

Dias após a homologação da demarcação da Raposa Serra do Sol, em 20 de abril de 2005, o senador Augusto Affonso Botelho Neto (PT) ajuizou a demanda, e o senador

---

4 O Instituto Socioambiental (ISA) é uma organização da sociedade civil de interesse público que desde 1994 propõe “soluções de forma integrada a questões sociais e ambientais com foco central na defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos”. No seu sítio na rede mundial de computadores consta uma documentação expressiva com dados atualizados periodicamente das terras indígenas no Brasil, que pode ser consultada em: <<https://www.terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3835>>. Acesso em 20.nov.2019. O dado mais atualizado (referência ano 2018) acerca do quantitativo populacional advém de notícia veiculada pelo Conselho Indigenista Missionário e reproduzida pelo ISA, por meio do endereço eletrônico: <<https://www.terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/202964>>. Acesso em 20.nov.2019.

5 Decreto homologatório da Presidência da República encontrado em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm)>; Portaria n.º 534 encontrada em: <<https://sogis.sogi.com.br/Arquivo/Modulo113.MRID109/Registro3932/documento%201.pdf>>. Há também uma notícia consultada no endereço eletrônico do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95028>>. Todos os acessos em 20.nov.2019.

Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB) colocou-se como assistente na ação popular perante o STF, suscitando a nulidade da demarcação da TI. Sustentaram que houve um procedimento de demarcação viciado que ofendia os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal. Dentre os vários argumentos, havia a defesa de uma demarcação picotada, a denúncia da não observância do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo, a parcialidade do laudo antropológico, ameaça a segurança e soberania nacionais por demarcação em área de fronteira, mutilação do território do Estado-membro e privilégio dos direitos indígenas frente a livre iniciativa (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 229).

A demarcação contínua foi questionada pois o argumento era que tal modelo prejudicaria gravemente os não-índios nos elementos comercial, econômico e social, levando em conta as fazendas, sítios e garimpos localizados na área. Alegam direito adquirido de áreas possuídas de boa-fé e com justo título, com títulos possessórios e documentos timbrados de muitos anos, com posse antiquíssima. Peticionam que se houver demarcação, que seja de forma descontínua, por ilhas, para não promover o desterro dos não-índios, muitos que tiveram suas raízes e sua infância naquelas mesmas terras, não podendo ser expulsos (BRASIL, 2009, p. 610). Pela ementa, a Suprema Corte afirma que a ideia de continuidade garante a autossuficiência econômica e cultural de toda a comunidade usufrutuária e a formação do perfil coletivo da comunidade, e que o fechamento em ilhas poderia eliminar progressivamente os elementos da cultura própria indígena. Cada porção de terra é compatível à forma de organização social da respectiva etnia, ou de etnias com relações amistosas, o que impediria espaços intervalados para ocupação de não-índios. Os direitos “originários” preponderam sobre pretensos direitos adquiridos (BRASIL, 2009, p. 237 – 238).

Os vícios denunciados seriam de não haver contraditório no processo administrativo, pois não foram ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela demarcação, e a parcialidade do laudo antropológico, assinado por apenas um profissional, deixando claro que existiu parcialidade no caso. O Pleno compreendeu que os trabalhos de demarcação foram iniciados em 1977, tornando-se fato público e notório, que denotaria tempo suficiente para todos aqueles que estivessem inconformados com a área demarcada assim ofertar eventual contradita, na tese *tempus regit actum* (o tempo rege o ato). A metodologia antropológica foi observada pelos profissionais competentes, e não se impugna laudo por conta do profissional simpatizar suposta ou efetivamente com alguma tese, o que não atesta parcialidade, já que

houve um trabalho antropológico que respeita as coordenadas constitucionais (BRASIL, 2009, p. 248, 329, 333).

Sobre o argumento de segurança e soberania nacionais, embasam-se os impetrantes sobre a área demarcada envolver a fronteira trinacional entre Brasil, Venezuela e Guiana, considerada fundamental para a defesa do território nacional e na sua integridade territorial, afirmando que o Exército não poderia atuar ativamente, com a possibilidade de favorecer o surgimento de movimentos separatistas, narcotráfico, contrabando e refúgio para criminosos dos 3 países. A diminuição do Estado em área tão complexa seria um erro histórico. O STF refuta que é compatível o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira, pois não seria uma fragilidade estrutural das faixas de fronteira, já que a permanente alocação dos indígenas obrigaria o Estado a se fazer presente nessas áreas estratégicas por mecanismos como postos de vigilância, até sem precisar de licença. A própria Portaria indica a necessidade de atuação das Forças Armadas na área. (BRASIL, 2009, p. 239, 258).

Outro vício denunciado é de que haveria uma desvantajosa mutilação do estado de Roraima, em especial do município de Uiramutã, que poderia ser extinto, tendo em vista que a área a ser demarcada comprometeria o município por inteiro. Veem como desvantajosa porque subtrai patrimônio do território e obstaculiza a expansão da economia no setor primário, extrativista vegetal e minerário, além de não ser possível desconstituir municípios por decreto presidencial. A Suprema Corte esclarece que a Portaria já exclui da área demarcada o núcleo urbano do município, e que não é possível um decreto federal extinguir municípios. O ato de demarcação não significa que um município será mutilado ou extinto, pois não se confunde titularidade de bens com senhorio de um território político, precisamente porque Uiramutã tem 90% de sua população declarada como indígena (BRASIL, 2009, p. 251, 257, 273).

Sobre o privilégio indígena, a demarcação de Raposa Serra do Sol feriria o princípio da razoabilidade, já que privilegia largamente o indígena em detrimento a outros direitos e sujeitos. O Relator Min. Ayres Britto assegura que há desvantagens comparativas das minorias, tal qual os indígenas, perante a outros segmentos sociais, sendo necessário viabilizar mecanismos de ações afirmativas para construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, numa era constitucional compensatória. Assim, para devida integração comunitária deve-se considerar de modo respeitoso a protagonização dos segmentos minoritários, levando

em conta os “direitos originários”. É possível diversificar o potencial econômico dos territórios pela culturalidade intraétnica (BRASIL, 2009, p. 247, 285, 286, 294).

O primeiro dia do julgamento do caso, em 28 de agosto de 2008, não era um dia normal de expediente no Supremo Tribunal Federal. A lotação máxima de 376 lugares foi preenchida, e antes da sessão houve uma fila a ser formada ainda na madrugada, com a necessidade de se instalar um telão para aqueles que não conseguiram adentrar no plenário. Cinegrafistas, fotógrafos, canais de televisão, emissoras de rádio e jornais acompanhavam atentamente o julgamento, não apenas o relatando, mas acrescentando análises e discussões (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 144 – 145). Mas por quais motivos tanta atenção pela sociedade civil e tratamento tão singular ao caso?

O caso Raposa Serra do Sol teve grande visibilidade, tratado de forma complexa em 51 volumes, com exaustivas e numerosas provas documentais e diversos pedidos de ingresso no feito no curso do processo. Muitos agentes e instituições se demonstraram juridicamente interessados em tal oportunidade. As teses sustentadas na ação popular foram levadas ao Poder Judiciário para decisão da Suprema Corte, pois setores políticos e econômicos criaram altas expectativas para que fosse obtida do STF uma interpretação mais restritiva dos direitos territoriais indígenas, diante da estratégia de litigância que já se empenhavam há alguns anos. Havia uma longa batalha política e judicial sobre a área que se arrastava desde o início do processo administrativo em 1977, que contou com os mais diversos tipos de ação judicial em variadas competências, como ações possessórias na Justiça Estadual e Justiça Federal, ação cautelar, ação popular, ação civil originária, ação direta de inconstitucionalidade e mandado de segurança junto ao STF (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 155).

Merecem ser destacadas algumas das táticas que o autor e assistentes da Ação Popular 3.388 adotaram na arena política instituída no STF. O conteúdo do discurso a ser analisado iniciou com a posição de que os indígenas de Raposa Serra do Sol eram aculturados, o que não justificaria qualquer proteção constitucional “especial”; para então se modificar ao curso do processo para admitir a demarcação picotada, alegando total intransigência das comunidades indígenas que insistiam de forma maniqueísta que fosse mantida demarcação de suas terras, e de forma contínua. Além do engenhoso discurso, o Estado de Roraima e os produtores rurais contrataram ex-Ministros para assessorar e advogar pelas partes, como Francisco Rezek e Maurício Corrêa, visando supostamente alcançar alguma influência perante

a Suprema Corte, mesmo que tivessem a possibilidade de contratar advogados especialistas no tema ou a própria Procuradoria do Estado. Assim conformavam-se dois grandes blocos no processo, em que ambos buscavam aumentar sua zona de influência e adeptos, para demonstrar força na arena posta. De um lado, representantes das Forças Armadas, do Estado de Roraima, de alguns Municípios de Roraima, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa, os produtores rurais e demais ocupantes não-indígenas. Do outro, comunidades indígenas e suas associações, representantes do Ministério Público Federal, da Fundação Nacional do Índio, da União, movimentos populares e organizações não-governamentais (NÓBREGA, 2011, p. 160 – 161). A movimentação política era intensa e dinâmica, com o Estado dividido nas duas posições pelas suas instituições. Os dois blocos em tensão que questionaram por décadas um ao outro, nesse momento transferiam sua arena política para os ditames e escolhas da Suprema Corte, a mediadora do conflito.

Nos caminhos da Ação Popular 3.388 que carregava o cenário de absoluta instabilidade e tensão por anos, o STF por fim apreciou o mérito da decisão com um julgamento fracionado por conta de pedidos de vista. A visibilidade foi tamanha que em 2008 três ministros do STF sobrevoaram a área e aterrissaram na aldeia Serra do Sol, como uma diligência judicial para resolver a questão de forma apurada, para que então pudessem ser integralmente convencidos por um juízo mais aprofundado (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 146).

O caso Raposa Serra do Sol, portanto, não se tratava de uma mera questão jurídica ordinária. Tornou-se um caso paradigmático. Como o Min. Gilmar Mendes declarou em discussão no plenário, “não estamos a falar apenas deste caso, como já ficou demonstrado, mas definindo, de alguma forma, o quadro demarcatório que deve vigor a partir desta decisão” (BRASIL, 2009, p. 557 – 558). A disputa pelo território, que não possuía apenas esse caso como exemplo contestado no Judiciário, teve particular importância na Raposa Serra do Sol porque o STF se portou de modo a criar expectativas que pela primeira vez analisaria profundamente o mérito do significado e das implicações da questão indígena e seus direitos territoriais, balizando interpretações (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 149).

A ação popular não foi conhecida em parte por ter pretensões autorais de exclusão de áreas demarcadas que já haviam sido excluídas, com pedidos já contemplados ou com matéria estranha a demanda ajuizada. O STF declarou a inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório da TI, reconhecendo a constitucionalidade e a legalidade da

Portaria n.º 534 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial homologatório, sendo devida a totalidade da área demarcada. Houve o acréscimo de declaração de fundamentos e salvaguardas institucionais, tendo em vista a relevância político-social temática do caso. Foram 9 votos pela procedência parcial da ação (Mins. Ayres Britto, Menezes Direito, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ellen Gracie), vencidos Min. Marco Aurélio que votou pela procedência e Min. Joaquim Barbosa que votou pela improcedência, com execução da decisão para imediato cumprimento.

As composturas e posições dos Ministros de certa forma preteriram os saberes antropológicos, embasando-se pela ciência linguística dos dicionários ou a biológica. Expuseram, por exemplo, a formação de nação brasileira una, sem o direito à diferença e a coexistência de diversidade, e o significado de índios na Carta Magna como coletivo de nativos (NÓBREGA, 2011, p. 174 – 175). Para além disso, com os votos assentados, foram expostas posições diferenciadas, interpretações, metodologias, pontos de partida e horizontes de chegada bastante amplos da Suprema Corte, e que por consequência, encontravam-se num ponto final de alguma forma desajeitada, em especial na conclusão dos votos de cada um (NÓBREGA, 2011, p. 230). Os votos perpassaram por experiências pessoais, federalismo e sua ampla gama de ramificações teóricas, hermenêutica de variados conceitos do artigo 231 da Carta Magna e para além dele, direito alemão e direito internacional, dentre outros elementos. Mas, de todos os elementos empregados, logo na segunda sessão de julgamento foram propostas condicionantes que inovaram de forma inesperada o caminho que o caso poderia possuir.

Uma das principais consequências do julgamento de Raposa Serra do Sol foi o estabelecimento das salvaguardas institucionais. O Min. Menezes Direito, segundo ministro a votar, após o seu pedido de vista não apenas declarou um voto parcialmente divergente. O Ministro propôs 18 condicionantes acerca das demarcações de terras indígenas no cumprimento dos direitos territoriais indígenas protegidos pela Constituição. A grande maioria dos ministros acompanhou o voto do relator e se somou às salvaguardas do Min. Menezes Direito, com exceção do Min. Joaquim Barbosa, que foi o único a se posicionar contrário às ressalvas. Mais uma condicionante, a 19ª, foi apresentada em discussão no plenário pelo Min. Pres. Gilmar Mendes. Após o debate, a nomenclatura escolhida foi de salvaguarda institucional em vez de condicionante. Apesar das salvaguardas institucionais aprovadas, sobre as quais faremos uma exposição breve nas próximas páginas, é possível

apontar pontos positivos da decisão que reconheceu a legalidade do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e derrubou a liminar que permitia a presença de não-índios na área. De forma ampla, Raposa Serra do Sol se torna um marco para a questão indígena, que provocou a Suprema Corte a se debruçar sobre a questão com uma profundidade inédita.

