



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

BRUNNA GRASIELLA MATIAS SILVEIRA

OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ORIGINÁRIO ÀS TERRAS
TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS À LUZ DA FORÇA
NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

FORTALEZA

2018

BRUNNA GRASIELLA MATIAS SILVEIRA

OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ORIGINÁRIO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE
OCUPADAS PELOS ÍNDIOS À LUZ DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Raquel Coelho de Freitas

FORTALEZA

2018

BRUNNA GRASIELLA MATIAS SILVEIRA

OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ORIGINÁRIO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE
OCUPADAS PELOS ÍNDIOS À LUZ DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Raquel Coelho de Freitas (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará – UFC

Profa. Dra. Isabelle Braz Peixoto da Silva

Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof.Dr.José Mendes Fonteles Filho

Universidade Federal do Ceará – UFC

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Petição 3388 (caso Raposa Serra do Sol), formulou a teoria do fato indígena para regulamentar a demarcação das terras indígenas, estabelecendo, além do critério da ocupação tradicional, a presença indígena na terra reivindicada na data de promulgação da Constituição Federal, qual seja, 05 de outubro de 1988, ressalvadas as situações de renitente esbulho devidamente comprovadas. Tal teoria foi proposta em substituição ao indigenato, instituto comumente apontado como fundamento do direito originário à terra, baseado na identidade indígena, que seria o título congênito legitimador da posse. A doutrina aponta ainda a territorialização como fundamento mais recente do direito à terra. Buscou-se, assim, mediante pesquisa bibliográfica e documental, de caráter exploratório, investigar qual o fundamento do direito à terra, ou seja, qual teoria, dentre as propostas, coaduna-se ao sentido do art.231 da Constituição. Primeiramente foram apresentados os referidos fundamentos (fato indígena, indigenato e territorialização) para, em seguida, analisá-los à luz da Constituição Federal de 1988 e da Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse. O desenvolvimento da pesquisa demonstrou a inconstitucionalidade da teoria do fato indígena, pois o marco temporal, cerne dessa teoria, não resta previsto no texto constitucional, tampouco pode dele ser deduzido. Ademais, a aplicação do marco temporal desconsidera o histórico de esbulho vivenciado pelos povos indígenas brasileiros. Por sua vez, territorialização e indigenato mostraram-se complementares entre si e compatíveis com a Constituição. Ao final do trabalho, abordou-se ainda a repercussão da teoria do fato indígena sobre os direitos territoriais quilombolas, tendo em vista a tendência de aplicação do marco temporal também às demarcações de territórios quilombolas. Destarte, deve o STF empreender uma revisão em seu entendimento a fim de que a força normativa da Constituição Federal de 1988 seja preservada e que os direitos dos índios – e das minorias, de forma mais ampla - sejam respeitados.

Palavras-chave: Terra Indígena. Demarcação. Direito originário. Fundamento. Força Normativa da Constituição.

ABSTRACT

The Brazilian Supreme Federal Court (STF), in the judgment of Petition 3388 (“Raposa Serra do Sol” case), formulated the theory of indigenous fact to regulate the demarcation of indigenous lands, establishing, in addition to the criterion of traditional occupation, the indigenous presence in the claimed land starting from the date of the Federal Constitution’s promulgation (October 5, 1988), except for the situations of reluctant embezzlement duly proven. Such a theory was proposed as a substitute for the congenital right to land, an institute commonly referred to as the foundation of the original right to land, based on indigenous identity, which would be the congenital title legitimizing possession. The doctrine also points to territorialisation as the most recent ground of the right to land. Thus, through a bibliographic and documentary research of an exploratory purpose, we sought to investigate the basis of the right to land. In other words, this work aims to demonstrate which theory, among the proposals, is consistent with the meaning of article 231 of the Brazilian Constitution. First, the aforementioned foundations (indigenous fact, indigenic fact and territorialisation) were presented and then analyzed in the light of the Federal Constitution of 1988 and the Normative Force Theory of the Constitution of Konrad Hesse. The development of the research demonstrated the unconstitutionality of the theory of the indigenous fact, since the temporal frame, at the heart of this theory, is not foreseen in the constitutional text, nor can it be deduced from it. In addition, the application of the timeframe disregards the history of embezzlement experienced by Brazilian indigenous peoples. On the other hand, territorialisation and congenital right to land have been complementary to each other and compatible with the Constitution. At the end of the study, the repercussion of the theory of the indigenous fact on “quilombola” (rural settlement based upon African ancestry and resistance to historical oppression) territorial rights was also discussed, considering the trend of application of the timeframe to the demarcations of “quilombola” territories. Thus, the Brazilian Supreme Federal Court must undertake a overhaul in its understanding in order that the normative force of the Federal Constitution of 1988 be preserved and that the rights of the Indians (and of the minorities, more widely) be respected.

Keywords: Indigenous Land. Demarcation. Right of origin. Background. Normative Force of the Constitution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO À TERRA INDÍGENA	10
2.1 Direito originário à terra com base no instituto do indigenato	11
2.2 O indigenato na vigência da Constituição Federal de 1988	19
2.3 Direito originário à terra com base no fato indígena	25
2.3.1 <i>A ocupação tradicional da TI Raposa Serra do Sol e seu respectivo processo de demarcação</i>	26
2.3.2 <i>O julgamento da Petição 3388 e a definição do conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas</i>	30
2.3.3 <i>Caso da TI Limão Verde e o aprofundamento do conceito de renitente esbulho</i>	36
2.4 Direito originário à terra com base no instituto da territorialização	37
2.5 Fundamentação do direito territorial indígena no âmbito internacional	42
2.5.1 <i>A proteção do direito à terra no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU)</i>	42
2.5.2 <i>A proteção do direito à terra no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)</i>	45
3. PRESSUPOSTOS PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TRAJETÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	50
3.1 O histórico de esbulho das terras indígenas com base no relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV).....	51
3.2 Resistência indígena e luta pelo território.....	57
3.2.1 <i>Confrontos físicos diretos</i>	57
3.2.2 <i>Retomadas</i>	59
3.2.3 <i>Mobilização política</i>	61
3.3 O contexto político do Brasil e a situação dos povos indígenas.....	66
4. AS TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO À TERRA INDÍGENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	76
4.1 A teoria do fato indígena à luz da Constituição Federal de 1988.....	78
4.1.1 <i>A ausência de menção expressa ao marco temporal no texto da Constituição de 1988</i>	79
4.1.2 <i>O histórico de esbulho das terras indígenas no Brasil versus o conceito de renitente esbulho firmado pelo STF</i>	82
4.2 As teorias do indigenato e da territorialização à luz da Constituição Federal de 1988	86
4.3 O fato indígena e o futuro das minorias no Brasil.....	88
4.3.1 <i>Uma breve teoria dos precedentes judiciais</i>	90
4.3.2 <i>A repercussão do fato indígena nos direitos dos quilombolas</i>	94
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	98

1. INTRODUÇÃO

O interesse pela questão indígena surgiu ainda no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), por volta do ano de 2007, quando da participação no projeto de extensão Centro de Assessoria Jurídica Universitária (CAJU), grupo fundado em 1997 na Faculdade de Direito, que, inspirado na Educação Popular e na Assessoria Jurídica Popular (AJP), sempre buscou atuar sob uma perspectiva crítica na área dos Direitos Humanos. Àquela época, os estudos sobre direitos indígenas na faculdade eram incipientes, com poucas iniciativas e apenas alguns alunos motivados a pesquisar essa temática, sendo o CAJU um espaço único, onde os estudantes podiam não somente estudá-la, mas também vivenciá-la junto às comunidades indígenas do Ceará.

Destarte, a equipe do CAJU começou a estudar a questão indígena de forma sistêmica, contemplando a esfera jurídica, por meio da análise da legislação nacional e internacional, bem como buscando o conhecimento em outras ciências, notadamente a Antropologia. Ademais, o grupo passou a acompanhar o movimento indígena do Ceará, buscando conhecer melhor suas demandas e visitando algumas aldeias.

Contudo, indubitavelmente a maior ação desenvolvida pelo CAJU foi dentro da própria Faculdade de Direito, onde foi desenvolvido um trabalho de sensibilização para a temática indígena, a qual era não somente pouco estudada, mas também pouco valorizada. Assim, o CAJU foi realizando parcerias com alguns professores, a fim de que eles pudessem ceder algumas aulas para que a questão indígena fosse discutida. O resultado dessa pequena ação foi bastante positivo, pois foi possível não somente divulgar a questão indígena, mas também contribuir para a superação de alguns preconceitos.

Mas era preciso fazer mais. Foi então que no ano de 2008 o grupo decidiu concorrer a um edital do Programa de Extensão Universitária (PROEXT), logrando êxito e obtendo recursos para desenvolver o projeto de pesquisa “Direito à Terra e à Diferença: Desafios da Demarcação de Terras e Promoção dos Direitos Indígenas no Ceará”.

Como desdobramentos dessa pesquisa da equipe, podem ser citados ainda o prêmio recebido no XVIII Encontro de Extensão da UFC com o trabalho “A 'tutela' dos direitos indígenas no Ceará - o caso Anacé”, no ano de 2009, e a elaboração do trabalho de conclusão do curso de graduação intitulado “A efetivação dos direitos indígenas no Brasil sob a ótica da Justiça Ambiental”, em 2010.

Em 2016, com o ingresso no curso de Mestrado da mesma Universidade, o interesse pela temática se manteve e, juntamente com outros alunos que também estudavam

minorias (pessoas com deficiência, crianças e adolescentes e afrodescendentes, dentre outras) e sob a coordenação da professora Raquel Coelho, que orienta a presente pesquisa, fundou-se o grupo Direito das Minorias e Fortalecimento de Cidadanias. Com esse grupo também foram feitos trabalhos bem significativos, como o minicurso “Direito Internacional e Minorias”, apresentado na UFC, na Unichristus e na Unicatólica de Quixadá, todas as edições no ano de 2016, a I Semana dos Povos Indígenas na UFC e o lançamento da obra coletiva “Direito das minorias no novo ciclo de resistências na América Latina”, ambos no ano de 2017.

Durante todo esse tempo, ou seja, de 2007 aos dias atuais, sempre houve a percepção de que a terra era uma temática estruturante da questão indígena no Brasil e bem relevante na seara jurídica, pois as disputas envolvendo as terras indígenas movimentavam os tribunais. Com a decisão do caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal (STF) em março de 2009, o tema da terra ficou ainda mais em evidência. Em suma, a referida decisão destacou-se por trazer em seu bojo as condicionantes, regras de observância obrigatória em todos os processos de demarcação (vedação de ampliação de terras indígenas já demarcadas, respeito aos interesses da política de defesa nacional, garantia de participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação, apenas para citar algumas), bem como por estabelecer um marco temporal – a data de promulgação da Constituição Federal de 1988, qual seja, 05 de outubro de 1988 – para aferição da presença indígena na área reivindicada. Esse marco compunha a teoria do fato indígena, assim chamada por considerar a ocupação um fato passível de verificação.

Na época em que foi proferida, a decisão da Raposa foi alvo de muitas dúvidas, principalmente quanto às condicionantes, que foram apontadas como inovações do STF em matéria de demarcação, sendo a Corte duramente criticada por estar extrapolando a sua competência e atuando em substituição ao Poder Legislativo. Não se tinha a dimensão da repercussão do fato indígena, tampouco do marco temporal, até mesmo porque eles não foram aplicados naquele caso. Mas, nesse ínterim, a jurisprudência foi se desenvolvendo e então se teve uma noção de quanto o fato indígena e, mais especificamente, o marco temporal, viriam a impactar na efetivação do direito à terra.

Dentre as decisões que se seguiram à da Raposa, merece destaque a da terra indígena Limão Verde, pois foi nesse caso que se elucidou o conceito de renitente esbulho, pouco explorado até então. O renitente esbulho funcionaria, segundo o STF, como uma exceção à teoria do fato indígena, pois, utilizando-se dele, a comunidade indígena poderia alegar que a ocupação atual na data de promulgação da Constituição Federal de 1988 somente não se deu em virtude da privação da terra reclamada por ações de terceiros. Entretanto, o

STF reputava comprovado o esbulho apenas quando o conflito entre índios e não índios pela posse da terra perdurasse até, pelo menos, o marco temporal, ou então que, judicialmente, essa disputa pela terra estivesse registrada.

Esse posicionamento do STF, contudo, desconsidera o fato histórico de que os índios foram expulsos de suas terras, sendo várias etnias dispersadas pelo território brasileiro por iniciativas perpetradas geralmente pelo próprio Estado, em prol do desenvolvimento nacional. Ademais, a exigência da judicialização do conflito para fins de comprovação do esbulho também é desarrazoada, pois, sob o regime tutelar, os índios possuíam pouca ou nenhuma liberdade para acionar o Poder Judiciário, situação que passa a mudar com o advento da Constituição Federal de 1988, quando o art.232 do texto constitucional vem assegurar aos índios e suas comunidades e organizações o ajuizamento direto de ações em defesa seus direitos e interesses.

Deve-se ressaltar ainda que a teoria do fato indígena transcende a questão dos direitos territoriais indígenas, sendo tendência atual que o STF aplique o marco temporal também às demarcações de quilombos, de forma que a teoria acaba afetando o direito protetivo de minorias.

A teoria do fato indígena foi proposta em substituição ao indigenato, instituto comumente apontado como fundamento do direito originário à terra indígena, baseado na própria identidade indígena, que seria o título congênito legitimador da posse. Assim, tal teoria provocou uma mudança no fundamento do direito à terra, ocasionando uma discussão acerca da configuração do próprio direito, sendo ainda proposta pela doutrina a territorialização como fundamento mais recente do direito à terra.

Por todo o exposto e considerando a importância do tema foi que se buscou investigar o fundamento atual do direito à terra, ou seja, qual teoria, dentre as propostas, mais se coaduna ao sentido do art.231 da Constituição. Foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica e documental, de caráter exploratório, consultando-se principalmente artigos doutrinários, documentos públicos, legislações e decisões judiciais. O trabalho foi organizado da forma explicitada na sequência.

No capítulo 2 são apresentadas as teorias de fundamentação do direito à terra indígena, quais sejam, fato indígena, indigenato e territorialização, a partir de um resgate com base na doutrina, na jurisprudência e em normas positivadas, selecionadas desde o período colonial aos dias atuais. Foram consultados também instrumentos e decisões internacionais sobre a matéria, tendo em vista que os mesmos inspiram o Direito Pátrio e que o Brasil submete-se às instâncias criadoras de tais diplomas.

O capítulo 3 expôs fatos que devem ser considerados na análise das teorias de fundamentação delineadas no capítulo 2. Esses fatos são denominados na presente pesquisa de pressupostos, pois se entende que eles devem situar-se no horizonte do intérprete. Tais pressupostos são: o histórico de esbulho das terras indígenas ocasionado pela ação e/ou omissão estatal; as formas de resistência ao esbulho e de luta pelo território utilizadas pelos índios, a demonstrar que a ocupação tradicional ocorre de forma dinâmica; e o contexto político atual do Brasil, tendo em vista que ele influencia a interpretação conferida aos direitos indígenas. Os pressupostos foram elencados com base na Teoria da Força Normativa de Konrad Hesse, que propõe uma análise da Constituição concatenada com os fatos concretos da vida.

Por fim, o capítulo 4 investiga o sentido das disposições constitucionais que versam sobre o direito à terra indígena, analisando, à luz desse sentido e considerando os fatores destacados no capítulo 3, as teorias de fundamentação apresentadas no capítulo 2, a fim de saber quais delas coadunam-se a esse sentido. Em seguida, na segunda parte do capítulo, abordou-se a repercussão da jurisprudência do STF quanto à temática na concretização dos direitos das minorias.

2. TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO À TERRA INDÍGENA

A legislação indigenista brasileira até o advento da Constituição Federal de 1988 dispensava ao índio tratamento marcado pela inferiorização de sua identidade. A própria palavra “índio” empregada desde o “descobrimento” do nosso país para designar indistintamente os nativos das várias etnias que aqui viviam revelava a indiferença em relação a estes indivíduos.

De fato, desde os tempos da colonização, as normas pertinentes ao tema revezavam-se no embasamento de políticas estatais integracionistas ou assimilacionistas¹, assim entendidas as diretrizes oficiais cujo objetivo primordial consistia na dispersão de um universo cultural em outro considerado superior, não existindo, portanto, interações entre ambos, mas a supervalorização de um em detrimento do outro. Por conseguinte, à luz de tais políticas, o índio era visto como indivíduo em caráter transitório, o qual, através da convivência com a civilização, abandonaria seus costumes selvagens, bárbaros. E mais: mesmo em face da heterogeneidade cultural indígena, as políticas indigenistas não eram dotadas de flexibilidade para lidar com as especificidades das diversas etnias.

Evidentemente, a postura adotada pelo Estado em relação aos povos indígenas não se resume à questão cultural da predominância de uma visão etnocêntrica herdada do colonizador europeu, mas, sobretudo, revela a necessidade sentida pelas autoridades governamentais, ao longo de nossa História, de exercer um firme controle sobre esses grupos, os quais, dotados de características peculiares destoantes do modelo de regulação da vida social imposto ao restante da população, constituíam um entrave à exploração das terras e dos recursos nelas existentes.

O Direito foi uma das ferramentas empregadas para exercer tal controle, principalmente no tocante ao regime jurídico estabelecido para as terras. O Estado sempre

¹ Integração, no sentido aqui empregado, remete à acepção da Convenção 107 da OIT, de 1957 – que será abordada no presente capítulo –, entendida como um processo progressivo de desenvolvimento social, econômico e cultural, assistido pelo Estado, que culminaria na inserção de um povo indígena na vida do país. Assim, um povo indígena estaria integrado quando fosse “capaz de elaborar planos de desenvolvimento que respondessem ao esquema ocidental europeu” (FIGUEROA, 2009, p.18). Aplicada concretamente, a integração preconizada na Convenção 107 implicava em assimilação, em incentivo – e, muitas vezes, imposição – ao abandono da cultura de origem. Similarmente, em relação ao Estatuto do Índio, de 1973 – que também será estudado mais à frente – e à realidade da política indigenista brasileira, a mesma orientação era seguida, daí a integração ser praticamente um sinônimo de assimilação. No entanto, é importante salientar que o termo tem sido utilizado mais contemporaneamente para designar inclusão, ou seja, as políticas de integração têm sido pensadas como formas de combate à discriminação e à exclusão social de grupos minoritários, incorporadas em muitas Constituições, como a Brasileira, que reconhece a necessidade de tratamento diferenciado de indígenas, e a Boliviana, que inaugura um Estado Plurinacional, marcado pela diversidade de povos e culturas, notadamente a cultura indígena, apenas para citar alguns exemplos de Constituições da América Latina (FREITAS, 2017, p.19-20).

reconheceu aos índios o direito à terra como um direito originário, regulamentando-o formalmente de acordo com os interesses vigentes em cada período histórico. O indigenato, ou seja, a própria condição de ser índio, foi comumente apontado como a fonte primária desse direito, contudo, desde março de 2009, a partir do julgamento da Petição 3388 pelo Supremo Tribunal Federal - o emblemático caso Raposa Serra do Sol -, outros fundamentos têm sido apresentados para o direito à terra.

O intuito do presente capítulo é resgatar na doutrina, na jurisprudência e em normas positivadas, selecionadas desde o período colonial aos dias atuais, as teorias formuladas para justificar o direito à terra indígena, buscando-se destacar os seus principais elementos. A pesquisa não ficou restrita a fontes nacionais, analisando-se também instrumentos internacionais sobre a matéria, tendo em vista que os mesmos inspiram o Direito Pátrio e que o Brasil submete-se às instâncias criadoras de tais normas, como se verá.

2.1 Direito originário à terra com base no instituto do indigenato

O indigenato tem sido historicamente invocado pela doutrina para fundamentar o direito territorial indígena. O instituto foi tratado pela primeira vez pelo jurista João Mendes Junior em "*Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos*", de 1912. Trata-se de um compilado de três conferências proferidas na "*Sociedade de Ethnographia e Civilização dos Indios*" e de um relato do pai do autor, João Mendes de Almeida, sobre o ataque de Piratininga de 10 de julho de 1562. Merece destaque a análise das conferências, pois delas são extraídas as bases do indigenato.

Na primeira conferência, de 1902, intitulada "*Sobre as relações politicas e administrativas dos indios no regimen da federação*", Mendes Júnior explora o tratamento dos índios na federação norte-americana. Para a Suprema Corte, os povos indígenas faticamente existiam como Estados, porém eram nações dependentes, mantidas na posse de suas terras como usufrutuárias pela União, que detinha a titularidade pelo tratado de paz de 1783 firmado com a coroa inglesa. Essa posse podia ser alienada ao governo, aos seus delegados ou concessionários. Assim, embora similares a verdadeiros Estados, tais povos viviam sob a tutela da União (MENDES JUNIOR, 1912, p.9-10).

A tutela da União em relação aos povos indígenas ocasionava tensões com os Estados da federação, principalmente quando o assunto envolvia a disputa por terras. É que desde a dominação inglesa eram asseguradas aos indígenas a posse de suas terras e a indenização pela sua perda. Com a independência das colônias americanas e a redefinição de

fronteiras, os indígenas continuavam reivindicando indenizações em virtude da usurpação de suas terras, desta vez da federação, o que não era aceito por Estados como Georgia e Carolina do Norte, ocasionando acirrados conflitos. A celebração de tratados e a edição de normas protecionistas, que abrangiam temas como a manutenção de fronteiras de terras indígenas e meios de "civilização" - através da agricultura e da educação formal, a título de exemplo -, foram medidas adotadas para administrar tais conflitos. Essa tendência civilizatória intensificou-se após o ato de 3 de março de 1871, por meio do qual o Congresso declarou que as comunidades indígenas não poderiam ser consideradas poderes independentes (MENDES JUNIOR, 1912, p.11-16).

Ao final desta conferência, o autor exalta o trabalho de civilização dos índios desenvolvido nos Estados Unidos, cujo exemplo deveria ser seguido pelo Brasil e pelo Estado de São Paulo, em especial.

Na segunda conferência, "Os indígenas do Brasil em paralelo com os da América do Norte", o autor explica como se deu a ocupação da capitania de São Vicente, na província de São Paulo, e a formação das primeiras famílias, oriundas das relações entre europeus e indígenas. Martim Affonso, fundador da capitania, havia acordado com os índios que os portugueses não se estabeleceriam sobre a serra, contudo com a chegada dos jesuítas, muitos portugueses acabaram instalando-se em Piratininga, descumprindo-se aquele tratado e ocasionando o ataque de 10 de julho de 1562. A derrota dos índios nesse episódio provocou a sua dispersão, alguns permanecendo aldeados e a maioria adotando uma vida nômade rumo ao sudoeste (MENDES JUNIOR, 1912, p.23-27).

O autor segue citando normas editadas após o evento de Piratininga que ora restringiam a liberdade dos índios - como a Carta Régia de 20 de abril de 1708, que autorizava a venda de índios para a indenização das despesas da Fazenda Real -, ora concediam uma certa autonomia - como a Provisão de 9 de março de 1718, que estabelecia a não submissão à jurisdição de Portugal -, chegando a afirmar que o princípio da autonomia das tribos havia sido reconhecido no plano jurídico (MENDES JUNIOR, 1912, p.30).

O Alvará de 1º de abril de 1680, modificado pela Lei de 6 de junho de 1755, também instituiu alguns direitos, como a posse das fazendas dos "descidos do sertão" e a destinação de terras para cultivo aos que descessem, independente do pagamento de tributos, por serem os índios primários e naturais senhores dessas terras (MENDES JUNIOR, 1912, p.34-35).

É na terceira conferência, "Situação dos índios depois da nossa independência", que o autor trata do indigenato, ao abordar a situação dos índios após a independência até o

início do século XX. Por meio da Lei de 27 de outubro de 1831, a servidão dos índios foi extinta e os mesmos equiparados aos órfãos (MENDES JUNIOR, 1912, p.53). Quanto ao direito territorial, relembra que ainda no regime de sesmarias o direito originário dos índios era reconhecido por força da Lei de 6 de junho de 1755. A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras), ao dispor sobre as terras devolutas do Império, manteve esse reconhecimento, pois, ao estabelecer no art.5º regras para a legitimação de posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária, não alcançou a posse indígena, regulada pelo Alvará de 1º de abril de 1680², que, como visto, reservava aos índios terras para cultivo (MENDES JUNIOR, 1912, p.55-57).

Além do direito de reserva do Alvará de 1680, o regulamento da Lei de Terras, o Decreto nº 1.318, de 30 de Janeiro de 1854, destina terras para a colonização e aldeamento dos indígenas (art.72). As terras reservadas para colonização não eram passíveis de alienação enquanto o governo não concedesse o seu pleno gozo, o que aconteceria conforme o estado de civilização dos indígenas (art.75).

Em suma, o referido alvará instituiu o indigenato como fonte jurídica da posse territorial indígena, enquanto a Lei de Terras buscou a legitimação de posses adquiridas por ocupação. Destarte, reconheceu-se o indigenato como título congênito e primário, independente, por conseguinte, de legitimação.

Mendes Júnior formula a sua noção de indigenato baseado na "Política", de Aristóteles, na qual o filósofo grego disserta sobre o "status" do ser segundo o seu nascimento, bem como nos "Essais d'une philosophie populaire" do filósofo francês Pierre-Joseph Proudhon (MENDES JÚNIOR, 1912, p.58). Esta última obra define o indigenato como uma espécie de união imanente entre o homem e a terra onde ele nasce, de modo que ambos possuem as mesmas qualidades, energias e, até, a mesma consciência (PROUDHON, 1868, p.195 *apud* MARCHINI, 2011, p.36-37). "Indigénat" foi também um regime administrativo do séc.XIX aplicado pela França aos nativos da Argélia (SAUTAYRA, 1883 *apud* MARCHINI, 2011, p.36).

Pode-se apontar ainda como fontes do indigenato as obras dos espanhóis Frei Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas.

Na conferência "Los indios recientemente hallados", constante de suas "Relecciones teológicas", Vitoria aborda as relações dos conquistadores com os índios no

² Explica Marchini (2011, p.38) que a norma apontada trata-se na verdade da Provisão de 1º de abril de 1680 e não do alvará da mesma data, que versa sobre assunto distinto do discutido por Mendes Júnior, conforme consta nos Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, volume 66, p.51-57.

contexto do "descobrimento do Novo Mundo". Em geral, o teólogo não se mostra contrário à expansão espanhola³, mas assinala existir um direito anterior dos nativos às terras quando refuta argumentos comumente suscitados para deslegitimar os títulos de domínio dos bárbaros - termo utilizado para designar os índios. Para o frei, as alegações de que os índios eram pecadores e infiéis não tinham o condão de garantir aos espanhóis a usurpação de bens e terras, tendo em vista que o domínio natural das coisas é conferido por Deus e o homem, que é a imagem de Deus, não perde essa qualidade ainda que cometa pecado; por conseguinte, também não perde o domínio natural (VITORIA, 1917, p.17). Rechaça igualmente a irracionalidade e a propensão natural a serem governados para desqualificar o domínio. A primeira porque os bárbaros detêm uma razão peculiar, o que fica evidente no fato de organizarem suas cidades, leis, matrimônios, etc; e a segunda porque, ainda que existam aqueles que não tenham a capacidade de rege-se *per si*, não podem ser despojados de seus bens nem ser compelidos à escravidão (VITORIA, 1917, p.28-29).