Elementos relevantes foram determinados, que balizam constitucionalmente a discussão sobre terras indígenas. Como declaram Yamada e Villares (2010, p. 148), “respeitou-se a tradição jurídica do reconhecimento dos territórios indígenas e da não aceitação do esbulho como forma de aquisição de propriedade”. Ainda que a todo momento não tenham sido empregados os mais adequados termos e nomenclaturas, possivelmente pela pouca aproximação cotidiana com os temas antropológicos, foram reconhecidos pontos favoráveis a questão indígena. A reconção dos direitos indígenas como originários; a proteção dos indígenas sem o critério de “ser de verdade”, ignorando a “aculturação” com os não-índios; as controvérsias dos Estados na demarcação e suas devidas limitações políticas; a legitimidade da demarcação de forma contínua; a pertinência com a proteção ambiental e a proteção do território nacional e a coexistência com o desenvolvimento foram alguns dos pontos benéficos declarados na decisão. Vale destacar os itens 12 e 13 da ementa, que possuem muita referência ao voto do Min. Relator Ayres Britto:

12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio) (BRASIL, 2009, p. 237).

No entanto, para além das questões jurídicas e dos pontos favoráveis aos indígenas, também foram determinados pontos controversos que vão na contramão da interpretação que

este trabalho faz da ordem constitucional vigente. A olhos vistos há uma grande dificuldade em se efetivar o respeito, construção e reconhecimento de uma sociedade verdadeiramente diversa e pluralista, apesar de mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal que não escreve alterações para o imediato, mas que principia o futuro e seus caminhos para a sociedade brasileira.

As 19 condicionantes declaradas, denominadas de “salvaguardas institucionais” no acórdão, estabelecem regras para a demarcação de terras indígenas por meio de uma leitura que o Min. Menezes Direito, acompanhado pela grande maioria dos demais Ministros, faz da Constituição. Pinçam Raposa Serra do Sol e a utilizam como exemplo para finalmente “pôr ordem” à demarcação, trazendo elementos estranhos ao processo e que nem sequer foram mencionados em todos os mais de 50 volumes. O próprio Min. Relator Ayres Britto, que no fim se alinha às condicionantes, afirma em momento de esclarecimento, pós-voto das 18 condicionantes de Min. Menezes Direito:

Só tenho dúvida - mas isso também será objeto de uma rediscussão - se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão **extra petita**, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido. O que foi pedido na ação popular? A nulidade de todo o processo de demarcação e, sobretudo, a descaracterização do formato demarcatório que, nos termos do decreto do Presidente da República, foi um formato contínuo, e o autor popular propõe que o formato seja descontínuo. Ou seja, nulidade do processo com foco para a impossibilidade de adoção do formato contínuo. Mas isso será retomado (grifos originais) (BRASIL, 2009, p. 421).

## **2.2. As 19 salvaguardas institucionais: regras gerais para futuras demarcações?**

A Ação Popular 3.388 não exigiu condicionantes, não mencionou a necessidade de regras, mas por um voto-vista, com um debate de algumas sessões entre os Ministros e sem oportunidade de sustentação oral para comentar os novos elementos, as 19 condicionantes foram registradas em ementa. Foram consideradas como operacionalização da decisão por meio de uma “técnica criativa e inteligente” (BRASIL, 2009, p. 748). Vencido foi o Min. Joaquim Barbosa, o único a se posicionar favoravelmente ao contraditório quando o advogado assistente das Comunidades Indígenas Socó e outras suscitou uma questão de ordem para sustentação oral de elemento novo consubstanciado:

Senhor Presidente, eu voto pela concessão do prazo porque as dezoito propostas feitas no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito inovam, radicalmente,

em relação ao que foi proposto na ação popular. **Não se debateu a respeito dessas propostas em nenhum momento**, ao longo da discussão deste processo. Portanto, eu acho perfeita. Se a Corte está determinada a impor essas dezoito condições, que ela, pelo menos, ouça o que as partes interessadas têm a dizer sobre elas [...] Mas a Corte estará decidindo uma questão séria, que trará constrangimentos a comunidades, sem jamais debater, **sem que as partes tenham podido debatê-la**, trazer os seus argumentos [...] [os anteparos institucionais] **Inovam em relação à Constituição**, ao que diz a Constituição (grifos nossos) (BRASIL, 2009, p. 747).

O esforço é de destrinchar o artigo 231 da Carta Magna para interpretar como deve ser realizada a demarcação de terra indígena. Compreende o Min. Menezes Direito que a definição de terras indígenas é “terras que os índios tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 2009, p. 378). Elenca como central os núcleos “tradicionalmente” e “ocupam” para orientar a definição de terra indígena. O termo “ocupadas” do artigo 231, assim, traz uma ideia de presente. A proteção foi iniciada pela Constituição de 1988, devendo a ocupação ser um fato verificado para haver a garantia do direito. São terras ocupadas pelos índios, não terras que eram ocupadas em tempos remotos ou que foram ocupadas e não ocupam mais (NÓBREGA, 2011, p. 193). O são, e não eram ou foram. O presente, portanto o dia 05 de outubro de 1988, é uma “chapa radiográfica” que delimita o direito territorial indígena. Em suas palavras:

O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor (BRASIL, 2009, p. 378).

Com a ocupação indígena como um fato que deve ser verificado, com pressupostos de Min. Menezes Direito e de alguma forma pincelados no voto de Min. Ayres Britto, o STF acolhe a teoria do fato indígena. É a implicação da substituição da teoria do indigenato, interpretando como critério constitucional a aferição da presença física permanente da comunidade indígena no dia da promulgação da Constituição, por conta do verbo conjugado “ocupam”, no presente (NÓBREGA, 2011, p. 194). Apesar de constar o termo direitos originários na ementa, o direito congênito e a ideia dos índios como senhores primeiros da terra Brasilis como referências a teoria do indigenato, a teoria do fato indígena a substitui a medida que se estabelecem as 19 condicionantes na ementa, em especial o marco temporal. É uma modificação profunda da compreensão de posse indígena. Como aponta Araujo Junior (2018, p. 231), “[...] [é] para prestigiar a segurança jurídica e afastar supostas dificuldades práticas decorrentes de uma investigação imemorial da ocupação indígena” que a teoria do fato tem fundamento.

Sobre o termo “tradicionalmente”, filia-se à teoria da doutrina majoritária do “modo de ocupar”. É o próprio Min. Menezes Direito que se referencia nas palavras de José Afonso da Silva para que não se detenha em tempos pretéritos de uma ocupação imemorial, difíceis de serem delimitadas, já que se perderam na memória. Trata-se do modo de vida que se deseja preservar combinado a um caráter permanente, ininterrupto.

Nesse contexto de análise que Min. Menezes Direito alcança as suas 18 condicionantes. Após debate no plenário, acrescenta-se mais uma proposta pelo Min. Pres. Gilmar Mendes, findando 19 “salvaguardas institucionais”. Adotou-se a teoria do fato indígena e uma interpretação dita sistêmica da Carta Federal, combinada a uma interpretação literal do artigo 231. Há uma grande quantidade destas salvaguardas que versam sobre usufruto, apresentando diversas restrições (VIEIRA, 2010, p. 7.625).

A primeira condicionante é sobre o usufruto dos recursos naturais que poderá ser relativizado por relevante interesse público da União, por meio de lei complementar. Mesmo havendo a previsão legal do artigo 231, § 6º, CF/88, com referência ao descrito “ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar”, a primeira condicionante inova na afirmação da possibilidade de se suplementar o usufruto de forma genérica. Por liberalidade do Estado, o que a União considerar relevante, o usufruto poderá ser relativizado. Logo, havendo conflito de interesses entre a posse dos indígenas e a União e seu relevante interesse, visto como conflito normativo, é prescindível qualquer ponderação, pois já está dado (NÓBREGA, 2011, p. 255 – 256). O interesse da União será disposto por lei complementar, que pela leitura da primeira condicionante, possui maior carga normativa que a proteção da posse indígena, havendo tensão de interesses.

A segunda condicionante é sobre usufruto do aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que precisa de autorização do Congresso Nacional. A terceira versa do usufruto de pesquisa e lavra de recursos minerais, não abrangido e que depende de autorização do Congresso, e assegurando a participação dos índios nos resultados. Ambas decorrem de interpretação literal do artigo 231, § 3º, CF/88, porém declaram a suspensão de importante trecho, “ouvidas as comunidades afetadas” (NÓBREGA, 2011, p. 256). Reduzem o texto constitucional logo no ponto da oitiva dos indígenas, muito semelhante à indiferença às consequências para os índios, premissa operada anteriormente à Constituição de 1988, a

invisibilização dos séculos. A fala dos índios e sua importância não é lembrada, apesar de serem afetados diretamente pelo aproveitamento de recursos naturais em suas terras. Basta autorização do Congresso Nacional.

A quarta condicionante determina que o usufruto não abrange garimpagem nem faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida permissão da lavra junto aos órgãos competentes. Tal restrição se baseia no artigo 231, § 7º, CF/88, que determinou que não se aplica o artigo 174, § 3º e § 4º, CF/88 nas terras indígenas. Trata-se do favorecimento do Estado para organização de atividade garimpeira em cooperativas. Não fica claro pelo texto constitucional se há uma proibição direta a atividade garimpeira aos indígenas em suas terras, apenas que o Estado não deve favorecer. A legislação infraconstitucional, por meio do artigo 44 do Estatuto do Índio, apesar de anterior a 1988, não afronta diretamente dispositivo constitucional, logo a determinação é acolhida na nova ordem (NÓBREGA, 2011, p. 257). Estabelece que “as riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas”. O que a quarta condicionante determina é que deve ser autorizada a lavra garimpeira por órgão competente, qual seja, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). O Min. Menezes Direito fundamenta no sentido de que não deve haver exceção que beneficie os índios na lavra garimpeira, assim eles devem obter a permissão necessária dos órgãos competentes, do mesmo modo que os não-índios o fazem para obter o título minerário (BRASIL, 2009, p. 393).

A quinta condicionante designa que o usufruto não pode se sobrepor ao interesse da defesa nacional, podendo haver a instalação de bases, unidades, postos militares e demais intervenções militares, a expansão de malha viária, exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e resguardo de riquezas, mesmo sem consulta às comunidades indígenas da área ou à FUNAI. Tal condicionante funciona da mesma maneira que a primeira, porque desconsidera a consulta. Diferentemente da primeira, esta deixa expresso que o interesse da defesa nacional se sobrepõe ao dos indígenas; aqui, nem o indígena nem a FUNAI precisam ser consultados, basta a manifestação do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional. O interesse da defesa nacional tem carga valorativa e normativa maior que o interesse dos indígenas, independente de ser terra indígena em área de fronteira. É para qualquer terra indígena. A Convenção 169/89 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu artigo 6, menciona a obrigação do Estado em consultar os indígenas sobre

qualquer medida legislativa ou administrativa que os afetem diretamente. O consentimento, a consulta prévia, é um direito. Apesar de ter sido criticado no acórdão argumentar-se juridicamente com direito internacional<sup>6</sup>, logo no voto do Min. Relator, a Convenção foi incorporada ao ordenamento pátrio por decreto legislativo em 2002 e por decreto presidencial em 2004 (NÓBREGA, 2011, p. 258). Os tratados que versam sobre direitos humanos possuem incorporação imediata após a ratificação, ademais. O direito à consulta prévia não prevaleceu por meio de mais uma condicionante. No mesmo sentido da defesa do território e soberania nacionais vem a sexta condicionante, que estabelece que a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal fica assegurada também independentemente de consulta aos indígenas e à FUNAI.

A sétima estipula que a instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, vias de transporte e construções para prestação de serviços públicos pela União não é impedida pelo usufruto. Aqui mais uma vez não há previsão que haja consulta aos indígenas, mesmo que a instalação dos equipamentos possa afetar a dinâmica e organização social indígena, causando algum dano (NÓBREGA, 2011, p. 260). Pode haver algum espaço para o indígena discordar, sugerir ou criticar os projetos construídos em suas terras?

A oitava determina que terra indígena afetada por unidade de conservação fica sob responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO). Nesta condicionante depreendemos que a autonomia dos povos indígenas é minimizada. Não há uma gestão compartilhada entre os índios e o ICMBIO, a gestão é exclusiva do órgão. Em área de dupla afetação, esta condicionante pressupõe que é necessário ponderar entre unidade de conservação e terra indígena, e já estabelece previamente que prevalece a unidade de conservação (NÓBREGA, 2011, p. 261).