Por seu turno, Las Casas, que também era eclesiástico católico, destinava críticas mais severas à colonização espanhola, da qual participou ativamente, inclusive como *encomendero*⁴, convertendo-se em defensor dos indígenas por volta de 1514, doze anos após sua chegada na América (BARBOSA, 2015, p.62). Las Casas empenhou-se em denunciar as barbáries do sistema colonial, a exemplo da "Brevísima relación de la destrucción de las Indias", de 1552, onde ele narra detalhadamente os maus-tratos e as matanças ocorridas em várias províncias contra populações simples, obedientes e aptas a receber a fé católica (LAS CASAS, 2011, p.13-14).

Apesar de não tratar detidamente de terra e de propriedade, pode-se afirmar que a interpretação da obra lascasiana oferece elementos para o reconhecimento das ocupações indígenas e, por conseguinte, do direito dos índios sobre as suas terras, o que decorre do direito dessas populações de exercer sua própria jurisdição (SOUZA FILHO, 2003, p.52-54). É que Las Casas apregoava, com base no direito natural, a liberdade dos povos e a igualdade

³ Tanto é assim que na mesma conferência Vitoria afirma que é lícito aos espanhóis, dentre outros atos, ingressar em terras bárbaras desde que não seja pra lhes prejudicar; negociar com os bárbaros; defender-se de agressões - inclusive construindo fortificações e ocupando cidades para manter-se em segurança; e anunciar o Evangelho (VITORIA, 1917, p.67-76).

⁴ A figura da *encomienda*, surgida no início do século XVI, consistia na concessão, ao colono, do direito de cultivar uma porção de terra e também de explorar a mão de obra de um grupo de indígenas. Os *encomenderos* passaram a compor um grupo influente e poderoso e, apesar de serem incumbidos da obrigação de promover o bem-estar e a cristianização dos indígenas, na prática, transformavam o sistema em verdadeira escravização, fato denunciado por Las Casas (SCHELL, 2010, p.26-27).

entre as nações, razão pela qual o *modus vivendi* dos índios deveria ser respeitado e sua adesão ao cristianismo voluntária (BARBOSA, 2015,p.70).

Retomando a análise da previsão do indigenato no ordenamento jurídico brasileiro, chega-se ao século XX e à atuação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), aparelho criado pelo Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, cujo objetivo primordial era prestar assistência aos índios até que estivessem integrados à comunhão nacional, missão reforçada posteriormente com a instituição da tutela no art.6º do Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928. Muitos militares revezaram-se na direção do órgão, ocupada inicialmente pelo tenente-coronel Cândido Rondon, aclamado por seu trabalho de construção de redes telegráficas e por sua experiência no contato com os índios durante expedições pelo país.

O SPI foi criado no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC), sendo denominado nessa época de Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN). Em 1931, o SPI passa a integrar o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC); em 1934, o Ministério da Guerra; e, em 1939, o Ministério da Agricultura (MA). Essas mudanças no controle do serviço revelam que a política indigenista do período esteve associada ao recrutamento de mão de obra para atividades produtivas, sobretudo agrícolas, assim como à proteção das fronteiras nacionais, interesses consubstanciados nas legislações de regência do órgão, a exemplo do art.26 do Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936, *in verbis*:

Art. 26. O Serviço de Protecção aos Indios estabelecerá, nos postos, sempre que for possivel, as instituições de ensinamentos, de utilização e beneficiamento de culturas, que o estado social e economico dos indios respectivos determinar, e que consistirão em:

- a) escolas primarias, com curso diurno e nocturno, para os indios de ambos os sexos e de todas as idades;
- b) aprendizado agricola e de criação, inclusive, cursos praticos de apicultura, sericicultura e outros que forem necessarios;
- c) campos de experiencia e demonstração com depositos de instrumentos de lavoura e animaes reproductores adequados a cada zona;
- d) silos, paiões e outras installações para beneficiamento e conservação das colheitas, vegetaes ou animaes, inclusive, conserva de carnes, peixes, fructas e outros productos;
- e) educação physica e instrucção militar, organizando-se para essa instrucção nas terras de fronteiras e nas de sertão linhas de tiro, sempre que a população indigena for sufficientemente densa e que seu estado social o permita.

Paragrapho unico. As escolas e mais estabelecimentos do ensino poderão ser frequentados pelas crianças dos arredores ainda que não sejam indigenas.

Quanto ao direito à terra, pode-se afirmar que, no plano ideal, o protecionismo do SPI acolhia o indigenato na medida em que, como explica Lima (2009, p.167),

[...] para o discurso protecionista (e não só a ele) o índio é a "origem" da nacionalidade brasileira. Reconhecer-lhes terras próprias é reconhecer à própria Nação o direito ao território que ocupa: nacionalizar os índios é assegurar o controle sobre os rincões mais isolados desse mesmo território, esta explicação se aplicando à ideia de um espaço geográfico anterior à ocupação presente.

Rezava o art.2º, §2º do Decreto 8.072/1910 que a posse dos territórios ocupados por indígenas seria assegurado por meio de acordos entre o governo federal e os governos locais. O trabalho do SPI consistia em buscar a restituição de terrenos usurpados, a confirmação de antigas concessões de terras e a obtenção de terras devolutas necessárias para povoações indígenas (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.119). Assim, o direito à terra era definido caso a caso, por meio da solicitação do SPI aos Estados, "tal implicando uma maior margem de barganha política e demandando inevitáveis alianças e conchavos regionalmente diferenciados" (LIMA, 2009, p.160).

É que, inicialmente, os Estados detinham o controle das terras devolutas por mandamento constitucional (o art.64 da Constituição de 1891), o que lhes conferia amplo poder de negociação. A situação viria a mudar com o advento da Constituição de 1934, cujo art.129 garantia a posse aos silvícolas das terras onde se achassem permanentemente localizados. No entanto, como o dispositivo restou pendente de regulamentação, sendo reeditado em 1937 e 1946 com poucas alterações, os Estados insistiam em reivindicar as terras indígenas como devolutas, dificultando a sua regularização pela União. O impasse só foi resolvido pela Lei nº 6.001/1973, o qual estabeleceu no parágrafo único do art.22 que as terras ocupadas pelos índios eram bens inalienáveis da União (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.120).⁵

A política de terras variava de acordo com o grau de sedentarização dos índios seguindo a classificação estabelecida no art.2º do Decreto nº 5.484/1928: nômades, arranchados ou aldeados, pertencentes a povoações indígenas e pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados⁶. Assim, para cada um desses tipos,

⁵ Ilustra essa disputa dos Estados por terras indígenas o julgamento recente do Supremo Tribunal Federal das ações cíveis originárias nº 362 e 366, nas quais o Estado de Mato Grosso solicitava indenização por terras de sua propriedade que teriam sido ilícitamente incluídas no Parque do Xingu (BRASIL.STF, 2017a) e nas reservas Nambikwára e Parecis (BRASIL.STF, 2017b), respectivamente. O relator, ministro Marco Aurélio, assentou que, desde a Carta de 1934, as terras ocupadas pelos indígenas não são consideradas como devolutas, citando antigo precedente do Supremo sobre o tema, o recurso extraordinário nº 44.585, julgado em 30 de agosto de 1961, oportunidade em que foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 1.077/1950, também do Estado de Mato Grosso, que reduzira área de terras que se achavam na posse dos silvícolas. Destarte, com base na jurisprudência do próprio STF sobre a não caracterização das terras indígenas como devolutas, julgou o plenário, por unanimidade, improcedentes ambas as ações, não sendo devida nenhuma indenização ao Estado de Mato Grosso.

⁶ O Decreto nº 9.214, de 15 de Dezembro de 1911, já previa a fundação de povoações indígenas e de centros agrícolas. As povoações indígenas, criadas a partir da reconstrução de antigos aldeamentos ou em lugares a

eram demarcadas áreas maiores ou menores para o desenvolvimento da produção agrícola (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.121).

Comumente o SPI destinava pequenas porções de terra aos índios, mas a partir do final da década de 1940, surgiu a ideia de criação de parques indígenas, que pudessem associar a proteção aos índios e ao meio ambiente, materializada com a instituição do Parque Nacional do Xingu no Estado de Mato Grosso pelo Decreto nº 50.455, de 14 de abril de 1961⁷. Explica Lima (2009, p.169):

[...] com o Parque Indígena do Xingu implantar-se-ia um novo modelo de definição de terras para grupos indígenas, em que porções consideravelmente maiores, com base num direito "imemorial" a um espaço retraçável por atribuição fundada em certos critérios, transformar-se-iam em territórios passíveis de demarcação física. Este padrão viria a ser implantado e transformado em paradigma da ação fundiária protecionista, mesmo quando não levado à prática, tal sendo, em períodos mais recentes, um dos componentes de esquemas mentais que orientam a ação de certos grupos que participam da Funai, ao gerarem uma superestimação, por parte dos povos indígenas, de seu real poder de assegurar a satisfação de reivindicações no tocante a grandes porções de terra. No entanto, o padrão anterior não se achava afastado, sendo atuante naquela mesma quadra histórica, sobretudo quando se considerava grupos frente aos quais a ação protecionista se achava de muito implantada, situados em regiões onde a fronteira agrícola se fechara, impossibilitando a constituição de grandes reservas de terra em mãos de aparelhos de poder do Estado.

Com a extinção do SPI⁸, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, dá seguimento ao regime tutelar e à política integracionista. Assim, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) elencava as terras indígenas em terras ocupadas, áreas reservadas e terras de domínio indígena (art.17), estando essa divisão relacionada à classificação dos índios do art.4º (índios isolados, em vias de integração e integrados).

critério do governo federal, eram centros de trabalho e de estudo, onde existiam escolas primárias, aulas de música e oficinas de aprendizagem agrícola, tudo sob a inspeção de funcionários do SPI (arts.15-22). Quanto aos centros agrícolas, eram criados para alojar trabalhadores e suas famílias, sendo destinados ao trabalho e ao estudo, dotados de escolas primárias, campos de experiência e de demonstração, depósitos de instrumentos de lavoura e de animais e instalações de beneficiamento dos produtos da lavoura. Aos trabalhadores eram concedidos alguns benefícios pelo governo, de forma gratuita (como o fornecimento de assistência médica e de ferramentas e sementes para as primeiras culturas) ou onerosa (como lotes de terras e gêneros alimentícios). O intuito era tornar tais centros emancipados, por isso eram instalados em locais que permitissem a expansão das lavouras e o desenvolvimento de povoações (arts.23-54).

⁷ Outros exemplos de parques criados: Parque Nacional Indígena do Tumucumaque no Estado do Pará (Decreto nº 62.998, de 16 de julho de 1968) e Parque Indígena do Aripuanã na região limítrofe do Estado de Mato Grosso com o Território Federal de Rondônia (Decreto nº 64.860, de 23 de julho de 1969).

⁸ Em momento oportuno no decorrer da presente pesquisa, a extinção do SPI será revisitada. Cumpre, porém, sinalizar desde já que o colapso do SPI advém de uma série de acusações de genocídio, corrupção e ineficiência administrativa, alvo, inclusive, de investigação de Comissão Parlamentar de Inquérito (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.131).

As terras ocupadas, diz o Estatuto, são aquelas de posse permanente do índio, de ocupação efetiva segundo os usos, costumes e tradições tribais, onde ele habita e exerce as atividades indispensáveis à sua subsistência (arts.22 e 23). Esse direito à posse permanente deveria ser assegurado com base na situação atual e no consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação (art.25). Quanto às áreas reservadas, disciplinadas nos arts.26 a 31, podiam ser reserva indígena (área de habitat de determinado grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência), parque indígena (área contida em terra na posse de índios cujo grau de integração permitisse assistência econômica, educacional e sanitária da União, em que seriam preservadas a flora e a fauna regionais) e colônia agrícola indígena (área de exploração agropecuária destinada às tribos aculturadas e membros da comunidade nacional). Por fim, as terras de domínio indígena são aquelas de propriedade plena do índio ou de comunidade indígena, adquirida na forma da legislação civil (art.32).

A regularização das terras indígenas dava-se por meio do processo administrativo de demarcação, regulamentado pelo Poder Executivo (art.19). O Decreto 76.999, de 8 de janeiro de 1976, editado para tal fim, estabelecia um reconhecimento prévio antes da demarcação em si, iniciado com a designação, pelo presidente da FUNAI, de um antropólogo e de um engenheiro ou agrimensor para a confecção de um relatório contendo os limites da área, considerando a situação atual e o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação. Aprovado o relatório pelo presidente, este comunicaria ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), com antecedência, a data de início e a área, devendo o referido instituto fornecer à FUNAI informações sobre a situação, na região a ser reconhecida, da discriminação das terras devolutas da União. A demarcação física do território era precedida de edital da FUNAI, para conhecimento dos confinantes. Concluída a demarcação, o processo era submetido à homologação do Presidente da República. Uma vez homologada, a demarcação era registrada no Serviço do Patrimônio da União (SPU) e no cartório da comarca da situação da terra.⁹

⁹ O Decreto nº 88.118, de 23 de fevereiro de 1983, promoveu uma modificação no procedimento. Para definição dos limites da área pelos técnicos da FUNAI, além da situação atual e do consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, a presença de não índios e a existência de benfeitorias, povoados e de projetos oficiais eram aspectos que deviam ser considerados. Ademais, a proposta de demarcação deveria ser encaminhada a um grupo de trabalho (GT) composto por representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, FUNAI e por outros órgãos federais ou estaduais julgados convenientes, responsável por emitir parecer conclusivo encaminhando o assunto para decisão final dos Ministros de Estado do Interior e Extraordinário para Assuntos Fundiários. Aprovada a proposta, o projeto de decreto com os limites da área era encaminhado ao Presidente da República. O Decreto nº 94.945, de 23 de setembro de 1987, também trouxe inovações, estabelecendo que a equipe técnica para delimitação da área deveria ser coordenada por um antropólogo, sertanista ou indigenista da FUNAI e composta por representantes do INCRA, de órgão fundiário estadual e de outros órgãos federais, estaduais e municipais, julgados convenientes pela FUNAI, além de um

O procedimento acima disposto era aplicável às terras ocupadas, vez que as áreas reservadas eram demarcadas com base na descrição dos limites contidos no ato que as tinham estabelecido e, as de domínio indígena, observando-se o que dispunha os títulos dominiais respectivos.

Por todo o exposto, conclui-se que a FUNAI, assim como seu antecessor, o SPI, igualmente exercia um protecionismo com base no indigenato, reconhecendo aos índios direitos sobre as terras considerando as suas características identitárias e culturais. Na verdade, a FUNAI seguia uma orientação constitucional, vez que o indigenato foi acolhido em sede constitucional desde a Carta de 1934, como aponta Silva (2016, p.4).

Até aqui, buscou-se revisitar as normas pátrias que, desde a dominação lusa, disciplinaram os direitos territoriais indígenas à luz do indigenato, as quais têm em comum o fato de terem sido editadas na vigência da doutrina integracionista. Contudo, o contexto muda com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dispensou um novo olhar sobre os povos indígenas, revitalizando a teoria do indigenato, razão pela qual se optou por analisá-la separadamente.

2.2 O indigenato na vigência da Constituição Federal de 1988

Retomando o histórico supracitado acerca da previsão do indigenato no plano constitucional, viu-se que a partir da Carta de 1934 o instituto passou a constar expressamente nas Constituições Brasileiras (SILVA, 2016, p.4). O art.129 da Constituição de 1934 dispunha: "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las". Tal mandamento foi reproduzido no art.154 da Constituição de 1937 e no art.216 da Constituição de 1946, alterando-se apenas a redação¹⁰.

Na Constituição de 1967, o art.186 logrou garantir, além da posse permanente das terras, o usufruto exclusivo dos recursos nelas existentes, nesses termos: "É assegurada aos

representante da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional, quando a área fosse localizada em faixa de fronteira. O GT agora seria composto por representantes do Ministério do Interior, Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário, Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional, FUNAI, INCRA e Órgão Fundiário Estadual. O parecer do GT era submetido aos Ministros do Interior, da Reforma e do Desenvolvimento Agrário e, quando envolvesse terras na faixa de fronteira, também ao Secretário-Geral do Conselho de Segurança Nacional, os quais, uma vez aprovando a proposta, expediriam Portaria Interministerial declarando a área como de ocupação indígena. A demarcação seguia para homologação do Presidente da República.

¹⁰ A redação do art.154 era a seguinte: "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas" (BRASIL, 1937). Já o art. 216 previa: "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem" (BRASIL, 1946).

silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes". A Emenda Constitucional nº 1/1969 continha o mesmo preceito, acrescentando disposições sobre os títulos apresentados sobre as terras indígenas, veja-se:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco da compreensão dos direitos indígenas vez que o novel texto constitucional não mais trata a questão indígena sob uma visão integracionista. A CF/88 destaca-se por ser a primeira já promulgada em nosso país a destinar um capítulo específico aos índios, o Capítulo VIII, do Título VIII, Da Ordem Social. Reza o art.231, caput, da CF/88:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Da redação do referido dispositivo constitucional extrai-se o cerne dos direitos indígenas na contemporaneidade: o reconhecimento da diferença enquanto fator a justificar a garantia de uma série de direitos específicos aos índios e da terra enquanto espaço vital para o exercício e preservação dessa diferença. Assim, a relevância atribuída à diferença na Constituição de 1988 inaugura o Paradigma da Interação, enaltecendo a diversidade da sociedade brasileira, na qual todos os grupos devem ser respeitados.

À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença (LEITÃO, 1993, p.228).

O direito à diferença corresponde a uma expressão do princípio constitucional da igualdade, significando dizer que aos índios deve ser assegurado o direito de viver de acordo

com as suas especificidades socioculturais, ou seja, de acordo com a sua identidade. A questão da identidade indígena é tema complexo, diferenciando Gersem dos Santos Luciano a identidade política da identidade étnica (LUCIANO, 2006, p.40). A primeira refere-se à articulação de todas as etnias em prol da reivindicação de interesses comuns, que os anima, por exemplo, a formar o Movimento Indígena. Já a segunda diz respeito às especificidades de cada etnia. Para fins de tutela constitucional, faz-se necessária a definição da identidade étnica, conceito obtido a partir da autoidentificação, o qual possui duas dimensões, uma individual e outra coletiva, pois o “índio não existe isoladamente, a sua definição só é possível no contexto de sua sociedade, de sua comunidade” (CUNHA *apud* DANTAS, 2007, p.93).

Pelo parâmetro da autoidentificação constante no art.3º, I do Estatuto do Índio, considera-se índio quem se identifica como pertencente a uma comunidade indígena (dimensão individual) e é pela mesma reconhecido como membro (dimensão coletiva). Portanto, o índio e sua comunidade são indissociáveis, motivo pelo qual a Constituição de 1988 garante direitos individuais e coletivos, assegurando-lhes, no art.231, sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Ademais, o art.232 legitima índios, comunidades e organizações indígenas para a defesa judicial de seus direitos e interesses - ou seja, mesmo o índio enquanto indivíduo pode postular direito coletivo da comunidade a que pertence-, impondo ao Ministério Público o dever de intervenção em todas as fases do processo.

A terra também se insere na esfera da diferença, sendo em verdade uma extensão dela, uma vez que é na terra onde a comunidade se desenvolve, reproduz seus costumes, enfim, é o espaço vital para o exercício da identidade, primordial à sobrevivência física e cultural dos índios.

Território é condição para a vida dos povos indígenas, não somente no sentido de um bem material ou fator de produção, mas como o ambiente em que se desenvolvem todas as formas de vida. Território, portanto, é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva. A terra é também um fator fundamental de resistência dos povos indígenas. É o tema que unifica, articula e mobiliza todos, as aldeias, os povos e as organizações indígenas, em torno de uma bandeira de luta comum que é a defesa de seus territórios (LUCIANO, 2006, p.101).

Do ponto de vista jurídico, a terra indígena configura uma categoria peculiar de bem público, na qual a propriedade cabe à União¹¹ (art.20, XI, CF/88) e a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes à coletividade indígena (art.231, §2º), muito embora possa o Congresso Nacional autorizar a exploração e o

¹¹ A outorga dominial das terras indígenas à União existe desde a Constituição de 1967.

aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art.231, §3º). Em virtude dessa natureza jurídica *sui generis* da terra indígena, o direito de posse indígena transfigura o domínio da União para uma espécie de propriedade vinculada ou reservada, ou seja, uma propriedade instrumental, que se destina a assegurar os direitos de seus legítimos possuidores, os índios (BRASIL.STF, 1996, p.20). Por isso, tais terras são inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas imprescritíveis (art.231, §4º).

O domínio da União afasta títulos de terceiros, prevendo a Constituição (art.231, §6º) a nulidade dos atos que versem sobre ocupação, domínio, posse e exploração das riquezas naturais das terras indígenas, salvo relevante interesse público. Assim, diz-se que essas terras são *res extra commercium* - não sujeitas a negociação jurídica (BRASIL.STF, 2014d, p.3), havendo direito de indenização apenas pelas benfeitorias derivadas das ocupações de boa fé.

Quanto ao direito de posse, este decorre dos direitos originários dos índios. Os direitos originários, como visto, remontam aos índios como primeiros senhores das terras, ou seja, os direitos dos índios sobre as terras são anteriores ao Direito posto, o Estado apenas cuidou de reconhecê-los, razão pela qual eles não podem ser delas privados, salvo em casos de catástrofes ou epidemias que os afetem, devendo o ato ser referendado pelo Congresso Nacional. A remoção pode ocorrer excepcionalmente, ainda, no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional. Superadas as situações que motivaram o ato de remoção, os grupos indígenas poderão retornar às terras (art.231, §5º).

As terras protegidas constitucionalmente são denominadas de terras tradicionalmente ocupadas, elucidando Silva (1993, p.47-48) que

Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. [...] O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.

As terras tradicionalmente ocupadas compreendem as habitadas pelos índios em caráter permanente – nesse contexto o termo permanente não significa imemorialidade, ocupação pretérita, mas “uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat” (TOURINHO

NETO, 1993, p.50) -, as utilizadas para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade e as necessárias à reprodução física e cultural (art.231, §1º). Cabe à União demarcá-las através de um processo administrativo, atualmente regulado pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. A demarcação é ato meramente declaratório, pois, como visto, o que justifica a posse indígena é o direito originário.

Prevê o decreto que o processo inicia-se com a identificação da terra a partir de um estudo antropológico desenvolvido por profissional nomeado por portaria da FUNAI (art.2º). Um grupo técnico (GT), também designado pela FUNAI, realiza estudos complementares - de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental - e o levantamento fundiário necessários à delimitação da área a ser demarcada (art.2º, §1º), podendo solicitar a colaboração de outros especialistas e/ou de outros órgãos públicos (art.2º, §§ 2º e 4º). Ademais, no prazo de trinta dias da publicação do ato constitutivo do GT, devem os órgãos públicos prestar as informações que eventualmente lhe forem requeridas sobre a área, sendo facultado às entidades civis consultadas o fornecimento de informações do mesmo gênero (art.2º, §5º).

Concluído o trabalho, o relatório do GT é apresentado à FUNAI e, uma vez aprovado, segue com o memorial descritivo e o mapa da área para publicização no Diário Oficial da União, no Diário Oficial da unidade federada respectiva e na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel (art.2º, §§6º e 7º)¹². O intuito é viabilizar o contraditório e a ampla defesa aos Estados, Municípios e demais interessados, a fim de que possam ser ouvidos e de que possam produzir todos os meios de prova em Direito admitidos para pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório, o que deve ser feito a partir do início do processo até noventa dias contados da publicação do referido relatório (art.2º, §8º). O contraditório e a ampla defesa também são garantidos ao grupo indígena, o qual participará de todas as fases do processo (art.2º, §3º).

¹² A Portaria MJ nº 14, de 09 de janeiro de 1996, traz os elementos mínimos que devem constar no relatório circunstanciado de identificação e delimitação, divididos em sete partes, nesta ordem: dados gerais (informações sobre o grupo indígena, como língua, cultura, migrações e histórico da ocupação), habitação permanente (descrição da população e da localização do grupo indígena), atividades produtivas (descrição das atividades, da economia e das relações sócio-econômico-culturais com outros grupos indígenas e com a sociedade envolvente e delimitação das áreas utilizadas), meio ambiente (informações sobre as áreas e os recursos imprescindíveis ao bem estar do grupo), reprodução física e cultural (informações sobre natalidade, mortalidade e aspectos cosmológicos como rituais, cemitérios, lugares sagrados, sítios arqueológicos, etc.), levantamento fundiário (informações sobre ocupantes não índios, como extensão das áreas ocupadas, benfeitorias realizadas, existência de títulos de posse/domínio, etc) e conclusão e delimitação (proposta de demarcação).

Transcorridos os noventa dias da publicação do relatório, a FUNAI encaminhará, em até sessenta dias, o procedimento devidamente instruído ao Ministério da Justiça (art.2º, §9º) - atualmente Ministério da Justiça e Segurança Pública. Estando em ordem o processo, o Ministro mandará, em até trinta dias, expedir portaria declarando os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação física. Caso contrário, poderá requerer diligências, a serem cumpridas no prazo de noventa dias, ou desaprovar a identificação pelo não atendimento ao §1º do art. 231 da CF/88, remetendo os autos à FUNAI (art.2º, §10).

Durante a etapa de demarcação propriamente dita, constatada a presença de ocupantes não índios, deve o INCRA cadastrá-los e dar-lhes prioridade de reassentamento (art.4º). Deve também a FUNAI promover a retirada dos ocupantes não índios do local - a chamada desintrusão -, realizando o levantamento das benfeitorias indenizáveis aos ocupantes de boa-fé¹³. Concluída a demarcação, esta será homologada por decreto da Presidência da República e a terra registrada em cartório e na Secretaria de Patrimônio da União (SPU) - conforme preveem os artigos 5º e 6º do Decreto.¹⁴

Em casos de conflito interno, de impactos de grandes empreendimentos ou na impossibilidade de reconhecimento de ocupação tradicional, a FUNAI tem assegurado o direito territorial na modalidade de Reserva Indígena (art.26, a, Estatuto do Índio), obtendo áreas por compra direta, desapropriação ou doação (BRASIL. FUNAI, *online*).

Finda-se essa análise da previsão do instituto do indigenato no ordenamento jurídico citando-se o Projeto de Lei nº 2.057/1991, de autoria dos deputados Aloizio Mercadante (PT/SP), Fábio Feldmann (PSDB/SP), Jose Carlos Saboia (PSB/MA), Nelson Jobim (PMDB/RS) e Sidney de Miguel (PDT/RJ), em tramitação na Câmara dos Deputados. O projeto, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, configura uma importante

¹³ O procedimento para pagamento de indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias derivadas da ocupação de boa-fé em terras indígenas resta disciplinado na Instrução Normativa Funai nº 2, de 03 de fevereiro de 2012. Primeiramente é realizada uma vistoria da ocupação e das benfeitorias, seguindo-se uma avaliação das últimas. A partir da análise dos laudos de vistoria e de avaliação das benfeitorias, bem como da documentação e das informações provenientes dos setores fundiário e antropológico da FUNAI, é elaborado um relatório técnico preliminar contendo: o resumo do processo de identificação e delimitação da terra indígena (T.I); o histórico da ocupação; o levantamento fundiário; o marco temporal da boa fé - qual seja, a publicação da portaria declaratória da T.I, podendo a má fé caracterizar-se antes, como em caso de posse violenta e demais situações do art.5º; a indicação das benfeitorias indenizáveis; e sugestão de eventuais providências complementares. O processo e todas as provas até então produzidas são submetidos a uma comissão que irá decidir sobre a indenização. A deliberação da comissão será veiculada por resolução a ser publicada no Diário Oficial da União e encaminhada às Prefeituras Municipais da situação do imóvel. Em face de tal deliberação cabe recurso administrativo para a Presidência da FUNAI.