A nona, na mesma linha, acrescenta que o ICMBIO responde pela administração da área afetada por unidade de conservação e deve contar com a participação dos indígenas para levar

---

6 “[...] O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente ‘Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas’ (documento datado de 13 de setembro de 2007), porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política, a ser ‘exercido em conformidade com o direito internacional’. Declaração, essa, de que os índios brasileiros nem sequer precisam para ver a sua dignidade individual e coletiva juridicamente positivada, pois o nosso Magno Texto Federal os protege por um modo tão próprio quanto na medida certa. [...] **É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano socioeconômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos**, por bem intencionada que seja”. Cf BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min Ayres Britto, julg. 19.mar.2009, p. 280 – 281 (grifos nossos).

em conta seus usos, tradições e costumes, podendo contar com a consultoria da FUNAI. Aqui há uma ampliação da restrita gestão da condicionante anterior. Avoca-se a participação dos indígenas a depender da interpretação utilizada, se para realmente conduzir uma gestão participativa ou uma mera formalidade com conteúdo a ser avaliado pela autoridade ambiental (NÓBREGA, 2011, p. 262).

A décima, ainda sobre terra indígena afetada a unidade de conservação, coloca que o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios obedece a condições da administração do ICMBIO. Já que a gestão de área de dupla afetação é exclusiva do órgão estatal, não é a comunidade indígena que define os horários e as condições do trânsito de visitantes em seu território (NÓBREGA, 2011, p. 262).

A décima primeira condicionante dispõe que, em área não afetada a unidade de conservação, o ingresso, trânsito e permanência de não-índios respeitam as condições estabelecidas pela FUNAI. Não fica clara a necessidade de participação indígena no processo, considerando a representação indígena, o órgão FUNAI, como suficiente para tal, numa concepção arraigada na tutela estatal (NÓBREGA, 2011, p. 262). A FUNAI é a responsável por estabelecer as condições de entrada de não-índios.

Ainda sobre o trânsito de não-índios, a décima segunda condicionante prescreve que não pode ser cobrada qualquer tarefa ou quantia de qualquer natureza pelas comunidades indígenas para tal. Aplicá-la de forma literal e acrítica pode inviabilizar o turismo sustentável que é organizado por algumas comunidades indígenas, como o povo indígena Jenipapo Kanindé que compõe a Rede Cearense de Turismo Comunitário – Rede Tucum (NÓBREGA, 2011, p. 263).

A décima terceira condicionante diz que também não podem ser cobradas quantias para utilização de equipamentos e instalações colocadas a serviço do público. É uma compreensão temerária, pois diferencia o dano causado por grandes obras em terra de não-índio e em território indígena, já que apenas uma delas tem expressamente direito à indenização ou reparação. Uma interpretação literal dessa condicionante pode permitir o uso indiscriminado do território pelo poder público, construindo estradas, linhas de transmissão de energia ou até usinas hidrelétricas... Toda instalação pode causar danos socioeconômicos e socioambientais, mas havendo algum, esta salvaguarda pode inviabilizar qualquer compensação financeira aos

indígenas pelo uso de seu território, lembrando que pela condicionante 7 pode ocorrer sem consulta a comunidade (NÓBREGA, 2011, p. 263).

A décima quarta condicionante dispõe que as terras indígenas não podem ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato/negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto. Já a décima quinta veda a prática de caça, pesca, coleta de frutos, atividade agropecuária ou extrativa por pessoas estranhas a comunidade indígena. Ambas as condicionantes são atualizações que se referenciam no artigo 18 do Estatuto do Índio (NÓBREGA, 2011, p. 264).

A décima sexta condicionante coloca que sob as terras de ocupação e posse indígena, sua renda e usufruto das riquezas naturais gozam de plena imunidade tributária. Surge após discussão sobre a possibilidade da incidência de imposto sob a lavra de riquezas minerais e sob outras atividades e patrimônios próprios dos indígenas. Como não há previsão legal expressa de imunidade tributária, esta condicionante é uma das poucas que inovam positivamente nos direitos indígenas (NÓBREGA, 2011, p. 264 – 265).

A décima sétima condicionante veda a ampliação de área indígena já demarcada. Como não fica expresso, não se diferencia a demarcação que ocorreu antes ou após a Constituição de 1988, a depender deste aspecto para ter conceituações diferentes de terras indígenas: antes da Carta Magna de 88, as dimensões eram bem mais diminutas e restritas, sem levar em conta formalmente a organização social indígena. Para além, vedar a ampliação pode convalidar os possíveis erros na demarcação em indeterminados processos administrativos, como se a Administração Pública não os cometesse jamais. É uma condenação estática, alheia ao tempo, como se as comunidades indígenas, ahistóricas, não estivessem sujeitas a qualquer mudança, como aumento populacional ou evento da natureza (NÓBREGA, 2011, p. 265 – 267).

A décima oitava condicionante declara que os direitos territoriais indígenas são imprescritíveis, e as terras inalienáveis e indisponíveis. É uma reprodução do artigo 231, § 4º, CF/88 (NÓBREGA, 2011, p. 267).

Finalmente, a décima nona encerra, por conta da discussão que envolveu a participação do Estado de Roraima no processo administrativo, afirmando-se que é assegurada a participação dos entes federados no processo administrativo de terras indígenas, encravadas em seus territórios, devendo ser observada a fase do procedimento (NÓBREGA, 2011, p. 233

– 237). A participação dos entes federados já estava registrada em lei, em termos semelhantes, no artigo 2º, § 8º do Decreto n.º 1.775/96, sendo, portanto, uma condicionante que reforça tal participação (NÓBREGA, 2011, p. 267).

As 19 condicionantes, como demonstrado nos breves comentários que fizemos de cada uma, foram uma escolha pela valoração das “razões de Estado” no plano jurídico. O caso Raposa Serra do Sol é tratado pela maioria dos Ministros como o julgamento de um caso-padrão, que disciplina ações futuras e orienta ações pretéritas. A estrutura normativa da segurança e soberania nacionais, da proteção integral do meio ambiente e da segurança jurídica foram declaradas hierarquicamente superiores aos direitos indígenas, por meio de uma construção interpretativa da Carta Magna que limita a aplicação dos direitos indígenas e regula a ação estatal na sua garantia (NÓBREGA, 2011, p. 282 – 283).

Decerto que algumas dessas extensas condicionantes são repetições legais, mas outras pressupõem, de forma enfática, interpretações de dispositivos constitucionais que são temerárias, pois não são consenso e nem sequer foram discutidas no caso Raposa Serra do Sol ou em qualquer processo, inauguradas pela primeira vez no voto-vista de Min. Menezes Direito. Não houve participação ativa de todo o auditório no estabelecimento dessas condicionantes, assistiam a tudo como plateia. A fixação das chamadas “salvaguardas” representa um posicionamento pouco alinhado a ordem constitucional de 1988, que rompe com o integracionismo, sendo ainda mantida em julgamento de embargos de declaração, em 2013, no mesmo processo (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 232 – 233).

O efeito da decisão consigna a opinião do Min. Pres. Gilmar Mendes, publicado em entrevista pelo sítio eletrônico do STF, mas que representa uma visão da maioria dos ministros, perceptível pelos seus votos e a discussão nas sessões.

Eu acho que este é um processo histórico por várias razões. Eu tenho reiterado que, pela primeira vez, o Tribunal se debruçou sobre a Constituição de 1988 sobre um tema desta dimensão, a questão da posse indígena com tanta intensidade. Nós tivemos vários mandados de seguranças, várias discussões, mas não tínhamos tido uma análise tão aprofundada desse tema e agora, então, tivemos a oportunidade e **fixamos um estatuto** que deve ser aplicado não só ao caso de Raposa Serra do Sol, mas também aos demais processos de demarcação, inclusive aos processos em curso. [...] [sobre as 19 condicionantes] Essas condições se aplicam a Raposa Serra do Sol, mas têm também um **efeito transcendente para os demais casos de demarcação**. O Tribunal assentou, por exemplo, que áreas já demarcadas não serão mais objeto de revisão, sejam elas anteriores ou posteriores à Constituição. Com isso, **nós estamos encerrando talvez um número elevado de controvérsias e**

**alguns impulsos expansionistas.** [...] Os casos que estão aqui, muito provavelmente serão julgados, mas já com essas **balizas assentadas.** Com isso, acho que há um alívio para todas as partes, **o governo passa a saber os limites de sua ação.** Também os afetados passam a ter alguma segurança jurídica nesse contexto (grifos nossos) (MENDES, 2009).

Em 2013, no julgamento dos embargos de declaração, as condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação, fazendo coisa julgada material e não podendo ser objeto de questionamento em novo processo sobre a incidência em Raposa Serra do Sol. No entanto, houve o afastamento da força vinculante do acórdão a outros processos, verificado na própria ementa.

A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões (BRASIL, 2013, p. 2).

Deste modo, outros processos que versassem sobre demarcação de terras indígenas e a própria Administração Pública não estariam vinculados ao acórdão, por Raposa Serra do Sol se tratar de Ação Popular, que pelo seu sentido técnico não ostenta força vinculante. Portanto, os fundamentos adotados não se estendem de forma automática a processos de matéria similar, conforme entendimento jurisprudencial do próprio STF.

Além disso, não haveria reiteradas decisões sobre o tema para reconhecimento de inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria da questão territorial indígena. O que deveria ser considerado, de acordo com o Min. Relator Luís Roberto Barroso, é a força persuasiva que uma decisão do STF possui, de forma que não pode ser ignorada. Porém, pela afirmação do afastamento da força vinculante, o precedente judicial de Raposa Serra do Sol não deve ser invocado no julgamento de outros casos, pois precedentes sem força vinculante servem somente como elemento judicial orientador para futuras decisões. Portanto, por determinação do acórdão dos embargos de declaração, cada ato administrativo ou decisão que verse sobre questão territorial indígena deve se fundamentar em uma análise concreta da realidade específica da comunidade indígena.

### **2.3. O guardião da Constituição pode ser ativista?**

O estabelecimento das salvaguardas institucionais incentivou debates e críticas que persistem até os dias atuais. Muitas manifestações canalizam na ideia do ativismo judicial e judicialização da política pelo STF, que extrapolam as funções constitucionais da corte e do próprio Poder Judiciário, por meio de decisões impositivas com efeito erga omnes (VIEIRA, 2010, p. 7.627). Por essa ótica, violou-se o princípio da separação dos poderes por meio da imposição de regras ao Poder Executivo nos processos administrativos de demarcação de terras indígenas e do lançamento de interpretações que modificam ou minimamente põe dúvidas sobre o sentido do texto legislativo.

O artigo 2º, caput, CF/88 delibera que os Poderes da União são “independentes e harmônicos entre si”. Por meio do artigo 60, § 4, III, CF/88, fica estabelecido pela ordem constitucional a cláusula pétrea da separação dos poderes, ou seja, que não pode ser abolida mesmo por meio de emenda constitucional. Assim, na orquestra do modelo institucional que foi instituído pela Constituição Federal de 1988, deve haver harmonia na atuação de cada um dos instrumentos, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com suas funções que não são estanque ou isoladas, mas que se comunicam entre si na garantia do Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais.

À instância máxima do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, cabe a guarda da Constituição pela forma de uma dupla função. Pode ser instância única para processar e julgar originariamente, quanto pode julgar por recursos ordinários específicos e recursos extraordinários enquanto única ou última instância em também casos específicos, com fulcro no longo artigo 102, CF/88. A função especial de guarda que o STF possui é a proteção de contra qualquer ofensa a Carta Magna, julgando leis e atos normativos que porventura sejam inconstitucionais, declarando-os assim para que não sejam recepcionados pela ordem constitucional. O objetivo é para que tais leis e atos normativos não firam os preceitos, princípios e regras que a Constituição sistematiza. Assim temos, além da última ou única instância de demandas judiciais, a Corte Constitucional no STF.

Para a função de Corte Constitucional, há a concepção do STF não ter a prerrogativa de inovar no sistema jurídico, criando novas leis, mas apenas aplicando as normas, como uma técnica mecânica. Este é o juiz “boca da lei” de Montesquieu, que vocaliza a lei que já existe, que dá a voz e explicita a lei determinada, já escrita. Outras concepções surgem refutando tal modelo. Uma delas é a escola do realismo jurídico, que dá grande importância às decisões

judiciais, com juízes com grande discricionariedade para decidir, tendo a liberdade de utilizar até mesmo critérios subjetivos, na síntese da famosa ideia de que a decisão judicial depende do que o juiz comeu no café da manhã. Por esta teoria, o juiz a todo tempo cria o direito. Outras correntes foram mais brandas, apresentando, em síntese, que não seria possível haver interpretações livres de qualquer valoração do sujeito que “vocaliza a lei” (PINHEIRO, 2006, p. 4).

O STF declara, em muitas das suas decisões, a diferença entre legislador positivo e legislador negativo, assumindo que a esta Corte não cabe inovar, criar normas, pois a sua competência é de proteger a Constituição, afastando normas inconstitucionais do ordenamento, sendo, portanto, legislador negativo. O papel de legislador positivo seria do Poder Legislativo com sua função típica de inovar o ordenamento com normas inaugurais (PINHEIRO, 2006, p. 5). Por essa lógica, o controle de constitucionalidade do Poder Judiciário é de legislador negativo.