¹⁴ Em 20 de julho deste ano foi veiculado no Diário Oficial da União despacho do Presidente da República aprovando o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, o qual determina a aplicação das condicionantes fixadas no caso Raposa Serra do Sol aos processos administrativos de demarcação, vinculando todos os órgãos da Administração Pública Federal. O caso Raposa Serra do Sol e a sua repercussão sobre a demarcação de terras indígenas serão estudados em tópico próprio.

iniciativa de efetivação dos direitos indígenas e de superação do Estatuto do Índio, o qual, como visto, foi editado sob a égide do paradigma da integração, destoando do arcabouço jurídico inaugurado pela Constituição de 1988.

O projeto versa sobre patrimônio, propriedade intelectual, direitos autorais, saúde, meio ambiente, educação, terras e uma série de outros temas que buscam resguardar o *modus vivendi* das populações indígenas e conferir autonomia às sociedades indígenas, assim entendidos os grupos compostos de uma ou mais comunidades que se consideram distintos da sociedade envolvente e que mantêm vínculos históricos com sociedades pré-colombianas (art.2º).

No quesito reconhecimento territorial, o projeto prevê que as terras indígenas já identificadas consideram-se demarcadas (art.29) e que as não identificadas serão demarcadas administrativa ou judicialmente (art.30), neste último caso, quando: o presidente do órgão indigenista ou a autoridade competente não atender ao pedido, formulado por sociedade indígena ou pelo Ministério Público Federal (MPF), de abertura do respectivo processo no prazo legal; o presidente do órgão indigenista ou a autoridade competente não homologar a demarcação de acordo com o §1º do art.35¹⁵; e a qualquer tempo por iniciativa da sociedade indígena interessada ou do MPF (art.38). Com o processo de reconhecimento assegurado em lei, visam os autores do PL promover maior estabilidade em sede de demarcação, matéria atualmente regulada por decreto do Poder Executivo e, portanto, mais suscetível a alterações (BRASIL, 1991, p.22527)¹⁶.

2.3 Direito originário à terra com base no fato indígena

O segundo fundamento apontado para o direito territorial indígena é relativamente novo e denomina-se "fato indígena". Trata-se de uma teoria formulada na seara jurisprudencial, desenvolvida a partir do julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TI RSS), resultado de um processo de demarcação bastante conturbado, cujo desdobramento no mundo jurídico significou não somente uma discussão acerca de uma disputa territorial, mas também um marco interpretativo para todas as demarcações de terras

¹⁵ Redação do *caput* e do §1º do art.35 do PL 2.057/1991: "Art.35 - O presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente terá prazo de 30 dias para homologar ou não a demarcação, sendo que esta decisão deverá ser publicada no Diário Oficial da União. §1º - Caso o presidente do órgão indigenista ou autoridade federal competente decida não homologar a demarcação, apresentará suas razões no prazo referido no *caput* e submeterá todo o processo demarcatório à apreciação judicial.

¹⁶ Na justificativa do PL 2.057/1991 consta essa preocupação com as constantes alterações que o Poder Executivo havia empreendido no processo de demarcação até a propositura do projeto. Remontam ao aludido período, por exemplo, os Decretos nº 22, de 04 de fevereiro de 1991 e o nº 94.945, de 23 de setembro de 1987.

indígenas no país. Para entender a emblemática decisão que deu origem à teoria ora estudada, é preciso inicialmente desvendar o histórico peculiar da ocupação tradicional.

2.3.1 A ocupação tradicional da TI Raposa Serra do Sol e seu respectivo processo de demarcação

A TI RSS, onde residem populações das etnias Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana, localiza-se no norte do Estado de Roraima, com uma área de 1.747.464 (um milhão, setecentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e quatro) hectares distribuídos nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, em uma região conhecida como Monte Roraima (BRASIL, 2005).

A documentação colonial portuguesa do século XVIII já assinalava a presença histórica dos índios na região, fato fundamental para a conquista do vale do Rio Branco, onde foram criados diversos aldeamentos que subsistiram até meados de 1790, quando uma revolta das populações aldeadas desestimulou o Estado a investir nesta tática de ocupação territorial. Com efeito, durante o Império, a instalação de aldeamentos indígenas e de guarnições militares contra ofensivas estrangeiras foi menos privilegiada, voltando-se o Estado para a atividade pecuária em fazendas nacionais criadas para esse fim (FARAGE; SANTILLI, *online*).

As fazendas nacionais abrangiam extensas áreas, muitas delas sendo terras indígenas. A pecuária foi, assim, despojando os índios de suas terras, agora consideradas terras oficiais, restando-lhes trabalhar como peões e vaqueiros (NÓBREGA, 2011, p.73). Na segunda metade do século XIX, a fim de proteger suas fronteiras da Inglaterra, o Estado brasileiro começa a descrever os limites dessas fazendas e a determinar-lhes a origem. Ademais, começa também a arrendá-las a empresários amazonenses (FARAGE; SANTILLI, *online*).

Em 1912 as fazendas nacionais do Rio Branco - São Bento, São José e São Marcos -, até então sob responsabilidade do Ministério da Fazenda, foram delegadas ao Ministério da Agricultura, mais especificamente à Superintendência da Defesa da Borracha. Em virtude da inegável presença indígena na região, em 1915, passaram a ser administradas pelo SPI, que não conseguiu conter a proliferação de fazendas particulares, cujos títulos, muitas vezes expedidos pelo próprio governo do estado do Amazonas - que detinha o poder sobre a região que posteriormente transformou-se no Estado de Roraima -, usurpavam as

terras das fazendas públicas. Além de terras, também era comum a subtração de gado dos rebanhos estatais (FARAGE; SANTILLI, *online*).

Apesar de todas essas transformações espaciais, uma expedição da Comissão de Inspeção de Fronteiras do Ministério da Guerra, chefiada pelo Marechal Rondon e ocorrida em 1927 ao longo dos rios Tacutu, Surumu, Cotingo e Maú, atestou que a região permanecia povoada por indígenas Macuxi, Ingaricó e Wapixana (FARAGE; SANTILLI, *online*).

Outros eventos do século XX também contribuíram para a reconfiguração do vale do Rio Branco e, portanto, impactaram diretamente na posse do território pelos índios: a migração de trabalhadores vindos da Amazônia, impulsionada pelo declínio da exploração da borracha e a descoberta do ouro, em 1930, no rio Maú, que atraiu garimpeiros de todo o país. A partir de 1990, a atividade de garimpo torna-se mais intensa, assim como o conflito entre índios e garimpeiros (NÓBREGA, 2011, p.75-76). Também na década de 1990 ganham relevo as lavouras de arroz, que causaram diversos danos ambientais como o desmatamento da vegetação nativa, a poluição de lagos, igarapés e rios e a diminuição do território de caça e pesca das comunidades, além da invasão de espaços sagrados (CARVALHO; SOUTO MAIOR, 2008, *online*).

Em face de todas essas investidas contra suas terras, praticadas tanto por particulares quanto pelo Estado, ofereceram os indígenas resistência, física e política, destacando-se nesse contexto a luta pela demarcação do território. Em verdade, o reconhecimento oficial da área data do início do século, quando surgiram práticas governamentais de demarcação. Em 1917, com a Lei nº 941 do Estado do Amazonas, as terras compreendidas entre os rios Surumú e Cotingo foram destinadas aos índios Macuxi e Jaricuna, sendo o respectivo título de concessão expedido em 1925, o qual, no entanto, não foi respeitado pelas autoridades locais (CARVALHO; SOUTO MAIOR, 2008, *online*).

Foi apenas em 1975 que a demarcação da TI RSS com base no Estatuto do Índio teve início, sendo constituído um grupo de trabalho (GT) para a definição de terras indígenas no então Território Federal de Roraima por meio da Portaria FUNAI n. 77/P, de 4 de fevereiro. Não tendo o GT concluído o seu mister, o titular da 10ª Delegacia Regional da FUNAI à época, José Carlos Alves, oficiou, em março de 1977, o Diretor Geral de Operações da FUNAI, solicitando a demarcação, gerando o Processo Administrativo nº 3233/77, com publicação de nova portaria, de nº 111/77 - sucedida pela de nº 550/P/1977 (NÓBREGA, 2011, p.83-84).

Nos anos seguintes, alguns GT's sucederam-se para a delimitação da área. O GT de 1979 estimou uma área de 1.350.000 (um milhão, trezentos e cinquenta mil) hectares, que,

no entanto, não foi aprovada pela FUNAI. Novo GT foi formado por meio da Portaria nº 1.645, de 29 de maio de 1984, coordenado pela antropóloga Maria Guiomar de Melo, cujo relatório de identificação apontou uma área de 2.000.000 (dois milhões) de hectares, também rechaçada. Por sua vez, o GT formado pela Portaria nº 171, de 29 de maio de 1986, discordou do seu antecessor por tratar-se de uma área muito extensa e por abranger região de fronteira. Em 1989, uma parte da área, com cerca de 90.000 (noventa mil) hectares foi demarcada e destinada apenas à etnia Ingarikó, considerada não aculturada, à luz do Estatuto do Índio (NÓBREGA, 2011, p.85-88).

Persistia, contudo, a demanda pela demarcação de toda a área, que atendesse às demais etnias. Para tanto, seria necessária uma demarcação contínua, o que contrariava vários interesses de posseiros, fazendeiros e dos entes federados envolvidos (os municípios e o Estado de Roraima, elevado a essa categoria pela Constituição de 1988). Assim, em nova tentativa de demarcar toda a TI RSS, a FUNAI, por meio da Portaria nº 1.141, de 6 de agosto de 1992, formou um GT interinstitucional, que contava com a participação de servidores do órgão, representantes das comunidades indígenas e de entidades indigenistas, servidores do Estado de Roraima e profissionais de variadas áreas do conhecimento, todos coordenados pela antropóloga Maria Guiomar de Melo, que havia exercido a mesma função em 1984. O relatório de identificação e delimitação propôs uma área de 1.678.800 (um milhão, seiscentos e setenta e oito mil e oitocentos) hectares, tendo sido aprovado pelo presidente da FUNAI e publicado no Diário Oficial da União em abril de 1993. A partir de então, a demarcação da TI RSS passou a ser discutida no bojo do processo administrativo nº 889/93 (NÓBREGA, 2011, p.90-92).

Em virtude da discordância do Estado de Roraima, optou o Ministério da Justiça (MJ) por ouvir o Ministério Público Federal (MPF), o Conselho de Defesa Nacional e o Estado Maior das Forças Armadas (EMFA), manifestando-se este último contrário à demarcação, por tratar-se de área extensa e localizada em fronteira. Por sua vez, a Advocacia Geral da União (AGU), no Parecer nº GQ – 81, de 6 de setembro de 1995, mostrou-se favorável, posto que a demarcação, contínua ou seccionada, é matéria de fato e depende da ocupação do território, estando ambos os tipos albergados pelo art. 231 da CF/88 (NÓBREGA, 2011, p.92-94).

Com a aprovação do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, para a disciplina do procedimento demarcatório, e a previsão do contraditório, inclusive nos processos em

curso, como determina o art.9º¹⁷, foram apresentados mais de nove requerimentos administrativos de contestação à identificação e delimitação da TI RSS, dentre eles os de autoria do Estado de Roraima e do município de Normandia, que sustentavam ser indígenas apenas as terras habitadas por índios isolados e que a ocupação da terra reivindicada deveria perdurar, pelo menos, até a data da vigência da Constituição de 1988. Tais teses não foram acolhidas pela FUNAI e pelo MJ, tendo o ministro Nelson Jobim, no Despacho nº 80, de 20 de dezembro de 1996, julgado improcedentes todos os requerimentos de contestação do procedimento demarcatório. O ministro frisou também na sua decisão que a vigência da Constituição de 1988 como marco temporal de ocupação sucumbia em virtude de as terras indígenas gozarem de proteção constitucional desde 1934. Ademais, a demarcação contínua encontrava guarida na CF/88. No entanto, mandou refazer os limites para excluir da terra indígena algumas propriedades privadas, as sedes do município de Uiramutã e de vilas como Surumu, Água Fria, Socó e Mutum, bem como de vias e faixas de domínio público. A medida adotada pelo Ministro Renan Calheiros, sucessor de Nelson Jobim, foi expedir a Portaria Declaratória nº 820, de 11 de dezembro de 1998, da TI RSS com 1.678.800 ha, ressaltando a possibilidade de resolução posterior das questões controvertidas (NÓBREGA, 2011, p.95-99).

Passou a tramitar na FUNAI, então, o processo administrativo nº 772/99, cujo objetivo era submeter à apreciação do Presidente da República a homologação da demarcação, que só veio a ocorrer de fato em 15 de abril de 2005, via Decreto. Nesse interregno, ocorreram algumas contestações judiciais à Portaria nº 820/98¹⁸, além de ter sido constatada divergência quanto à área declarada, sendo na verdade um pouco maior. Por isso, foi necessária a expedição de nova portaria declaratória, a de nº 534, de 13 de abril de 2005, para que a homologação se efetivasse (NÓBREGA, 2011, p.99-101).