Ocorre que o juiz não é um ser inanimado, sem vida, que apenas tem sua boca como um instrumento que exprime os vocábulos da lei. A criatividade do juiz existe, e não sendo possível eliminá-la, é importante compreendê-la e como se comporta. A atividade judicial, assim, é a manifestação evidente da vida do direito (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 114). Nesta concepção, a jurisprudência é também fonte do direito, podendo criar normas, a partir da aplicação e adaptação da lei nos casos concretos, com suas múltiplas formas e dinâmicas sociais amplas que não cabem no ordenamento escrito, por inteiro. Como prever todas as singulares relações humanas, disciplinar todos os possíveis casos de conflito, estabelecendo saídas específicas e claras para cada uma?

Torna-se cada vez mais comum nos tribunais constitucionais, através de sua função interpretativa, a declaração de sentenças criativas que se incorporam ao ordenamento, novas normas com novos sentidos (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 116). Há alguma atividade de criação jurídica na elaboração e declaração de acórdãos pelo STF, pois complementa sentidos no labor cotidiano de intérprete. Nem sempre sua atuação caberá nas rígidas vestimentas de perfeita separação de Poderes e suas competências, pois em algum momento da aplicação do direito o Judiciário assume típica ação legislativa (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 130). A atuação dos Poderes, apesar do exposto, precisa ser coordenada, a preceito do determinado na Carta

Magna. Deste modo, temos um Judiciário poroso, mas qual seu papel na harmonia dos demais Poderes, sem preponderância de um sobre os outros?

Mas, sem imposição de algum limite ou controle, há um grave risco de se permitir a formação de um superpoder, e de forma quase que natural, tendo em vista a atuação enquanto intérprete em massa e de casos peculiares e inovadores a todo instante (CARVALHO FILHO, 2014, p. 162). Acresce-se a dificuldade com a ampla gama de direitos fundamentais que a Carta Magna de 1988 estabelece, o que aumenta, em excesso, a disputa pelas interpretações que mais podem favorecer um grupo social ou outro – assim se judicializam os conflitos sociais em larga escala. Moldada a arena política no Judiciário, declarar uma norma como constitucional ou inconstitucional, por absoluto, não se torna uma tarefa das mais simples, pois a vida política está para ser apreciada por demanda judicial (CARVALHO FILHO, 2014, p. 163). O problema não se está essencialmente em arguir por um controle judicial de constitucionalidade que acaba por assumir posições políticas, devendo, portanto, ser extinto. Não se trata de sua aniquilação. A centralidade da questão está nos limites que tal controle pode ter, podendo assumir posições ativistas que extrapolam suas competências. Sem uma definição clara de competências por suas funções terem se expandido sobremaneira, não é possível prever suas decisões e nem controlá-las. Assim, permite-se a atuação de um ativista.

Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça (GUEDES, 2012, p. 3).

Não significa assumir que o magistrado não decide politicamente, entendimento a nosso ver ilusório, pois o direito tem contato íntimo com a política por ser eminentemente uma ciência social aplicada que trata da realidade humana, seus conflitos e interesses. O que se deve levar em conta, afirmamos, é o processo anterior do legislador que já “decidiu” a política, ou ao menos declarou os caminhos para tal. Salvaguardas institucionais verdadeiramente já estabelecidas, não podendo ignorar por completo o processo político ocorrido. Propõe-se a busca pelo equilíbrio, para não permitir o superpoder Judiciário ou até o

superpoder Legislativo, harmonia esta que pode ser alcançada pelo diálogo entre os Poderes na interpretação da Constituição, em constantes diálogos institucionais para interpretar em conjunto a complexidade dos casos concretos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 177). Não é ter a última palavra de um único Poder em inovações e interpretações constitucionais. É pela existência de mais vozes.

Compreendemos que no caso de Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal inovou o texto constitucional e o ordenamento sem uma deliberação mais aprofundada, em especial na elaboração das 19 salvaguardas institucionais. Utilizaram-se do fundamento de que apenas delimitaram a interpretação que se deve ter do ordenamento jurídico, tendo em vista as longuíssimas e exaustivas disputas no tema de demarcação de terras indígenas (VIEIRA, 2010, p. 7.627). Uma verdadeira arena política que pode conter conflitos violentos e de longa duração. O intuito era de “colocar uma pá de cal nos conflitos” e “encerrar de vez as disputas”. Os conflitos foram resolvidos de diferentes formas em cada momento histórico, perpassando as “guerras justas” até o reconhecimento dos direitos (SARTORI JUNIOR, 2016, p. 158). Os dois blocos na disputa já utilizaram as mais diversas táticas, com interferência de leituras romantizadas sobre a questão indígena até inferiorizantes. O saldo histórico, porém, é de majoritariamente destinar ou facilitar o destino das terras para particulares, ou uso e posse exclusivos do “interesse público” via Estado.

A arena política persiste, enquanto ainda se busca no Poder Judiciário a mediação necessária, não sendo o suficiente a salvaguarda expressa escrita dos direitos fundamentais na Carta Magna. Não foi e não é suficiente; em um momento se restringe, em outro momento se amplia um pouco. A pá de cal nos conflitos vem por meio de um acórdão que representa algumas sessões de julgamento por 11 ministros de uma instituição do Poder Judiciário? O reconhecimento dos direitos não se extinguiu com a Constituição de 1988, pois a cada momento tais direitos são questionados e postos a prova a cada caso concreto que surge. Tal guerra possui alguma justiça? Teve seu fim com o julgamento de Raposa Serra do Sol no Tribunal Constitucional?

### **3. MARCO TEMPORAL E SEUS CAMINHOS DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS**

Como apresentamos no capítulo anterior, o julgamento do emblemático caso Raposa Serra do Sol teve grande visibilidade por inovar a interpretação do texto constitucional. A decisão mobilizou sobremaneira o bloco dos atores políticos dos indígenas e seus aliados, que, inconformado com as interpretações do STF, as condicionantes e a tese do marco temporal, mobilizaram-se para responder ao que compreenderam como um ataque a seus direitos conquistados através da Constituição de 1988. O campo jurídico, dos advogados dos indígenas ao Procurador-Geral da República, em conjunto a pesquisadores e acadêmicos especialistas na questão indígena, também reagiram a seu modo, posicionando-se e cobrando respostas do STF, por meio de embargos de declaração, memoriais e pesquisas.

Manuela Carneiro da Cunha, professora titular aposentada da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo (USP), e Samuel Rodrigues Barbosa, professor da Faculdade de Direito da USP, em conjunto a associações e organizações não-governamentais, organizaram a iniciativa de uma coletânea de artigos denominada “Direitos dos povos indígenas em disputa”. Sua gênese foi um evento na Faculdade de Direito da USP que reuniu professores e pesquisadores da área do direito e da antropologia, eminentes juristas, indígenas e suas associações. A coletânea foi lançada em forma de livro em 2018, capitaneada pelo parecer jurídico de José Afonso da Silva, professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP. Um parecer vindo de um jurista de excelência como José Afonso é uma manifestação importante, tendo em vistas as inúmeras controvérsias que advêm do julgamento de Raposa Serra do Sol pela Suprema Corte.

Mesmo que o acórdão do caso não possua o caráter de força vinculante, confirmado nos embargos declaratórios julgados em 2013, a tese do marco temporal influenciou decisões e julgamentos. A tese cria obstáculos nos procedimentos de processos administrativos em outras áreas e reinterpreta leis a partir dela. O marco temporal conjuga um efeito cascata, sendo pinçado de Raposa Serra do Sol para contribuir em mais leituras e interpretações controversas sobre os direitos territoriais indígenas (SARTORI JUNIOR, 2016, p. 168). A proteção constitucional de 1988 é posta a prova, demonstrando o efeito simbólico do discurso da tese do marco temporal para o tratamento dos direitos pelos intérpretes da lei.

Como exemplo do resultado do efeito cascata do marco temporal, apresentamos neste capítulo um pouco do caso Limão Verde, apreciado pela Segunda Turma do STF, que por unanimidade deu provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo ARE 803.462/MS. O pleito tratava da revisão do processo administrativo de demarcação da terra indígena da etnia Terena no Mato Grosso do Sul, homologada em 2003 (DUPRAT, 2018, p. 59).

Representando uma cisão nos ordenamentos pretéritos como já mencionamos neste trabalho, a Constituição de 1988 rompe com a perspectiva tutelar e a aculturação. Uma nova matriz, por meio de um novo paradigma, orienta o direito à diferenciação social e o reconhecimento da ordem social dos povos indígenas, seus costumes e cosmovisões. No entanto, percebemos a existência de um paradoxo nesse contexto: o momento constitucional da Assembleia Constituinte de 1987 possibilitou a positivação de normas jurídicas que reconhecem direitos coletivos, mas sem haver um consenso teórico e doutrinário que poderia embasá-lo ou dar corpo (SILVA, 2015, p. 195). Houve uma conquista pela positivação da questão indígena, em especial sobre seus territórios, mas em meio a um descompasso no mundo teórico jurídico sobre suas razões de ser que poderiam efetivar os direitos. Esse lapso é uma controvérsia que exploramos para expor para reflexão uma das razões da disputa na arena política do Judiciário, que também não se demonstra pacífica sobre os direitos territoriais indígenas.

Optamos, assim, neste capítulo de encerramento, por iniciar uma breve exposição sobre o marco temporal, centro do capítulo 3, com exposição de seu efeito cascata através do exemplo caso Limão Verde, e outras discussões pertinentes ao marco.

### **3.1. A tese do marco temporal**

Como já remetido neste trabalho, a tese do marco temporal é formulada pelo Min. Relator Ayres Britto, com as contribuições de debate e as concordâncias em plenário após os votos emitidos no caso Raposa Serra do Sol. Contida na ementa do acórdão, a data certa da promulgação da Constituição Federal de 1988 se torna requisito para demarcação, instituindo a necessidade da presença física da comunidade indígena na supracitada data, ou comprovação de renitente esbulho por não-índios, que seria o conflito pela posse. Ou seja, por essa tese só se reconhece o direito territorial indígena a partir do cumprimento deste requisito.

É o “insubstituível referencial”. Para o Min. Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2009, p. 861), “o constituinte tirou uma fotografia da situação, que se cristalizou”, enquanto o Min. Ayres Britto denomina como uma “chapa radiográfica”:

É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.** Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine (grifos originais) (BRASIL, 2009, p. 296).

A preocupação do Min. Ayres Britto reside, primeiramente, na suposta “fraude de subitânea proliferação de aldeias” por meio de recrutamento de indígenas de outros estados ou até de outros países, com o objetivo de artificializar a expansão da demarcação. Secundariamente, na importância da prevenção de expulsão violenta dos indígenas após 1988, pois o marco temporal reconhecido constrangeria uma violação explícita, qual seja, a expulsão dos indígenas de suas terras (BRASIL, 2009, p. 296). Marco temporal, portanto, para evitar fraudes e evitar violência aos indígenas.

Resgatando os debates da Assembleia Constituinte 1987/1988, até se percebe que os indígenas buscavam garantias para as terras que já ocupavam naquele momento, ao denunciar as violências que sofriam no conflito entre particulares e suas comunidades. Porém, a argumentação do Min. Ayres Britto da artificialização da expansão da demarcação acaba por desconsiderar a violência que as comunidades indígenas estão submetidas na realidade, também incluídas aquelas que reivindicam áreas situadas em Estados diferentes da federação (ARAÚJO JUNIOR, 2016, p. 247). Além disso, a delimitação dos Estados nacionais ocorreu por uma ordem social diferente da cosmovisão indígena, já que muitas etnias não diferenciam fronteiras estatais, apenas reivindicam a área que tradicionalmente ocupam, que, por coincidência, pode estar disposta em áreas de mais de um Estado.

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), publicado em 2015, constatou graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas cometidas por agentes do Estado na Ditadura Militar (1964 – 1985). Um dos casos recepcionados e documentados

ilustra a violência física e simbólica que indígenas foram submetidos, e sua expulsão das terras tradicionalmente ocupadas. Retirantes de suas próprias terras, os Guarani no oeste do Paraná, a partir dos anos 40 e até os anos 80, sofriam esbulho por agentes do próprio Estado. Seguem fatos relatados pelo Guarani Damásio Martinez, sobre conflito fundiário que ocorria em Medianeira em 1961:

Até 1959, a gente ficou em Sanga-Funda, perto de Guabiroba, perto do Rio Paraná [área atual do município de Foz do Iguaçu] [...] Foi ali que meu pai foi morto. Quando deram os tiros eu já vi o meu pai deitado no chão [...]. Os brancos já tinham vindo pedir para meu pai as terras e o meu pai não quis dar. Ele era tipo um cacique [...]. Foram os brancos que mandaram o jagunço. **Depois que meu pai morreu as pessoas começaram a sair. Uns foram para Mato Grosso, outros para Paraguai, outros para o centro.** De manhã eu segui e depois eu fui depor, para contar o que é que aconteceu com meu pai. Quando eu estava perto da Bela Vista eu cruzei com os policiais. [...] E me levaram na delegacia. E falaram para mim que eu é que tinha matado meu pai. [...] E me prenderam [...]. Eu jamais faria isso com meu pai. Depois de seis meses eu saí. **Quando eu voltei, todo mundo já tinha ido embora.** E foi aí que Itaipu ia começar a fechar o rio. **Aí eu não fui mais pra aldeia. Fiquei na cidade.** Ia começar a fechar a de Guabiroba (grifos nossos) (BRASIL, 2014, p. 217).