O desfecho administrativo da demarcação da TI RSS não pacificou as controvérsias existentes em torno da posse da área, que migraram para o campo jurídico. Diversas ações judiciais versando sobre a demarcação, seja para revertê-la ou mantê-la, ou até mesmo para discutir questões correlatas, foram deflagradas¹⁹, sendo a Petição 3388 a de maior

¹⁷ Art. 9º do Decreto 1.775/96: "Nas demarcações em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8º do art. 2º, no prazo de noventa dias, contados da data da publicação deste Decreto. Parágrafo único. Caso a manifestação verse demarcação homologada, o Ministro de Estado da Justiça a examinará e proporá ao Presidente da República as providências cabíveis".

¹⁸ Nóbrega (2011, p.99-100) cita o Mandado de Segurança nº 6.210, impetrado pelo Estado de Roraima no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a Ação Popular nº 1999.42.00.000014-7, ajuizada por Silvino Lopes e outros na Justiça Federal de Roraima.

¹⁹ Nóbrega (2011, p.103-114) elenca algumas dessas ações, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1512, proposta pelo Procurador Geral da República (PGR) no STF para impugnar as Leis Estaduais nº 96 e 98/1995, do Estado de Roraima, as quais instituíram os Municípios de Pacaraima e Uiramutã, cujas sedes

relevância em virtude de o seu julgamento ter extrapolado a resolução do caso concreto particular, significando a disciplina das demarcações - de terras indígenas e, alguns anos depois, repercutindo também em matéria de demarcação de quilombos, como será visto ao longo da presente pesquisa - e a oportunidade em que a mais alta corte do país atualizou a sua interpretação sobre os direitos indígenas.

Revisita-se, então, o julgamento da Petição 3388, a fim de compreender o teor dessa paradigmática decisão, mormente a teoria do fato indígena nela formulada.

2.3.2 O julgamento da Petição 3388 e a definição do conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas

Trata-se a Petição 3388/RR de uma ação popular. Esse tipo de ação é manejada por qualquer cidadão visando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art.5º, LXXIII, CF/88). Prevê o art.5º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que também disciplina a matéria, que a competência para julgamento da ação será definida conforme a origem do ato impugnado, sendo *a priori* da Justiça dos Estados, do Distrito Federal ou da União. Contudo, no caso da Petição 3388, a ação foi admitida no STF em virtude de o próprio tribunal ter reconhecido, nas Reclamações nº 2.833 e 3331-7, a sua competência para julgar todas as ações acerca da TI RSS, por existência de conflito entre a União e o Estado de Roraima – que também envolvia os Municípios de Uiramutã e Pacaraima -, com incidência do art.102, I, f, CF/88.

A Petição 3388 foi ajuizada contra a União pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto em 20 de maio de 2005, com o fito de impugnar o modelo de demarcação contínua da TI RSS, que traria, segundo ele, prejuízo para a economia do Estado de Roraima, vez que os não índios que habitavam a área deixariam de produzir e de cultivar a terra, além de comprometer a segurança e a soberania nacionais, por tratar-se de região de fronteira. Ademais, alegava que uma significativa parte do território estadual passaria ao domínio da União. Além desses motivos de ordem fática, sustentava o autor que o processo de demarcação padecia de vícios insanáveis, como a parcialidade do laudo antropológico

estariam localizadas em terras indígenas; a Ação Popular nº 1999.42.00.000014-7, promovida por Silvino Lopes da Silva e outros na Justiça Federal, seção judiciária de Roraima, com o fito de suspender e anular a Portaria 820/98, primeira a declarar a TI RSS; e as Reclamações nº 2.833 e 3331-7, propostas pelo PGR no STF, nas quais ficou evidenciado o conflito existente entre União e Estado de Roraima, configurando a hipótese do art.102, I, f, CF/88, razão pela qual restou fixada a competência daquela Corte para julgar todas as ações envolvendo a TI RSS, apenas para citar alguns exemplos.

assinado por Maria Guiomar de Melo, a ausência de oitiva de todos os interessados e a diferença entre a área da Portaria nº 820/98 e a da Portaria nº 534/2005. Ao final, requeria liminarmente a suspensão dos efeitos da Portaria nº 534/2005, bem como do respectivo decreto homologatório e, no mérito, a declaração de nulidade da mesma portaria.

Posteriormente, outros sujeitos passaram a figurar no processo, como o Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti e o Estado de Roraima, como assistentes do autor e de comunidades indígenas (Jawari, Tamanduá, Jacarezinho, Socó, entre outras) e da FUNAI como assistentes da União, apenas para citar alguns. A atuação desses sujeitos contribuiu para trazer aos autos relevantes documentos e informações para o desfecho da causa, mas também serviu para reforçar a complexidade da matéria que estava sendo enfrentada pelo Supremo.

O pedido liminar foi indeferido pelo relator, cuja decisão foi confirmada pelo colegiado quando da apreciação do recurso de agravo regimental interposto pelo autor, em sessão do dia 06 de abril de 2006. Em 19 de março de 2009 a ação foi julgada parcialmente procedente, sendo declarada a constitucionalidade da demarcação contínua da TI RSS e a inexistência de vícios no procedimento demarcatório, estabelecendo-se, contudo, dezenove salvaguardas institucionais ou condições impostas ao usufruto dos índios sobre suas terras²⁰.

²⁰ As salvaguardas ou condicionantes são as seguintes: a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a fискаção, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional ; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do índio (FUNAI) ; f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos

Segundo o relator, toda demarcação é, de fato, contínua, porque somente esse formato garante os recursos ambientais necessários à reprodução física e cultural de uma dada etnia (BRASIL.STF, 2009, p.311). Assim, a extensão da TI RSS foi considerada proporcional, vez que a demarcação não fica restrita a critérios matemáticos, mas ao disposto no §1º do art.231 da CF/88. O tribunal também afastou qualquer incompatibilidade entre terras indígenas e faixa de fronteira, sendo viável tanto a proteção dos territórios indígenas quanto a defesa nacional, até mesmo porque as regiões de fronteira abrigam considerável população indígena, fato conhecido do constituinte, não havendo, portanto, incongruências na Carta Magna ao regular essas matérias. A alegação de fragilidade de proteção das fronteiras pátrias não pode servir como óbice à demarcação, por tratar-se de garantia constitucional que viabiliza o reconhecimento de um direito originário.

Quanto às salvaguardas ou condicionantes, como ficaram conhecidas, as mesmas causaram muita polêmica à época, sob a crítica de que o STF estaria extrapolando a sua competência e criando regras em matéria de demarcação e, ainda, sem ouvir as partes e os demais sujeitos processuais. Na sessão do plenário de 23 de outubro de 2013, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos ao acórdão, cuja relatoria coube ao Ministro Luís Roberto Barroso, restou decidido que tais condicionantes eram válidas e decorriam da própria Constituição Federal, não havendo que se falar em inovação, contudo, aplicavam-se apenas ao caso da TI RSS, como consta na ementa do julgado:

[...]

3.As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos.

públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput. Lei nº 6.001/1973); p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

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

Na prática, as condicionantes acabaram tornando-se tão recorrentes do ponto de vista argumentativo que comumente são invocadas como regras insuperáveis, tanto administrativa quanto judicialmente, justamente por ostentarem esse *status* de uma decisão da Corte Suprema. Basta notar como o próprio STF refere-se às condicionantes, a exemplo do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, sobre controvérsia envolvendo a terra indígena Guyraroká, da etnia Guarani-Kaiowá, no Estado de Mato Grosso do Sul, cuja ementa do acórdão contém a afirmação de que são orientações aplicáveis a todos os processos de demarcação (BRASIL.STF, 2014a, p.1)²¹. No mesmo sentido, busca a União regulamentá-las no âmbito administrativo desde 2012, com a edição da Portaria AGU nº 303, de 16 de julho de 2012, e, atualmente, com o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, aprovado pelo Presidente da República Michel Temer, o qual determina a aplicação das condicionantes aos processos administrativos de demarcação, vinculando todos os órgãos da Administração Pública Federal.²²

²¹ O cerne do RMS 29.087 é na verdade o marco temporal, tendo em vista que laudo da FUNAI indicou não existir comunidade indígena há mais de setenta anos, porém a observância das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol é reafirmada nesse julgado. Outro precedente que enaltece as condicionantes é o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.542, versando sobre a TI Porquinhos dos Canela – Apãnjekra, situada no Maranhão, ocasião em que foi aplicada a salvaguarda institucional proibitiva de ampliação de terra indígena já demarcada (BRASIL.STF, 2014b, p.1).

²² Em 2012 foi editada a Portaria AGU nº 303, de 16 de julho de 2012, determinando a observância das condicionantes pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta. A norma teve sua eficácia suspensa em razão dos embargos de declaração opostos ao acórdão da Petição 3388 e também do Ofício nº 260/Gab/Pres-Funai, de 23 de julho de 2012, que solicitava a oitiva dos povos indígenas sobre o teor da portaria (BRASIL. AGU, 2017, p.11). Após o julgamento dos embargos, permaneceu o impasse sobre a atribuição de efeito vinculante às salvaguardas de um caso específico, bem como se o meio para fazê-lo seria por portaria. Ocorre que em 20 de julho de 2017 foi publicado no Diário Oficial da União despacho do Presidente da República Michel Temer aprovando o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, o qual determina a aplicação das condicionantes aos processos administrativos de demarcação. O parecer foi a via eleita como adequada para conferir à matéria o efeito vinculante almejado em virtude do exposto no art.40, §1º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da AGU), *in verbis*: "O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento". No entanto, essa nova tentativa da União também é alvo de críticas, a exemplo da manifestação do Ministério Público Federal na Nota Técnica nº 07/2017-6CCR, de 22 de novembro de 2017, no sentido de que o referido parecer reproduz irrefletidamente as condicionantes, sem analisar os seus efeitos e, ainda, baseando-se em apenas três precedentes pós-Raposa Serra do Sol (RMS nº 29087/DF, ARE nº 803.462/MS, RMS 29.542/DF), não representando, portanto, uma jurisprudência consolidada do STF (BRASIL. MPF, 2017, p.29). Posteriormente, o MPF elaborou a Nota Técnica nº 02/2018-6CCR, de 20 de março de 2018, na qual recomenda à AGU a declaração de nulidade do referido parecer normativo e aos servidores da Administração Pública Federal que não se escusem de dar fiel cumprimento à legislação (constitucional, internacional e infraconstitucional) sob pretexto de observância daquele parecer (BRASIL. MPF, 2018, p.54).

Além das condicionantes, outro ponto de destaque do acórdão é o conteúdo positivo do ato de demarcação, de onde se extrai a teoria do fato indígena, foco do presente trabalho. Segundo o STF, à luz da Constituição Federal de 1988, o ato de demarcação reúne quatro marcos regulatórios: o marco temporal da ocupação, o marco da tradicionalidade da ocupação, o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional e o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”.

O marco temporal da ocupação é, indubitavelmente, o mais polêmico, pois a sua exigência não está expressa na Constituição, sendo fruto da atividade interpretativa do STF. Como mencionado, a sugestão de um marco temporal de ocupação para fins de demarcação de terras indígenas surgiu ainda no processo administrativo da TI RSS, quando o Estado de Roraima e o Município de Normandia sustentaram que a ocupação indígena deveria perdurar até a data da vigência da Constituição de 1988, o que não foi acolhido pelo Ministro da Justiça da época, Nelson Jobim, tendo em vista que desde a Constituição de 1934 as terras indígenas são alvo de proteção especial (NÓBREGA, 2011, p.95-97).

Judicialmente, no entanto, a tese do marco temporal ganhou força, tendo o relator afirmado que o próprio tempo do vocábulo "ocupam", no presente, no *caput* do art.231 da CF/88, sinaliza um marco objetivo:

Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988 (BRASIL. STF, 2009, p.295).

A partir desse marco temporal firmado pelo relator, o Ministro Menezes Direito, que havia pedido vista do julgamento, concluiu em seu voto que a ocupação é um fato a ser verificado, aduzindo que

"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 nº 650²³ 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 (BRASIL. STF, 2009, p.380).

²³ Súmula 650 do STF: Os incisos I e XI do art.20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto (BRASIL, 2003).

²⁴ Incisos I e XI e *caput* do art.20 da Constituição Federal: São bens da União: [...] I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; [...] XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (BRASIL, 1988).

Essa presença constante dos índios em determinado espaço foi denominada por Menezes Direito de "fato indígena". Frisa o ministro que essa presença é qualificada pela cultura e pelo *modus vivendi*, o que remete ao segundo marco, o da tradicionalidade da ocupação, indissociável do marco temporal para fins de configuração do fato indígena. Significa dizer que apenas a ocupação segundo os usos, costumes e tradições de uma dada comunidade, com perdurabilidade coincidente com a data de promulgação da CF/88, autoriza o reconhecimento do direito à terra e o processamento da sua demarcação.

Assim, sendo a ocupação tradicional um fato, este pode ser verificado cientificamente, como explica Menezes Direito:

Se o problema das terras indígenas há de ser resolvido com base no fato indígena, como aqui se propõe, os procedimentos de identificação e demarcação devem servir para demonstrá-lo. Todo fato está sujeito a observação. O que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. A mim parece que esses instrumentos e métodos podem ser definidos pela antropologia. No entanto, essa ciência não pode se basear apenas em opiniões, conjecturas e, especialmente, generalizações. Mas é de ser considerada também a participação de outros especialistas. Se a garantia dos direitos dos índios exige a extensão de suas terras até um determinado ponto ou marco geográfico, é isso que deve ser demonstrado. Ao lado do método de indagação direta aos povos envolvidos cabe o cuidado do tema para saber, por exemplo, se os índios conhecem determinada área e se já a batizaram com um termo próprio; se não houver elementos arqueológicos a configurar a presença em determinado local, que se passe, por exemplo, para a observação dos deslocamentos dos índios, de modo a se definir até onde eles vão para com isso se descobrir quais são as áreas realmente utilizadas nos termos constitucionais, tudo obviamente documentado. O que se busca em um procedimento tão sério e de tão importantes repercussões para a vida nacional é uma clara demonstração do ponto de vista científico. Não basta apenas a existência de mapas indicativos de ocupação. Pode-se e deve-se ir além. Menciono, como exemplos, as possibilidades de se fotografar e marcar sítios utilizados ou abandonados e de se realizar levantamentos aérofotogramétricos das áreas utilizadas sazonalmente e comparativos com o recurso a imagens de satélites. Os mapas indicativos de ocupação constituem um bom exemplo de que não pode deixar de haver a oportunidade para manifestações de interesses contrários que podem, eventualmente, contestar as indicações feitas pelos grupos da FUNAI. A estes, por certo, não pode ser dado o poder absoluto de definir a área a ser ocupada com exclusividade pelos índios. Há que ser respeitada a disciplina constitucional sobre o contraditório e a ampla defesa (BRASIL. STF, 2009, p.388-389).

Por todo o exposto, o ministro propõe expressamente a suplantação da teoria do indigenato, visto que o fato indígena representa "uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquia das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena" (BRASIL. STF, 2009, p.381).

Salienta-se que a teoria do fato indígena comporta exceção. Trata-se do renitente esbulho, ou seja, da privação involuntária dos índios de suas terras, hipótese em que não se exige o atendimento do marco temporal em virtude da impossibilidade de ocupação das terras reivindicadas à época da data da promulgação da Constituição. O alcance do conceito de

renitente esbulho não foi explorado no julgamento da Petição 3388, sendo desenvolvido pela Suprema Corte alguns anos mais tarde, como será visto.

Por fim, quanto aos dois outros aspectos do ato de demarcação, têm-se os marcos da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional e o do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade. Esses marcos referem-se às dimensões da ocupação, de modo que devem ser demarcadas as terras habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade e as necessárias à reprodução física e cultural, conforme prevê o art.231, §1º do texto constitucional, ou seja, a própria Constituição traz em seu bojo um conceito abrangente de terra indígena. Assim, considerando tal conceito abrangente, deve o ato de demarcação assegurar aos índios o seu modo de vida tradicional e não somente a sua mera sobrevivência física, sendo por esse motivo que a demarcação contínua da TI RSS, em dimensão bastante expressiva, foi mantida.

2.3.3 Caso da TI Limão Verde e o aprofundamento do conceito de renitente esbulho

Como dito, na Petição 3388, o STF não definiu o alcance da expressão "renitente esbulho". Tal conceito foi elucidado com mais precisão no ARE 803462, recurso extraordinário com agravo no qual foi impugnada decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deixou de aplicar o marco temporal em função do renitente esbulho, declarando a regularidade da demarcação da Terra Indígena Limão Verde do povo Terena, município de Aquidauana, Mato Grosso do Sul, homologada desde 2003.

Com base nos estudos antropológicos da FUNAI, constatou o TRF 3 que os Terena perderam a posse de seu território por terem sido expulsos progressivamente por não índios, muito embora tenham permanecido nas imediações da Fazenda Santa Bárbara - como passou a ser denominada a região - e preservado o seu modo tradicional de vida, com a prática da caça e da coleta e a utilização dos recursos naturais da região.

Analisando as reclamações dos índios - (a) missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai - o Supremo entendeu, todavia, que elas não caracterizavam um renitente esbulho, vez que foram efetivadas de forma esparsa, ao longo de várias décadas, tendo a presença indígena cessado em meados de 1953, momento bem anterior ao marco

temporal. Destarte, em sessão do dia 9 de dezembro de 2014, deu provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.

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

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

3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

4. Agravo regimental a que se dá provimento (BRASIL. STF, 2014c, p.1-2).²⁵

Assim, renitente esbulho é um conflito que, mesmo iniciado no passado, persiste até o marco temporal (05/10/1988), seja de maneira fática ou judicializada.

2.4 Direito originário à terra com base no instituto da territorialização

O presente fundamento do direito originário à terra foi proposto por Daniel Pinheiro Viegas em sua dissertação de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e baseia-se no conceito de territorialização desenvolvido pelo antropólogo João Pacheco de Oliveira.

A situação peculiar dos índios do Nordeste Brasileiro, que durante muitos anos permaneceram à margem das investigações antropológicas por serem considerados "misturados" e, não raras vezes, aculturados, é o mote para a reflexão de João Pacheco de Oliveira sobre suas identidades, mormente porque na década de 1990 cresceu o número de povos que se intitulavam originários naquela região (OLIVEIRA, 2016, p.193).

²⁵ Os embargos de declaração opostos pela FUNAI e pela União foram rejeitados na sessão do dia 21 de março de 2017 - cujo acórdão foi publicado no DJE de 25/09/2017 -, mantendo-se a decisão proferida no julgamento do agravo regimental.

Foi a demanda por terra e assistência do órgão indigenista que impulsionou, em meados dos anos 1970²⁶, o interesse de antropólogos das universidades locais por essa categoria "índios do Nordeste", tratada inicialmente como uma unidade histórica e geográfica (OLIVEIRA, 2016, p.198-199). Para entender a origem dos atuais povos indígenas do Nordeste, faz-se necessário apreender o conceito de territorialização.

Territorialização é a fixação de uma sociedade em uma base territorial, desencadeando um processo de reorganização que abrange a criação de uma nova unidade sociocultural lastreada em uma identidade étnica diferenciadora, a instituição de mecanismos políticos especializados, a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais e a reelaboração da cultura e da relação com o passado (OLIVEIRA, 2016, p.203).

As atuais denominações indígenas do Nordeste advém de dois processos de territorialização. O primeiro deles, ocorrido entre a segunda metade do século XVII e as primeiras décadas do século XVIII, foi a reunião de famílias nativas de diferentes culturas em aldeamentos para que fossem catequizadas. Essa população, mantida inicialmente isolada sob o controle dos missionários, foi adquirindo uma configuração diferente nos anos seguintes em virtude dos casamentos interétnicos e da instalação de colonos brancos no interior dos antigos aldeamentos. Extintos os aldeamentos, sendo as terras destinadas à formação de núcleos urbanos ou a fazendas, a miscigenação aconteceu de forma ainda mais acentuada (OLIVEIRA, 2016, p.205-207). Como explica Oliveira (2016, p.207):

Antes do final do século XIX, já não se falava mais em povos e culturas indígenas no Nordeste. Destituídos de seus antigos territórios, não são mais reconhecidos como coletividades, mas referidos individualmente como "remanescentes" ou "descendentes". São os "índios misturados" de que falam as autoridades, a população regional e eles próprios, os registros de suas festas e crenças sendo realizados sob o título de "tradições populares".

O segundo processo inicia-se nos anos 1920, com a instalação de postos indígenas²⁷ em vários pontos do Nordeste, demarcando-se, na maioria dos casos, terras para as populações dessas áreas. Ocorre que aos índios dessas reservas foi imposto um "modelo de indianidade", principalmente quanto à organização política e às tradições culturais. Muitas comunidades passaram a contar com um cacique, um pajé e um conselheiro, figuras consideradas genuinamente indígenas, mas que eram comumente indicadas ou chanceladas

²⁶ Oliveira (2016, p.198) cita o termo de cooperação firmado entre a Universidade Federal da Bahia (UFBA) e a FUNAI em 1975 a fim de subsidiar programas de assistência aos povos indígenas do Estado, o que parece ser uma das primeiras iniciativas de estudar a dinâmica dos índios do Nordeste.

²⁷ Foram instalados postos em Brejo dos Padres, Pernambuco (etnia Pankararu), em 1937; na Fazenda Paraguassu/Caramuru, Bahia (Pataxós), também em 1937; e na Fazenda Canto em Alagoas (Xucuru-Kariris), 1952, apenas para citar alguns exemplos (OLIVEIRA, 2016, p.208).

pelos agentes indigenistas locais. Igualmente existiam rituais considerados pelo órgão indigenista estatal como próprios dos índios, a exemplo do toré (OLIVEIRA, 2016, p.208-210).

Nos anos 1970 e 1980 ocorreu ainda outro movimento de territorialização quando povos que não eram reconhecidos pelo Estado e nem pela literatura etnográfica (Kantaruré, Jeripancó, Tapeba, etc.) tornaram públicas suas reivindicações (OLIVEIRA, 2016, p.212).

Todos os processos de territorialização descritos demonstram as trajetórias desses grupos em direção a identidades próprias, irredutíveis a uma categoria "índios do Nordeste". Trajetórias, contudo, interligadas cultural e politicamente, posto que influenciadas por acontecimentos históricos cujas consequências ocasionaram a articulação em prol de pautas comuns, como estratégia e, também, sobrevivência.

É fato que a colonização foi determinante nas relações de diversos grupos nativos com o território, desencadeando, por conseguinte, profundas transformações em suas organicidades. Mas deve-se ressaltar, como ensina Oliveira (2016, p.210-215), que o processo de territorialização não é exclusivamente externo, sendo passível de apropriação pelos indígenas na construção de uma identidade étnica, constantemente reinventada, segundo os interesses e crenças do grupo, sem prejuízo do sentimento de referência à origem. Por isso, é plenamente possível "o surgimento recente de povos que são pensados, e se pensam, como originários" (OLIVEIRA, 2016, p.193), processo denominado de etnogênese, "que abrange tanto a emergência de novas identidades quanto a reinvenção de etnias já reconhecidas" (OLIVEIRA, 2016, p.201).

Daniel Pinheiro Viegas sustenta que o fenômeno da territorialização foi incorporado na Constituição Federal de 1988 como um instituto jurídico, pelo qual é possível tornar terra indígena áreas que, mesmo desvinculadas da ancestralidade da posse ou da relação de pertença com o local, sejam, como dispõe o §1º do art.231, utilizadas para as atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade e necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (VIEGAS, 2015, p.174)²⁸. Explica-se.

É que o indigenato, argumenta o autor, funda-se somente na ancestralidade da posse indígena, em sentido oposto à Constituição de 1988, que reconheceu o direito territorial

²⁸ João Pacheco de Oliveira fornece um conceito de territorialização abrangente obtido a partir da análise de uma situação específica, a dos índios do Nordeste. Daniel Viegas, utilizando-se dos ensinamentos de Oliveira, também avalia em sua obra a situação peculiar de alguns índios em Manaus, Estado do Amazonas. Ele narra que algumas etnias (Tikuna, Baniwa, Desano, Baré, etc.) que vivem em bairros da capital em condições precárias, começam a mobilizar-se em busca de recursos e de espaços físicos tendo em vista a "necessidade de materialização, construção e reconstrução das suas tradições" (VIEGAS, 2015, p.178).

com a finalidade de assegurar aos índios uma vida de acordo com as suas especificidades, tornando-o, portanto, mais abrangente, vez que, ainda que não estejam presentes a ancestralidade e/ou a relação de pertença com o local, as terras poderão ser consideradas indígenas por escolha constituinte, desde que, com esteio no §1º do art.231, sejam essenciais para viabilizar o direito de existir dessas coletividades (VIEGAS, 2015, p.174).

Desde os trabalhos da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, já havia a tendência de expandir o instituto do indigenato, conferindo-se proteção não somente às terras destinadas à habitação dos índios, mas também às utilizadas para atividades produtivas e as necessárias à vida coletiva segundo usos e costumes próprios, incluídas as necessárias à preservação de seu ambiente e do patrimônio histórico, conforme o §1º do art.381²⁹ do Anteprojeto Constitucional apresentado pela referida comissão. Esse texto, que não chegou a ser enviado ao Congresso, acabou influenciando, na prática, muitos dos parlamentares participantes da Assembleia Nacional Constituinte (VIEGAS, 2015, p.62-63).

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) em 1º de fevereiro de 1987, a temática é retomada, agora capitaneada pela Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, criada no âmbito da Comissão da Ordem Social, cujas discussões já eram um prenúncio das dificuldades a serem enfrentadas até a aprovação de um texto capaz de conciliar os interesses em jogo, pois como salienta Viegas (2015, p.64-65),

Os debates na Assembleia Nacional Constituinte quanto ao direito territorial indígena não decorreram de uma percepção clara dos constituintes quanto à tradição jurídica nacional e os avanços necessários, mas a partir das provocações externas ao Congresso, seja a partir da mobilização do movimento indígena e das entidades que apoiavam seu reconhecimento, seja pela resistência criada pelos parlamentares que representavam interesses econômicos nestas áreas.

Várias intervenções e contribuições de lideranças indígenas, antropólogos, missionários e de entidades indigenistas foram necessárias para que o debate constituinte estivesse em harmonia com as discussões internacionais sobre a questão indígena, mormente aquelas em torno da aprovação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do

²⁹ Redação do referido dispositivo: Art. 381 As terras ocupadas pelos índios são inalienáveis e serão demarcadas, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, do subsolo e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as necessárias á sua vida segundo usos e costumes próprios, incluídas as necessárias à preservação de seu ambiente e do patrimônio histórico (BRASIL, 1986, p.51).

Trabalho (OIT), as quais fomentavam a proteção de territórios e de identidades em contraposição às legislações que enalteciam a tutela e a integração dos povos indígenas.

Especificamente quanto ao direito territorial, o texto inicialmente sugerido pela subcomissão à Comissão da Ordem Social trazia um conceito amplo de terra indígena, como se vê abaixo:

Art.11 As Terras ocupadas pelos índios são inalienáveis, destinadas à sua posse permanente, ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, assegurado o direito de navegação.

§1º São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias para preservação do meio ambiente e do seu patrimônio e cultural (BRASIL, 1987, p.4-5).