Este é um caso que bem ilustra a situação a que muitas comunidades indígenas são submetidas na ocupação de seus territórios, por meio de uma política de expulsão. Podem ser expropriadas de suas terras, restando vagar a ermo ou serem realocadas à força em outra área, devido a pressão de particulares ou do próprio Estado para que desocupem a área de interesse.

A tese do marco temporal advém de uma interpretação gramatical literal do texto constitucional, por conta da escolha pelo termo “ocupam” em vez de “que venham a ocupar”. A escolha por esse tempo verbal refletiria, assim, a determinação do constituinte em estabelecer a chapa radiográfica em todo o território brasileiro, daí identificando, de maneira estática, quais terras são realmente ocupadas por indígenas, para assim garantir o direito territorial.

Ocorre que a natureza de interpretação gramatical não é a única possível, havendo outras técnicas que percorrem pelos mais clássicos até os mais modernos influenciados pelo pós-positivismo e neoconstitucionalismo, propaladas pela teoria do direito. Nos métodos tradicionais de Savigny, temos o método de interpretação gramatical, que busca o sentido jurídico da norma pelo viés da literalidade e da sintaxe das palavras escolhidas, sendo técnica muito valorizada pelo Min. Ayres Britto. Ao se referenciar por inúmeras vezes na busca da “vontade do legislador” ao decorrer do acórdão, identifica-se também a busca dos Ministros

em aplicar o método tradicional de interpretação lógica, pela intenção do Constituinte em escolher determinadas palavras e não outras. Há também outro método tradicional, este fundamental à hermenêutica constitucional, a interpretação sistemática, que examina a norma como parte de um sistema mais amplo, na tentativa de ler um artigo da Constituição de forma não-isolada, mas conjunta a Constituição como um todo, com seus princípios e preceitos fundamentais (COELHO, 2017). Há evidente tensão entre o texto e o sentido que será atribuído pelo intérprete, o que faz com que a atividade interpretativa tenha fundamental importância para encontrar a resposta adequada à Constituição, e para muito além de um significado específico de uma palavra.

Min. Menezes Direito (2009, p. 378) também se manifestou pela interpretação gramatical, concluindo que os principais elementos são o advérbio “tradicionalmente” e o verbo “ocupam”, sendo o “significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas”. Portanto, Min. Menezes Direito e Min. Ayres Britto, acompanhados pela grande maioria dos demais Ministros, acordam, através da interpretação gramatical, que a Carta Magna trabalhou com data certa por conta da escolha do termo “terras que tradicionalmente ocupam”.

José Afonso da Silva (2018, p. 24), em seu parecer jurídico, denomina esta interpretação que desemboca no marco temporal como algo questionável, por ter sido fixada de forma arbitrária a data da promulgação da Constituição de 1988, e por ter dado uma dimensão de aplicação generalizada para todas as áreas de ocupação indígena, que condiciona a consolidação de uma demarcação. Afirma o jurista que a Carta Magna não apresenta, nem explicita nem implicitamente, o uso dessa data específica, não havendo autorização para tal conclusão. Ao contrário, a Constituição opta por reconhecer os direitos indígenas, e não outorgá-los a partir de uma data, como se conferisse um poder a comunidade indígena de ter algum direito fundamental somente a partir da sua promulgação. Trata-se de reconhecer a ordem social indígena – o que não cabe pela interpretação de conferir, outorgar.

A escolha do “ocupam”, assim, no presente do indicativo, não significa naturalmente que o propósito constitucional era de exprimir a data de verificação de sua promulgação. Com outros fundamentos, Araujo Junior (2018, p. 247 – 248) disserta com dois argumentos. Primeiro, que o Constituinte escolheu enunciar a questão indígena em capítulo próprio das disposições gerais, não em disposições finais e transitórias como o fez em 1967/1969.

Segundo, que ao se referir a situações contemporâneas, ou seja, na data da promulgação da Constituição, o Constituinte escolheu o termo “atualmente”, como os exemplos dos artigos 20, I, e 244.

Prosseguindo em seu parecer, José Afonso da Silva (2018, p. 24 – 25) diferencia o marco temporal constitucional da tese do marco temporal utilizada em Raposa Serra do Sol pelo STF. Marco tem sentido preciso, determinando limites históricos, “quando se inicia situação nova na evolução de algo”. A CF/88 considera a continuidade histórica dos direitos territoriais originários dos indígenas, pela trajetória constitucional que já existia, acrescentando o reconhecimento de outros direitos em seu texto. O marco autêntico de José Afonso o é pois leva em conta a nova configuração jurídico-formal. O direito territorial indígena em sua trajetória, passa, assim, da ordem ordinária (infraconstitucional), por meio de decretos e alvarás, para direito fundamental. É uma mudança de status, sendo dotado de supremacia constitucional desde 1934, com a primeira Constituição que trata de terras destinadas aos índios, seguido pelas demais Constituições até chegar a de 1988. Se fosse para firmar um marco temporal da proteção constitucional, seria a data da promulgação da Constituição de 1934, sem se fazer necessária a averiguação da presença física dos indígenas em determinada data para garantir a tradicionalidade, já que poderiam estar afastados da área na data contra sua vontade. Seria preciso interpretar a Constituição de 1988 sistematicamente, para fazer valer a proteção constitucional dos direitos.

José Afonso ainda expõe que o intuito de declarar o marco temporal no caso Raposa Serra do Sol foi de “dar fim a disputas infundáveis sobre as terras”, não para fazer valer a regra constitucional, ignorando a proteção ao direito fundamental por conta da existência de conflito entre produtor rural e indígena. O efeito jurídico deste marco temporal, outrossim, seria para somente delimitar áreas, e não constituir direito, pois o direito já foi ratificado pela Carta Magna, possuindo inclusive natureza de direito fundamental (GEDIEL, 2018, p. 119).

A questão indígena não foi inaugurada pela Constituição de 1988, apesar de se estabelecer como um novo paradigma que rompe com a aculturação e tem sua matriz no direito à diferenciação social. Assim, a CF/88 não é um marco por esse sentido, como a Constituição que pela primeira vez inaugura os direitos territoriais indígenas. Tratar dessa forma é ignorar as legislações anteriores, sem analisar a cadeia legislativa e sem historicizar a

questão indígena. Não há como pensar em um produto como a Constituição Federal que não seja parte de um processo histórico, como medida reflexa de um quadro histórico.

A escolha pela teoria do fato indígena aprofunda a teoria do marco temporal, conclusão esta depreendida do voto do Min. Menezes Direito, pois nele afere o fato indígena como a data de promulgação da Constituição Federal. A escolha deste marco dispensaria a aferição de uma ocupação imemorial, o que mormente dificultaria a demarcação das terras indígenas. Por outro lado, a teoria do fato exige a comprovação da presença física dos indígenas em 05 de outubro de 1988, “uma presença constante e persistente”, garantindo, assim, segurança jurídica, para alcançar estabilidade da coisa julgada e para resolução dos conflitos.

Porém, esta segurança jurídica não contempla os indígenas, pois a caracterização das terras indígenas utiliza a verdade registral dos documentos como a prova da demonstração da presença constante e persistente, para enfim fazer valer o direito territorial indígena. O requisito fático de habitação específica segue os moldes dos documentos a partir dos costumes e tradições não-índias, por meio de verificação “cartesiana”. Sendo a única fundamentação aceita para demarcação do território indígena os documentos de valor jurídico e administrativo, a segurança jurídica pouco considera a prova oral dos indígenas e suas narrativas. Cabendo não só aos antropólogos e historiadores, sendo possível uma transposição para a ciência como um todo, a reflexão de João Pacheco de Oliveira sobre tradição oral e memória ilustra o argumento:

(...) o Brasil se constituiu como ponto de convergência de grupos populacionais oriundos de três continentes, portadores de grande diversidade cultural interna. Tanto indígenas americanos quanto aqueles provindos do continente africano são grupos de tradição oral: **suas histórias constam não em códices escritos, mas sim de uma memória apreendida, exercida e reelaborada coletivamente**. O processo de conquista e colonização estabeleceu entre esses três grupos uma relação assimétrica de poder. A verdade se tornou monopólio dos grupos de origem europeia, expressando-se por meio da escrita. Apesar de todas as transformações ocorridas na sociedade brasileira, nota-se a persistência de traços do pensamento colonial quando **se continua a atribuir status de verdade somente a documentos escritos, em detrimento da tradição oral**. Desse modo, privilegia-se a forma de registro histórico proveniente de apenas um dos continentes, desprezando o aporte oriundo dos dois outros grupos formadores da nacionalidade. Ao historiador – e especialmente ao antropólogo – cabe conduzir uma crítica da naturalização dessa lógica etnocêntrica e explicar as escolhas políticas que ela supõe (grifos nossos) (OLIVEIRA, 2003, p. 152 apud NÓBREGA, 2011, p. 21).

Além disso, pela teoria do fato, ao se transformar a definição territorial indígena em fato a ser verificado em 1988, reduz-se a questão indígena ao aspecto temporal, absolutizando o

tempo passado em detrimento de qualquer outro aspecto (NÓBREGA, 2011, p. 194). O “fato indígena” não se enquadra com uma compreensão dinâmica dos fenômenos sociais, da realidade. Combinado ao marco temporal, a investigação é pelos descendentes diretos dos indígenas de 1988, um olhar restrito ao passado. Explicar a territorialidade numa lógica do presente é a interpretação que fazemos da Constituição, que orienta a proteção contínua e reiterada dos direitos indígenas, não involucrada à data específica de promulgação.

Parte dos constituintes, bem verdade, o bloco dos latifundiários, acreditava que o reconhecimento das terras indígenas na Constituição apenas alteraria de forma branda a concentração fundiária, por conta do número baixo de grupos, em torno de 220 mil indígenas, e a compreensão do destino inevitável de aculturação dificultariam a garantia da demarcação (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 194). Por essa visão, os indígenas estavam a beira da extinção. No entanto, com o texto constitucional vigente, em especial no reconhecimento da afirmação étnica das identidades, não é preciso buscar uma história de séculos passados para contar, na obrigação de comprovar uma ascendência pré-colombiana. A trajetória constitucional da afirmação étnica é presente. Não é possível olvidar que a proteção aos direitos indígenas é para um povo criador do presente, e que não foi extinto.

### 3.2. O acréscimo do conceito do renitente esbulho

O marco temporal em sua forma original, apresentado explicitamente sem ressalvas por meio do voto do Min. Menezes Direito no caso Raposa Serra do Sol, era exigente na demonstração de ocupação tradicional indígena à época da promulgação da Constituição Federal de 1988. Exigia-se ocupação presente e persistente, sem exceções, pelo argumento da segurança jurídica, que apresentamos há pouco. Foi suscitada a Súmula n.º 650 do STF, no entendimento de que não é devida demarcação em terra de ocupação remota.

"Terras que os índios tradicionalmente ocupam" são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. **Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas**, como já afirmado na Súmula n.º 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado. " (grifos nossos) (BRASIL, 2009, p. 380).

Apesar do voto do Min. Menezes Direito, sobre a tese do marco temporal, não ter evidenciado alguma restrição para a tese, devendo ser feita somente a análise da presença física dos indígenas na área a ser demarcada na data da promulgação da Constituição, a posição adotada pela maioria do STF foi menos gravosa: consideraram a possibilidade de esbulho e criaram o conceito do renitente esbulho. Como consta na ementa, de referência às ressalvas no voto do Min. Relator Ayres Britto:

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" (grifos nossos) (BRASIL, 2009, p. 235 – 236).

O renitente esbulho é empregado como exceção ao marco temporal, sendo possível, assim, demarcar a terra indígena sem comprovação de presença física dos indígenas em ocupação tradicional em 05 de outubro de 1988, bastando haver prova de existência de conflito fundiário. Esbulho é uma categoria civilista para dirimir questões fundiárias: há um impedimento, a usurpação da posse ou propriedade de alguém, para o livre exercício de seu bem pelo legítimo possuidor. O STF inclui o adjetivo “renitente” e completa o conceito: na persistência de um esbulhador nas terras de posse ou propriedade de outro, existem os esforços do legítimo possuidor para recuperação de sua posse.

A Segunda Turma do STF, em sede de Agravo no Recurso Extraordinário n.º 803.462/MS, retoma o conceito de renitente esbulho. Trata-se do caso da Terra Indígena Limão Verde que em breve discutiremos neste trabalho. Na oportunidade deste julgamento, o caminho interpretativo do pequeno colegiado restringe ainda mais a definição do termo. Declara que renitente esbulho é o efetivo conflito possessório que persiste até o marco temporal da promulgação da CF/88, devendo ser materializado por circunstâncias de fato, ou por controvérsia possessória judicializada. Aplicam a Súmula n.º 650 do STF para respaldar uma posição que defendem ser pacificada, já que existe entendimento sumulado na matéria dos direitos territoriais indígenas. Como consta na ementa do acórdão:

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** (grifos nossos) (BRASIL, 2014, p. 1 – 2).

José Afonso da Silva (2018, p. 28 – 29) critica em 4 pontos este conceito. Primeiro, pelo destaque a renitência, que precisa ser provada pelos indígenas para ser considerada; segundo, pelo tratamento semelhante a conflito de posse do direito civil; terceiro, pela exigência da comunidade indígena sustentar um conflito ao longo do tempo, ao menos ajuizando ação para proteger seu direito; e quarto, a exigência da materialização do conflito por ajuizamento de ação. Desconsidera-se a natureza da posse indígena, que difere da posse civil.

O jurista continua a crítica ao denunciar que mesmo não sendo possível utilizar o direito possessório civil, tendo em vista que o direito territorial indígena se trata de direito fundamental, status constitucional, esse ainda não é utilizado por inteiro, pois a concepção civilista é aplicada por conveniência. Desconsidera-se a posse de boa-fé, por exemplo, instituto do direito civil que garante “a posse ao possuidor que ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa”, e a posse justa, a “que não for violenta, clandestina”.

José Afonso relembra que o indigenato não se confunde com a mera posse do direito civil. Pelo indigenato, as terras outorgadas a particulares teriam sempre uma reserva ao direito dos índios, sendo direito congênito. Na posse civilista, o título é adquirido, um fato que depende de requisitos para sua legitimação. A posse do não índio em terra indígena não tem legitimidade, porque descumpra norma constitucional (artigo 231, § 4º e § 6º – terras indígenas são indisponíveis e inalienáveis, e posse/ocupação/domínio é nula). A Constituição reconhece o caráter diferenciado que possui o direito territorial indígena, já que a posse é permanente e coletiva, segundo seus usos, costumes e tradições.

A ocupação das terras tradicionalmente pelos índios **não é simples posse** regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela **possessio ab origine** que, no início, para os romanos, estava na consciência do povo antigo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Junior lembra que a relação do indígena com suas terras não era apenas um **ius possessionis**, mas também um **ius possidendi**, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como **habitat** no sentido visto antes (grifos originais) (SILVA, 2018, p. 32).

Ademais, em todos os Códigos Civis brasileiros não há menção a terras indígenas, o que demonstra que esta matéria é regulada pela Constituição, que também fundamenta legislações

infraconstitucionais que determinam o devido procedimento (GEDIEL, 2018, p. 119). Assim, trata-se de posse constitucional. Não é um conflito possessório no âmbito civil, como uma disputa entre dois indivíduos sobre quem é o legítimo possuidor da coisa. Não se trata de propriedade privada, pois a posse desta espécie envolve direitos coletivos imersos a partir do uso, costume e tradição indígena, qual seja, sua cosmovisão. Não é de natureza individualista.

Dessa oposição entre direito coletivo e direitos individuais podem-se extrair algumas características. A primeira delas é que não se trata de soma de direitos individuais, portanto, não permite que haja direitos individuais parcelados ou fracionários dentro dele. O direito é de todos e, portanto, de um sujeito coletivo; é indivisível, imprescritível, aliás, não pertence apenas às gerações contemporâneas, mas também às futuras, como pertenceu às anteriores e ancestrais, porque o sujeito é, difusamente, toda a comunidade (SOUZA FILHO, 2018, p. 82).

Os direitos consagrados como coletivos foram reconhecidos juridicamente na América Latina no fim do século XX, e são resultado de um longo processo de reivindicação dos povos originários. Sabe-se que estão em oposição a direitos individuais, em especial aos direitos de propriedade. Mas a ausência de descrição clara dos significados e sentidos dos direitos coletivos, sobre seus poderes, dificulta a sua aplicação nos casos concretos, levando em conta a exclusividade dos direitos individuais na construção da sociedade civil pela modernidade europeia (SOUZA FILHO, 2018, p. 81). Esse descompasso do reconhecimento de direitos coletivos, no contexto de uma trajetória histórica do direito referenciado no sujeito, é melhor explorado no último subcapítulo, a partir da reflexão do paradoxo da Constituição Cidadã e suas efetividades.

### 3.3. Efeito cascata: o marco temporal na Terra Indígena Limão Verde

De acordo com dados do Instituto Socioambiental e Decreto da Presidência<sup>7</sup>, a Terra Indígena Limão Verde possui uma área de 5.377 hectares e uma população de 1.267 pessoas, de uso tradicional do povo indígena da etnia Terena. Localiza-se no município de Aquidauna, no Mato Grosso do Sul. A TI foi demarcada em 2003 pelo Decreto Presidencial S/N de 10 de fevereiro de 2003, que homologa processo administrativo da FUNAI, n.º 3.338/97.

7 A pesquisa realizada para apreciar mais dados da Terra Indígena Limão Verde teve por base o banco de dados do ISA, por meio do sítio eletrônico <<https://www.terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3748>>. Acesso em 26.nov.2019; leitura de parte da dissertação de mestrado MARQUES, Cíntia Nardo. **Os Terena da terra indígena Limão Verde: história e memória**. 2012. 148f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, Dourados, 2012; e Decreto Presidencial de 10 de fevereiro de 2003, que homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena de Limão Verde por meio do sítio eletrônico: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/dnn/2003/Dnn9823.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn9823.htm)>. Acesso em 26.nov.2019.

Na consolidação do Estado e da unidade nacional, houve a busca por ocupar também os sertões brasileiros, num processo de povoamento das terras “inexploradas” e “sem dono”. É o caso do Estado de Mato Grosso do Sul, no processo histórico de desenvolvimento da grande área de Mato Grosso, que já possuía presença indígena anterior à época de exploração e ocupação da área. Em meados do século XIX, posseiros e produtores rurais ocupam a região de Limão Verde, formando fazendas por meio de terras cedidas pelo Estado, para ocupar e explorar o território. A formação de grandes latifúndios, que podiam se estender em média por mais de 700 mil hectares, refletiu na perda da posse dos indígenas em suas terras, que foram afastados para pequenas áreas por processos migratórios forçados (MARQUES, 2012, p. 40 – 44).

Com a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) em 1910, no contexto da formulação da teoria do indigenato por João Mendes Júnior, algumas áreas ocupadas pelos Terena foram reservadas por decretos e atos firmados pelo governo do Estado ou por resoluções nas Câmaras Municipais. As primeiras áreas a serem reservadas em Mato Grosso datavam entre 1904 e 1905, porém Limão Verde não foi contemplada nas reservas realizadas pelo SPI no início do século XX. Houve a promulgação do Decreto n.º 795/1928 que reservou uma área de 2 mil hectares, mas direcionada ao Município de Aquidauana. Os Terena de Limão Verde reivindicaram, assim, por anos pelo processo de constituição e demarcação de suas terras junto ao Estado (MARQUES, 2012, p. 49 – 53). Foi somente em 1973 que ocorreu a demarcação e legalização da área, por meio de doação do Município de Aquidauana a FUNAI de apenas 1.238 hectares (MARQUES, 2012, p. 105). No entanto, a demarcação realizada, assim como nas primeiras reservas no início do século XX, tinha uma área de abrangência muito inferior a terra tradicionalmente ocupada. Apenas uma parcela do território tradicional estaria legalmente na posse dos Terena.

Restritos a uma pequena área, os indígenas continuavam a reivindicar a ampliação de suas terras, que ocorreu em um longo processo marcado por novas doações pelo Município, compra pela FUNAI (512 hectares de particulares chegaram a ser comprados), Decreto Presidencial n.º 94.945/1987 para identificação da área escriturada, e outros decretos que não se efetivaram. A identificação e demarcação definitiva da área de Limão Verde finalmente finalizou em 1999, por meio do processo administrativo da FUNAI 3.338/97 (MARQUES, 2012, p. 108 – 122). A homologação da demarcação só veio a ocorrer em 2003, por meio de

decreto presidencial. Ao decorrer de toda esta longa trajetória para demarcação de suas terras, os indígenas não deixaram de movimentar-se por meio de reuniões, ofícios e solicitações formais junto ao Estado e seus órgãos, mas também trancaram rodovias, faziam movimentos de retomada e realizaram outras manifestações para a garantia efetiva da posse de suas terras, que se arrastava por décadas. A mobilização foi permanente, na convivência constante do uso e posse da área com não-índios, e o confinamento em minúsculas áreas. Nas áreas aprovadas para a Terra Indígena Limão Verde em 1997, de acordo com dados da FUNAI, cerca de 16 propriedades privadas ocupavam as mesmas áreas da TI, dentre elas, a Fazenda Santa Bárbara (MARQUES, 2012, p. 116 – 117).

Inconformados com a demarcação em 2003, os proprietários das fazendas ajuizaram ações judiciais em busca da anulação do processo demarcatório. Solicitaram, assim, laudos periciais para confirmar a área das propriedades, na tentativa de contrariar as provas ao laudo emitido junto à FUNAI. Prosseguiram na disputa pela arena do Judiciário, entre liminares ganhas, outras canceladas, relatórios e laudos. Destaca-se o inconformismo do proprietário da Fazenda Santa Bárbara, que não aceitava a identificação e a demarcação, além dos laudos favoráveis aos Terena. Argumentava que a fazenda havia sido titulada pelo Estado de Mato Grosso em 1914, sendo registradas apenas 3 súplicas formalizadas por dois índios Terena, o que não configuraria o “renitente esbulho”. Alegava também que a convivência com os índios Terena era pacífica e mansa de 1950 até 1996, período em que se iniciou o processo de demarcação de Limão Verde (BRASIL, 2014, p. 3 – 4).

Assim, em sede de agravo regimental no recurso extraordinário 803.462/MS impetrado pelo proprietário da Fazenda Santa Bárbara, a Segunda Turma do STF apreciava em 2014 os argumentos da não existência de ocupação indígena na área da fazenda. O pleito era pela nulidade dos atos administrativos de demarcação da Terra Indígena Limão Verde no que tange à Fazenda Santa Bárbara.

Ocorre que, por unanimidade, a Segunda Turma da Suprema Corte deu provimento ao recurso do fazendeiro com o embasamento centrado em 3 pontos, delimitados a partir do que se visualiza na ementa do acórdão. A Segunda Turma retoma a teoria do marco temporal de Raposa Serra do Sol, entendimento consubstanciado na Súmula n.º 650/STF e o conceito do renitente esbulho:

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 (grifos nossos) (BRASIL, 2014, p. 1 – 2).

O Min. Relator Teori Zavascki retoma a Pet. 3.388/RR, afirmando que o marco temporal foi “assentado” pela Suprema Corte para reconhecimento à demarcação de terras indígenas. Tratou do caso como se fosse suficiente o entendimento de uma jurisprudência consolidada e cabível de aplicação para além de Raposa Serra do Sol. Dessa forma, entendeu o Ministro que o pressuposto do marco temporal não estava garantido, não se tratando, portanto, de terra tradicionalmente ocupada, ou seja, terra indígena. Interpretou que, pelo laudo antropológico, a última ocupação indígena na área da Fazenda Santa Bárbara deixou de existir quando os últimos indígenas foram expulsos em 1953, logo, na data de promulgação da Constituição Federal não havia ocupação indígena. (BRASIL, 2014, p. 4). Seria necessário os índios estarem na posse da área nessa data de 1988 para não ser reconhecida como posse imemorial. Tratava-se, assim, de terra de ocupação indígena em passado remoto, aplicando-se a Súmula n.º 650/STF.

A exceção ao marco temporal seria a ocorrência de “esbulho renitente”, o que o Min. Teori Zavascki entendeu não haver porque não se tratava de conflito possessório que persistisse até o marco temporal, qual seja, 05 de outubro de 1988. A reivindicação direta ou indireta pelos índios foi especulada. O Ministro desconsiderou os requerimentos formais apresentados, as cartas e os ofícios, pois a seu entender eram manifestações “esparsas ao longo das décadas” (BRASIL, 2014, p. 10 – 11). Faltava-lhe a renitência para significar a existência de efetiva situação de esbulho atual, e não há anos.

O laudo antropológico referenciado no acórdão afirma que “existiu ocupação indígena [no sentido de uso para habitação] até o ano de 1953 [...], mas a ocupação [como uso de recursos naturais e ambientais] permanece até os dias de hoje”. Ocorre que até pelos próprios

fundamentos da teoria do fato indígena, com sua menção em Raposa Serra do Sol, caracteriza-se a terra indígena não só o local de habitação, mas também a área utilizada para atividades produtivas, além dos fatores ecológico e cultural e demográfico. É uma revelação textual e literal que a área da Fazenda Santa Bárbara continuava como necessária a sua subsistência, já que terra indígena não se determina somente pela habitação permanente, mesmo com os parâmetros de Raposa Serra do Sol.

Uma leitura completa do laudo, ao contrário, reforça a convicção de estar presente o requisito temporal, na medida em que, tradicionalmente, as habitações da área indígena Limão Verde se localizavam ao longo dos rios, sendo que, na região da serra, onde se situa a Fazenda Santa Bárbara, desenvolvia-se, tal como na atualidade, principalmente atividades de caça e coleta. Portanto, das duas, uma: ou se conclui pela ocupação tradicional indígena em outubro de 1988 na Fazenda Santa Bárbara, diante do que afirma o laudo antropológico, ou se entende que essa passagem do laudo precisa ser analisada à vista da sua inteireza e do confronto com outras provas, o que resultaria na inviabilidade do recurso, em face do óbice da Súmula 279-STF (DUPRAT, 2018, p. 64).

Sobre a alegação de não haver esbulho renitente, Duprat (2018, p. 65 – 68) resgata o regime jurídico no qual estavam submetidos os indígenas antes de 1988. Não havia acesso direto ao sistema de justiça, direito reconhecido apenas em 1988 no artigo 232 da Carta Magna, dependendo, desta maneira, dos órgãos tutelares para manifestação de suas vontades e protestos perante o Judiciário. O SPI e a FUNAI tiveram demonstradas irregularidades de práticas de apropriação de terras indígenas e remoções forçadas, como consta no Relatório Figueiredo e via CPI da FUNAI de 1977 (DUPRAT, 2018, p. 65 – 68). Portanto, no mínimo poderia ser refutada a atuação de tais órgãos como efetivamente garantidores dos direitos indígenas, e até do regime jurídico da tutela, já que havia denúncias e investigações que comprovavam ações contra os interesses dos indígenas.

Sendo assim, de que forma os indígenas poderiam reivindicar sua ocupação tradicional, incluindo a área da Fazenda Santa Bárbara? Pela via judicial não era possível, pois possuíam incapacidade civil relativa, e os órgãos tutelares que deveriam representar suas demandas se mantinham inertes, mesmo com as solicitações formais remetidas aos órgãos (DUPRAT, 2018, p. 68 – 69). Ignorar as iniciativas dos ofícios e cartas ao Estado, interpretando como manifestações “esparsas ao longo das décadas”, é ignorar as inúmeras possibilidades de resistência frente a um esbulho e tomada de suas terras. Para o pequeno colegiado seria necessária uma regularidade de envio de requerimentos a FUNAI, algo como 1 vez ao mês, apesar de sua inoperância em responder às solicitações? Mesmo com o reconhecimento do

direito à diferenciação social e da ordem social indígena pela Constituição Federal? As guerrilhas travadas no cotidiano, como a continuidade da caça e coleta nas áreas, além dos próprios movimentos de “retomada”, como a ocupação da sede da Fazenda Santa Bárbara em 2008<sup>8</sup>, não podem ser qualificadas como reivindicação de suas áreas?

Nesse cenário, o caso Limão Verde se notabiliza pelos critérios de interpretação que a Segunda Turma utiliza para não admitir a ocupação indígena na área da Fazenda Santa Bárbara. A incorporação do marco temporal e do renitente esbulho, considerados entendimento pacífico na jurisprudência, não alcança mesmo a análise interpretativa que o próprio caso Raposa Serra do Sol indica. A revisão da demarcação da Terra Indígena Limão Verde utilizou de definições restritivas dos requisitos, exigindo demonstrações não previstas na Constituição de 1988 ou mesmo na jurisprudência na qual se remetem. Apesar disso, tal entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não é pacífico, sendo, portanto, matéria controversa no STF. Até mesmo no caso Limão Verde apreciado pela Segunda Turma houve, em 2018, acolhimento dos embargos de divergência propostos pelo MPF, devendo ser julgado pelo Plenário do STF<sup>9</sup>.

Por conseguinte, não há jurisprudência consolidada, considerando as controvérsias a cada caso e a cada voto e acórdão. Constata-se que há efeito cascata do marco temporal, com a força do entendimento sendo aplicada em outros casos, porém com caminhos interpretativos diversos. Não é suficiente as decisões da Segunda Turma para se declarar o alcance de jurisprudência pacífica. Não é tão somente enquanto a extensão da aplicação das restrições de Raposa Serra do Sol, como até mesmo a leitura destas próprias condições. Assim, a arena política dos direitos territoriais indígenas ainda está posta no Supremo Tribunal Federal, a ser apreciada em outros julgamentos e nestes próprios, por conta de recursos pendentes de julgamento. O conceito de direitos fundamentais coletivos, porquanto os direitos territoriais indígenas, prossegue nas malhas da interpretação jurisprudencial da Corte Constitucional.

---

8 Trata-se de uma longa e persistente trajetória de reivindicação territorial. Os Terena de Limão Verde se manifestaram de diferentes formas contra o esbulho de suas terras por não-índios, sendo registradas denúncias formais junto ao Estado, por inúmeras tentativas, mas também chegaram a levar a cabo resistência física mais direta para aumento da visibilidade e pressão, apesar de não ser o método que utilizavam com mais frequência para defesa de suas terras. A ocupação na Fazenda Santa Bárbara em 2008 foi um exemplo, já que desde 2003 havia determinação homologada que a área seria terra indígena. <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/proprietario-diz-nao-abrir-mao-de-fazenda-santa-barbara-02-12-2008>>. Acesso em 26. nov. 2019.

9 Como constatado em consulta eletrônica em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/terra-indigena-limao-verde-plenario-do-stf-vai-analisar-tese-do-marco-temporal>>. Acesso em 26.nov.2019.

### 3.4. Uma reflexão do paradoxo da positivação jurídica<sup>10</sup>

A complexa e inglória tarefa de interpretar o direito, via controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, não reside somente na escolha determinada de métodos de interpretação. É reconhecer elaborações teóricas e suas discussões e também visualizar a cultura jurídica da questão em disputa, o que permeia a atuação do Judiciário.

A trajetória histórica dos direitos indígenas apresenta uma contradição. Há um longo processo de reivindicação para que os direitos indígenas ingressassem na ordem jurídica, bem representado pelo momento constitucional de 1988 para formulação da Constituição Cidadã. Entre disputas de sentidos e direitos, os povos indígenas organizaram-se em conjunto a seus aliados, e conquistaram a positivação que rompe com a aculturação e com o regime tutelar. O núcleo essencial da autonomia dos indígenas é alcançado. Com os direitos fundamentais positivados, reconhece-se a prioridade no respeito e na garantia de efetivação pelo Estado e sociedade frente a outros direitos ou normas.

No entanto, reconhecer a marca da fundamentalidade nos direitos indígenas não é algo dado e natural. Apesar das discussões na Assembleia Constituinte, um momento constitucional profundo nunca visto no Brasil, com a movimentação ampla de setores sociais, todos ávidos pela positivação de direitos, há compreensões diferentes da marca da fundamentalidade e o estabelecimento de sentidos. Mesmo com a celebração da promulgação da Constituição Cidadã com o desenho posto, uma carta de direitos que principia o futuro, não se encerra em 05 de outubro de 1988 a demarcação de um sentido para cada norma do texto constitucional. Assim, os direitos indígenas são constantemente postos em pauta da ordem do dia para se identificar o caráter essencial da fundamentalidade. O direito oficial, Constituição Federal de 1988 reconheceu, mas há algum consenso teórico que identifica de forma unânime o status fundamental dos direitos territoriais indígenas? A positivação jurídica foi o suficiente?

---

10 Este subcapítulo é integralmente amparado pelo debate que propõe Paulo Thadeu Gomes da Silva, que incita reflexões da busca das razões do descompasso entre o que está escrito na norma e o que é concretizado e julgado. Decerto que esta não é a única contradição que pode ser observada, inclusive com contribuições da Ciência Política, das Ciências Sociais e outros demais campos de saber para além do Direito. Trata-se de um brevíssimo esboço que propõe reflexões sobre o pensamento jurídico contemporâneo, no que tange os direitos territoriais indígenas. Ver SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015, p. 195 – 203.

Identificamos que pela trajetória histórica dos direitos indígenas, em especial os territoriais, esta é uma contradição importante para depreender de forma mais acertada o tamanho dos desafios para efetivação dos direitos. A sociedade majoritária mostra-se refratária a interpretar os direitos indígenas como fundamentais, mas não tão somente. A roupagem de fundamental não é aceita integralmente na doutrina, aqueles que fundamentam não apenas os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas que também constroem fortemente a estrutura do pensamento jurídico. Sua influência vai desde o ensino jurídico de graduação, que formam os futuros juristas, como embasa a concretização (ou não) de direitos pelos Poderes, mas em especial pelo Judiciário. Afinal, quais as teses que a doutrina jurídica tem gestado, e a partir de quais fundamentos e leituras disciplinares? Quais os seus pontos de partida e para onde caminham?

Verificando os votos dos Ministros do STF em Raposa Serra do Sol, tecemos o exemplo das fundamentações do Min. Menezes Direito. O Ministro cita Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao embasar a tese do marco temporal, afirmando que o caráter permanente da ocupação tradicional deveria considerar o significado de *habitat*. Ferraz Júnior traz a definição literal do verbete *habitar* pelo Dicionário Caldas Aulete e a origem latina da palavra. Conclui o doutrinador que a noção de habitação pela expressão constitucional não poderia se tratar de lugar indefinido ou ocasional. A efetiva permanência seria percebida pela ocupação de uma área na data da promulgação da Constituição por razões próprias dos indígenas, e não por terem sido atraídos por “motivações do civilizado” (BRASIL, 2004, p. 380 – 381).

Ainda no voto do Min. Menezes Direito, há referência no doutrinador Henry Black, que disserta que a unidade da Constituição deve buscar a harmonização das suas diversas manifestações, de forma que havendo uma interpretação que gera conflito entre diferentes trechos da Constituição, é mais prudente adotar outra interpretação aceitável para a harmonização do todo da Carta Magna. Assim, o Min. Menezes Direito defende um respeito simultâneo dos interesses de áreas de unidades de conservação ambiental e os direitos territoriais indígenas, de modo que na ponderação de interesses, nenhum deles será superado ou minimizado, mas balanceado. A partir dessa justificativa, o Ministro conclui pelas condicionantes das áreas de dupla afetação que devem ser geridas pelo ICMBIO, mas que acabam minimizando a autonomia dos povos indígenas por não considerar suas escolhas, ou ao menos a obrigatoriedade do órgão em consultar os indígenas.

Não se trata de demonstrar que os Ministros ou os estudantes de graduação são tábula rasa, que apenas vocalizam teorias de doutrinadores, até porque a grande parte dos Ministros também são doutrinadores, a exemplo de Min. Gilmar Mendes. Ou ainda não reconhecer que podem existir divergências na doutrina sobre os sentidos de textos normativos, o que é perfeitamente cabível e natural. A pluralidade de teorias na doutrina faz parte da ciência jurídica. O que se busca analisar e refletir é sobre qual pensamento jurídico majoritário temos como referência, pois a teoria jurídica fundamenta decisões, convence interpretações das normas e incentiva a formulação de novas teorias.

O reconhecimento normativo dos direitos coletivos é produto do direito da sociedade ocidental, portanto, do direito oficial, contudo, ao mesmo tempo há uma forte produção teórica que não considera a existência desse tipo de direito na mesma sociedade ocidental e, mais especificamente, liberal (SILVA, 2015, p. 203).

Não bastam momentos constitucionais, como a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 que positivaram direitos coletivos, se a interpretação e a efetivação desses direitos perpassam por um pensamento jurídico que não está convencido de forma homogênea do conteúdo e sentido do determinado direito coletivo. Este é um paradoxo que compreendemos como digno de destaque. A Constituição de 1988 reconheceu uma ordem social que ela própria desconhece, em larga profundidade. Assim, a deturpação de sentidos, o prevailecimento de direitos individuais sobre coletivos e a insistência na manutenção de ordens sociais afastadas, de forma que uma é hierarquicamente superior a outra, legitima a falta de efetividade dos direitos coletivos, como os direitos territoriais indígenas. Reconhecer a cosmovisão indígena como legítima é parte constitutiva para interpretar a aplicação do direito.

O intuito não é por desconhecer a importância da Constituição Cidadã para os direitos fundamentais, que simboliza um marco para a questão indígena no Brasil, mas apenas um incentivo a reflexão pela construção de uma Constituição que não se restringe a prescrever o futuro. Como algo inalcançável e longínquo, com interpretações que podem limitar a aplicação dos direitos no presente. No âmbito jurídico-político, a arena de disputa já tem suas bases, fundamentos e armas para definir os sentidos do direito territorial dos povos indígenas. O caso Raposa Serra do Sol apresenta sinais, e o efeito cascata do marco temporal e de cada uma das 19 condicionantes são incontestavelmente percebidos em outros casos, e para além do Poder Judiciário. A arena política, assim, não cabe como fato consumado, mas como

processo em andamento em uma matéria complexa que envolve os intérpretes, como juízes, legisladores e administradores, mas também os povos indígenas, grandes proprietários de terra e seus respectivos aliados.

## CONCLUSÃO

A gestação do Estado Nacional Brasil formulou uma cidadania de tipos diferenciados, apesar da inclusão ampla como cidadãos todos os nascidos desta terra, inclusive os indígenas. Sua afiliação era reduzida à tutela. No entanto, entre estímulos à integração e métodos de consolidação nacional, para se fazer de todos “um só corpo da nação”, há uma história oficial que acoberta, com a bandeira nacional, versões não-oficiais de uma história que se busca esquecer. Afinal, as histórias não-oficiais não se registram nos livros escolares e não se transformam em monumentos... São as diferentes perspectivas e lugares de narrativa em disputa, de onde se parte para contar uma história de Brasil; mas existe uma versão que se molda a oficial. E nesta versão oficial, pouco se conta sobre o indígena.

Registrado como parte da paisagem edênica tropical da terra Brasil, os indígenas são retratados como parte da natureza, na tenra idade de um desenvolvimento que ainda seria alcançado, tal como a reflexão de João Pacheco de Oliveira sobre “A primeira missa no Brasil”. Decerto que desde a colonização há muitas leituras sobre o indígena, desde a versão mais romântica, exótica ou atraso ao desenvolvimento, mas o imaginário social ainda prossegue com as raízes fincadas de um outro estranho e distante, amazônico, que tem como destino um dia se tornar civilizado. A aculturação como destino incontroverso não se limitou à colonização.

Mas longe de se reduzir a povos pré-colombianos, os “primeiros senhores” desta terra, os indígenas existem. E hoje. Suas reivindicações são presentes, na centralidade do seu direito ao território, e há uma Constituição promulgada que potencializa a concretização de seus direitos. Uma promulgação que decerto não foi um presente ou um agrado do Estado, mas fruto de um momento constitucional singular que existiu porque se (h)ouve alguma voz dos indígenas. Não é porque não falavam, porque não deixaram de falar, mesmo os considerados “bravos” na sua resistência física, quanto os “mansos” na sua resistência étnica e igualmente viva. Mas porque suas vozes foram escutadas, numa rede de apoio nacional e internacional, mesmo com a total ausência de constituintes indígenas. Contar a história de uma desvantagem social sistemática que perdura pelos séculos, a despeito da e por conta da tutela, e isto em um ambiente institucional, foi positivar a necessidade dos direitos indígenas. Sua ordem social, seu uso, costumes e tradições... Sua autonomia. Confessando que, pelos processos violentos de espoliação de territórios indígenas, o direito a sua “organização social, costumes, línguas,

crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras” deveriam ser reconhecidos. E não outorgados, porque não surgiram com a Constituição, de acordo com a própria leitura do texto constitucional. O Estado compreenderia como determinação, que, por conta da ordem social indígena, existe um caráter de fundamentalidade dos direitos territoriais indígenas.

Porém, houve o julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A arena política não se encerra com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Paradoxalmente, é a data de sua promulgação que adquire a roupagem de um marco diferente do que significou para as comunidades indígenas. O marco temporal como limitador da demarcação de terras indígenas acaba por romper o sentido do texto constitucional promulgado. Exigindo a presença física do indígena no dia 05 de outubro de 1988, ou prova de existência de renitente esbulho, com circunstâncias de fato ou controvérsia possessória judicializada, exprime conceitos e fundamentos controversos à leitura da Constituição. As 19 condicionantes, diversas condições estanque que em sua maioria maciça dificultam o uso da posse e o exercício do direito coletivo, completam o amparo institucional. Deste modo, Raposa Serra do Sol é distinto. Garantiu a demarcação contínua da terra das comunidades Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Waixana, além de outros reconhecimentos importantes. Mas também prossegue com o parâmetro assimilacionista. Uma Constituição às mãos de 559 constituintes, enquanto 11 Ministros buscaram modificar a atribuição de sentidos do texto constitucional. Sua ferramenta foi a interpretação, que, enquanto ferramenta, por si só, não produz efeitos. Mas pelos seus diferentes usos pode determinar diferentes resultados, quais sejam, diferentes sentidos.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, assim, bem expressa em Raposa Serra do Sol, não tem sido unânime sobre a questão indígena. A tese do marco temporal e sua aplicação automática em outros casos concretos não é entendimento pacífico no Plenário do STF. Reconhece-se o caminho interpretativo da Segunda Turma, que acena para um sentido do teor do julgamento, concordando e aprofundando as restrições, como é o caso do “renitente esbulho”. Porém, as decisões do pequeno colegiado não demonstram que há entendimento pacífico sobre o tema, e nem que o Pleno coaduna plenamente com tais posicionamentos. Mais uma vez, a arena política posta, incluídos os novos argumentos teórico-jurídicos.

Nesse sentido, concluímos que a positivação jurídica foi fundamental para garantir a fundamentalidade dos direitos territoriais indígenas, porém não foi e não é suficiente. As

disputas dos interesses divergentes entre os blocos não se encerram, o que incentiva a procura por outras táticas ou a formular novas ferramentas para efetivar seu interesse. A Carta Magna posiciona a arena política em outro patamar, mas não a encerra. A interpretação jurídica dos institutos e normas pode inaugurar sentidos ou resgatar posicionamentos derrotados na Assembleia Constituinte, mesmo na função de legislador negativo. Podendo ter uma poderosa base institucional e teórica que decreta normas vazias de conteúdo e efetividade. Podemos continuar a reproduzir ou a coadunar com racionalidades e percepções das ainda abertas feridas coloniais, na pré-formação do Estado-nação. De subalternização, violências das mais diversas e a perspectiva evolucionista de desenvolvimento: indígena como condição passageira.

João Ramos, indígena ticuna, na ocasião do seminário que organizamos na faculdade (foto no Anexo 1) para debater direitos territoriais indígenas, declara: “não temos esse pensamento quadrado de que só existe um mundo, pra nós existem vários mundos. São apenas perspectivas diferentes. Respeitamos os outros mundos. Território é nosso corpo, integrante a nós”. Posses e propriedades em sentidos diferentes. Os direitos territoriais indígenas se incluem na categoria de posse constitucional, direito fundamental e direitos coletivos. Os direitos de uma comunidade indígena se criam em função da terra e nascem através dela, sendo um vínculo profundo da relação do povo com a terra que ocupa. Na lógica majoritária do pensamento jurídico e das categorias jurídicas modernas, há certa incompreensão do sentido do direito territorial indígena, apesar da Constituição Federal reconhecer a ordem social indígena. Para além da atuação dos tribunais, mas pela participação da sociedade civil, o imaginário social e os atos dos demais Poderes. Assim, a persistente arena política disputa sentidos, e seu resultado pode negar direitos concedidos e invisibilizar a existência de um povo e suas demandas, ou afirmar direitos e considerar a existência viva de um povo. Arena que envolve variados atores políticos. Cabe à comunidade jurídica, na parcela que mais nos cabe, compreender essa trajetória histórica. Não como terceiros imparciais para dirimir conflitos, dar fim a “intermináveis discussões” ou finalmente pôr uma “pá de cal” nas disputas, pois talvez não seja a nossa a última palavra. A arena política existe independente do Poder Judiciário. Envolver mais sujeitos e disputar sentidos com a Constituição que está dada pode ser um desafio. Talvez, assim, tracemos o caminho de um novo começo.

“V. Exas. são testemunhas disso”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

BARBOSA, Samuel. Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil. In: CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 125 – 137.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 1.775 de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9.jan.1996, Seção 1, p. 265. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-1775-8-janeiro-1996-431807-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20.nov.2019.

BRASIL. Decreto S/N de 10 de fevereiro de 2003. Homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena Limão Verde, localizada no Município de Aquidauana, no Estado de Mato Grosso do Sul. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11.fev.2003. Disponível em: <<http://portal.impresanacional.gov.br/>>. Acesso em: 26.nov.2019.

BRASIL. Decreto S/N de 15 de abril de 2005. Homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no Estado de Roraima. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18.abr.2005, Seção 1, p. 11. Disponível em: <<http://portal.impresanacional.gov.br/>>. Acesso em: 20.nov.2019.

BRASIL. Portaria n.º 534 de 13 de abril de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15.abr.2005, Seção 1, p. 59. Disponível em: <<http://portal.impresanacional.gov.br/>>. Acesso em: 20.nov.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Tribunal Pleno, Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, julg. 19.mar.2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. 01.jul.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR. Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, julg. 23.mar.2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. 04.fev.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 803.462/MS. Segunda Turma, Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, julg. 09.dez.2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. 12.fev.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 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. **Súmula do STF**. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados\\_Sumulas\\_STF\\_1\\_a\\_736\\_Completo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf)>. Acesso em: 26.nov.2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. 2014, v. 51, n. 202, p. 159 – 179.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA. **Violações dos direitos humanos e territoriais dos Guarani no Oeste do Paraná (1946-1988)**: Subsídios para a Comissão Nacional da Verdade. Out. 2013. Disponível em: <[https://oguatapora.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Relat%C3%B3rio-CNV\\_final\\_.pdf](https://oguatapora.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Relat%C3%B3rio-CNV_final_.pdf)>. Acesso em: 27.nov.2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos de interpretação constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 25.nov.2019.

CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 43 – 73.

ESCOBAR, Arturo. Territorios de diferencia: la ontología política de los “derechos” al territorio”. **Cuadernos de Antropología Social**. 2015, n. 41, p. 25 – 38.

GEDIEL, José Antônio Peres. Terras indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica. In: CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 101 – 124.

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. ConJur, Brasília, 23.jul.2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?pagina=3>>. Acesso em: 25.nov.2019.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**: características gerais dos indígenas – resultados do universo. Disponível em:

<[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd\\_2010\\_indigenas\\_universo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf)>. Acesso em: 22.nov.2019.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. 2015? Disponível em: <<https://www.terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3835>>. Acesso em 20.nov.2019.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Terra Indígena Limão Verde**. 2018? Disponível em: <<https://www.terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3748>>. Acesso em 26.nov.2019.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Raposa Serra do Sol: como está a Terra Indígena após uma década da histórica decisão do STF**. 2019. Disponível em: <<https://www.terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/202964>>. Acesso em 20.nov.2019.

MARQUES, Cíntia Nardo. **Os Terena da terra indígena Limão Verde: história e memória**. 2012. 148f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, Dourados, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Terra Indígena Limão Verde: Plenário do STF vai analisar tese do marco temporal**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/terra-indigena-limao-verde-plenario-do-stf-vai-analisar-tese-do-marco-temporal>>. Brasília, DF, 19.out.2018. Acesso em: 26.nov.2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**. 2006, v. 43, n. 170, p. 111 – 141.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. “**Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe**”: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. 2011. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará – UFC, Fortaleza, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF como legislador negativo**. 68 f. Monografia (Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2006.

PROPRIETÁRIO diz não abrir mão de fazenda Santa Bárbara. **Campo Grande News**, Campo Grande, 12.fev.2008. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/proprietario-diz-nao-abrir-mao-de-fazenda-santa-barbara-02-12-2008>>. Acesso em 26. nov. 2019.

SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: uma crítica à tese do “marco temporal da ocupação”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 17 – 42.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal e direitos coletivos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 75 – 100.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portaria do Ministério da Justiça demarcou a reserva indígena em 2005**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95028>>. Brasília, DF, 27.ago.2008. Acesso em: 20.nov.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Presidente do STF concede entrevista sobre o julgamento da demarcação de Raposa Serra do Sol**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105051>>. Brasília, DF, 19.mar.2009. Acesso em: 20.nov.2019.

VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal e a diversidade social: estudo do caso Raposa Serra do Sol. XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, 2010. **Anais...** Fortaleza: 2010, p. 7.614 – 7.633. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3615.pdf>>. Acesso em: 22.nov.2019.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV** [online]. 2010, vol. 6, n. 1, p. 145 – 157.

## **ANEXO 1**

(REGISTROS DO SEMINÁRIO “POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: LUTA PELOS DIREITOS TERRITORIAIS E A ATUAÇÃO DO ESTADO” - 18/11/2019)



Parte do público, palestrantes e organizadores que participou do Seminário (Foto: Felipe Provensi, 2019)

**18 | NOV**

9h às 18h

**Auditório Valladão  
(FND/UFRJ)**

Rua Moncorvo Filho, 8  
Centro, Rio de Janeiro



Foto: Matheus Alves

Seminário  
**Povos indígenas no Brasil:**  
luta pelos **direitos** territoriais  
e a atuação do **Estado**

**Palestrantes:**

- **Sidnei Peres** (Antropólogo e sociólogo. Prof. Titular da UFF).
- **Marco Antonio Delfino** (MPF/Dourados-MS e doutorando em História).
- **João Bento Ramos** (Indígena ticuna, antropólogo e mestrando no MN).
- **Mércia Batista** (Antropóloga, profa. da UFCG e do PPGCS).
- **Cristiane Julião** (Indígena pankararu, antropóloga e doutoranda no MN).
- **Manoel Batista do Prado Júnior** (Indigenista, mestre em História-UFF e doutorando em Direito-UNB).
- **Julio José Araujo Junior** (Coordenador do GT Povos Indígenas e Regime Militar - MPF e mestre em Direito Público - UERJ).

Organização:



Apoio:



Cartaz de divulgação do evento