No entanto, durante o seu trâmite, a proposta foi alvo de críticas oriundas de grupos conservadores da ANC que tinham apoio midiático, fundamental para propagar a ideia de que se a redação do texto constitucional permanecesse como apresentada, ameaçaria a soberania nacional, já que os povos indígenas seriam facilmente manipulados por organizações como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), fortemente atacada à época (VIEGAS, 2015, p.93).

Em suma, a celeuma travada na ANC consistia em que termos se daria o reconhecimento do direito territorial, se relacionado à imemorialidade ou se ligado à tradicionalidade da ocupação. Após algumas modificações, manteve-se a tradicionalidade da ocupação, o que só foi possível mediante um acordo entre líderes, em 31 de maio de 1988, assim como pela pressão das delegações indígenas que resultou na denominada "Emenda-fusão", um substitutivo do Capítulo VIII (Dos índios), submetida ao Plenário em 1º de junho de 1988 (LACERDA, 2007 *apud* VIEGAS, 2015, p.98).

Assim, no texto final firmou-se o direito territorial como um direito originário e relacionado à tradicionalidade da ocupação, reconhecido independentemente da imemorialidade/ancestralidade da posse ou de qualquer outra forma de contagem do tempo linear. O território foi, assim, assegurado em um contexto mais amplo, entendido como parte de um processo de (re)afirmação identitária. Portanto,

A Constituição de 1988 reconheceu o processo de reorganização social dos povos indígenas como se observou nas discussões durante a Assembleia Nacional Constituinte e nas que culminaram com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, permitindo que os Estados nacionais legitimassem a dinamicidade étnica e cultural, como um movimento natural de etnogênese ou de resistência étnica em reverso às ações oficiais dos mesmos Estados-Nação em reprimir e extirpar os povos autóctones (VIEGAS, 2015, p.175).

Destarte, o constituinte não disciplinou o indigenato, tampouco o fato indígena, foi além e elegeu a territorialização no art.231, § 1º - e também no art.215, §1º³⁰ - como fundamento do direito à terra.

2.5 Fundamentação do direito territorial indígena no âmbito internacional

O direito territorial indígena também é tutelado pela ordem jurídica internacional, a qual apresenta diplomas legais e mecanismos de promoção e de proteção desse direito, destacando-se a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA). A seguir serão analisados os instrumentos de proteção das referidas organizações, a fim de extrair dos mesmos os fundamentos do direito territorial no âmbito internacional.

2.5.1 A proteção do direito à terra no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU)

O diploma internacional mais conhecido de proteção dos direitos indígenas é a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) Sobre Povos Indígenas e Tribais, aprovada em 27 de junho de 1989 em virtude da 76ª Conferência Geral daquela instituição e ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2002. Apenas com o Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, a Convenção 169 foi promulgada pelo Presidente da República.

A Convenção nº 107, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, de 5 de junho de 1957, já previa normas gerais para a melhoria das condições de vida destas populações através de medidas capazes de integrá-las à “comunhão nacional”, posto que o seu modo de vida era considerado atrasado³¹. Contudo, tal documento passou por um processo de revisão resultante

³⁰ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (BRASIL, 1988).

³¹ Dispunha o art.2º da Convenção 107: 1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países. 2. Tais programas compreenderão medidas para: a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população; b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida; c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações. 3. Esses programas terão essencialmente por objetivos o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do

no texto da Convenção nº 169, diploma que, logo em seu início, ressalta ser imprescindível a adoção de novas normas internacionais a fim de se eliminar a orientação assimilacionista das normas anteriores. O art.2º da Convenção 169 impõe aos governos a responsabilidade de desenvolver uma ação sistemática de proteção aos direitos dos povos indígenas, ação esta que deve contar com a participação dos mesmos, visando sempre a garantia da manutenção de sua identidade, costumes e tradições, partindo, pois, da concepção do respeito à diversidade e eliminando a ideia de que as culturas indígenas são atrasadas, estagnadas, inferiores. Eis a redação do dispositivo:

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
2. Essa ação deverá incluir medidas:
 - a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
 - b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
 - c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Os artigos 13 a 19 da Convenção 169 disciplinam o tema "terras" e em muitos pontos apresentam semelhanças com o texto da Constituição Brasileira de 1988, tendo em vista que as discussões ocorridas na OIT influenciaram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, como visto. A principal similitude pode ser constatada no art.14, o qual reconhece os direitos de propriedade e de posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Ademais, reza o dispositivo que os índios também são titulares do direito de utilizar as terras às quais tiverem acesso para uso tradicional, ainda que não exclusivamente ocupadas por eles. Eis a redação:

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

indivíduo. 4. Será excluída a força ou a coerção com o objetivo de integrar as populações interessadas na comunidade nacional (BRASIL, 1966).

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Além da posse e da propriedade, o direito territorial abrange ainda, de maneira similar à Constituição de 1988, a utilização dos recursos naturais (art.15) e a garantia de permanência na terra, sendo o traslado e o reassentamento excepcionais (art.16).

Em suma, o fundamento do direito territorial indígena reside no fato de que os índios possuem relações diferenciadas com a terra, como enfatizado no parágrafo primeiro do art.13³², as quais fazem parte de um modo de vida próprio da comunidade a que pertencem, o qual a Convenção 169 visa resguardar. Assim, a configuração do direito territorial na Convenção reflete muitos elementos do indigenato e da territorialização, na medida em que busca garantir o acesso à terra como parte de uma vivência identitária.

Da ONU também provém a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 13 de setembro de 2007. Em que pese a sua restrita força jurídica, tendo em vista que não possui o mesmo caráter obrigatório dos tratados e convenções, a Declaração é mais um documento estratégico em defesa dos direitos indígenas, sendo a sua utilização importante, por exemplo, para a interpretação de outras normas, nacionais e internacionais, e para a confecção de relatórios e denúncias destinados aos órgãos internacionais (VILLARES, 2009, p.50).

Assim como a Convenção 169, a Declaração também admite o caráter peculiar da terra para o índio, prevendo em seu art.25 que

Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuem ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

Quanto ao direito territorial, este segue o viés da tradicionalidade, conforme o artigo 26, *in verbis*:

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.

³² Artigo 13.1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação (BRASIL, 2004).

3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

Outra disposição importante da Declaração consta do art.10, que trata da vedação à remoção dos índios de suas terras, veja-se:

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

Pela redação dos artigos supracitados, conclui-se que a fundamentação do direito territorial enunciado na Declaração harmoniza-se com aquela apresentada na Convenção 169.

Por fim, ressalta-se que a ONU, tanto de ofício quanto mediante a provocação dos interessados, tem realizado algumas ações de monitoramento da situação dos povos indígenas pelo mundo, baseando-se não somente nos diplomas acima estudados, mas em todas as normas internacionais - e também locais - de direitos humanos, assim como nas políticas públicas destinadas a essa parcela da população. Nesse sentido, pode-se citar o Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 8 de agosto de 2016, apresentado na 33ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

A relatora Victoria Tauli-Corpuz visitou o Brasil de 07 a 17 de março de 2016 com objetivo de avaliar a situação dos povos indígenas no país e acompanhar o cumprimento das recomendações feitas por seu antecessor em 2009. Sobre o direito territorial, destacou a relatora que a morosidade dos processos de demarcação ocasiona não somente a violação de direitos, mas também a violência contra as comunidades indígenas. Ademais, demonstrou preocupação em relação à atuação do Poder Judiciário, que frequentemente tem emitido ordens de reintegração de posse em casos de retomadas e reocupações de terras indígenas, assim como tem aplicado a tese do marco temporal, restringindo sobremaneira o acesso à terra (ONU, 2016, p.15-16).

2.5.2 A proteção do direito à terra no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)

A OEA implementou o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), conduzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sediada em Washington, Estados Unidos, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sediada em São José, Costa Rica. A CIDH já existia desde 1959, mas foi ampliada pela

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) - assinada em 22 de novembro de 1969 e em vigor desde 18 de julho de 1978 -, que criou também a Corte IDH. O Brasil ratificou a Convenção em 25 de setembro de 1992 e, seis anos depois, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte (BRASIL. MJ, 2014, p.5).

A referida Comissão representa todos os Estados membros da OEA e tem por missão promover a observância e a defesa dos direitos humanos, através de estudos, relatórios, apreciação das denúncias e queixas que lhe são endereçadas, bem como recomendações aos governos dos Estados membros, como prevê o art.41 da Convenção Americana. A Corte, por sua vez, formada por juízes provenientes dos Estados membros da OEA, decide sobre casos submetidos pelos Estados e pela Comissão, em matéria consultiva (emitindo pareceres) ou contenciosa (proferindo decisões), conforme dispõem os artigos 61 a 65 da Convenção. Esta última competência se sobressai, pois os julgados da Corte, além de obrigarem os Estados a efetivarem direitos humanos, têm formado uma jurisprudência importante na interpretação desses direitos em nível mundial³³.

No tocante aos direitos indígenas, a Corte norteia-se pelas normas da ONU citadas no tópico 2.5.1 retro, assim como pelos instrumentos próprios do sistema interamericano, a Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica), já mencionada, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 (CIDH, 2009, p.3). Para tutelar os

³³ No Brasil existem iniciativas para fortalecer a jurisprudência da Corte IDH, já tendo ocorrido cursos e publicações através de convênio com o Ministério da Justiça para tal fim (BRASIL.MJ, 2014, p.5-6). No entanto, a ação que mais fortalece a jurisprudência da Corte é a sua apropriação pelos grupos que têm seus direitos humanos violados, com a crescente procura pela CIDH. Especificamente quanto à temática ora estudada, há grande expectativa em torno do cumprimento de sentença do caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, vez que o Estado Brasileiro foi condenado pela primeira vez numa corte internacional por violação de direitos indígenas. O caso foi submetido pela CIDH à Corte em 16 de março de 2016, tendo em vista que o Estado Brasileiro não cumpriu as recomendações que a comissão havia indicado em relatório de mérito sobre o conflito. Foi alegada violação ao direito de propriedade coletiva do povo Xucuru, situado no Estado de Pernambuco, em virtude da demora de mais de dezesseis anos (1989-2005) da demarcação administrativa, além da pendência em resolver ações judiciais movidas por não índios reivindicando direitos sobre a terra indígena, o que obsta o exercício pacífico do direito à terra (CIDH, 2016, online). Na sentença do dia 5 de fevereiro de 2018, a Corte entendeu que as ações empreendidas pelo Estado Brasileiro não foram efetivas para garantir o gozo da terra, vez que não há segurança jurídica dos Xucuru sobre a totalidade do território, ainda ocupado por não indígenas. O acervo probatório demonstrou que a morosidade do processo administrativo foi excessiva, principalmente no tocante à homologação e registro da TI (CORTE IDH, p.39-41). Quanto aos processos movidos por não indígenas, a demora na tramitação e no desfecho das ações teve impacto negativo tanto no gozo do direito à terra quanto na própria relação do povo com seu território, não tendo o Estado demonstrado uma complexidade jurídica ou fática que justificasse a demora de decisões definitivas em tais demandas (CORTE IDH, p.41). Destarte, o Estado foi condenado a regularizar a TI Xucuru, realizando o pagamento das indenizações pendentes a terceiros e a remoção dos obstáculos ao domínio pleno da terra pelo povo indígena. Também foi imputada ao Estado a obrigação de pagar indenização ao povo por dano imaterial – pelo sofrimento e alterações nas condições de existência das vítimas - através da criação de um fundo de desenvolvimento comunitário (CORTE IDH, p.55). O cumprimento da sentença será monitorado pela Corte.

direitos territoriais, o art.21 da Convenção Americana e o artigo XXIII da Declaração Americana são os dispositivos utilizados. Neles consta o seguinte:

Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Artigo XXIII. Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar.

Em que pese não anunciarem normas atinentes ao direito indígena, tais dispositivos têm sido interpretados para garantir o acesso à terra e aos recursos naturais a esses povos. Partindo do pressuposto que há uma relação especial dos povos indígenas com os seus territórios, que são fonte de sobrevivência física e cultural, a Corte têm admitido a propriedade territorial indígena como “una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos” (CIDH, 2009, p.28). A Corte também entende que “la historia de los pueblos indígenas y sus adaptaciones culturales a lo largo del tiempo no obstan para que se mantenga su relación fundamental com el territorio y los derechos que de allí se derivan” (CIDH, 2009, p.30).

Assim, o fundamento do direito territorial indígena no sistema interamericano é a própria existência do grupo, que precisa de sua terra tradicional para viver, bem resumido no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua³⁴, sentenciado em 31 de agosto de 2001:

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a

³⁴ No presente caso a Corte IDH declarou a violação do direito à propriedade dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana, condenando a Nicarágua a adotar as medidas (legislativas, administrativas ou de qualquer outro caráter) necessárias para a delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas e a, efetivamente, demarcar o território da comunidade Mayagna, diligenciando para evitar atos do próprio Estado - ou de terceiros com sua anuência ou tolerância - que prejudicassem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica habitada ou utilizada pela comunidade (BRASIL. MJ, 2014, p.64-65). Ademais, o Estado também foi condenado a reparar pecuniariamente a comunidade por danos imateriais, que, de acordo com a jurisprudência da Corte, “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus parentes, e a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, quanto às alterações de caráter não pecuniário nas condições de vida da vítima ou de sua família” (BRASIL. MJ, 2014, p.500).

relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações (BRASIL. MJ, 2014, p.59).

No mesmo julgado, no voto conjunto dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade, Alirio Abreu Burelli e Máximo Pacheco Gómez, é explorada a relação do território com a identidade do povo, construída ao longo das gerações:

Consideramos necessário ampliar este elemento conceitual com uma ênfase na dimensão intertemporal do que nos parece caracterizar a relação dos indígenas da Comunidade com suas terras. Sem o uso e gozo efetivos destas últimas, eles estariam privados de praticar, conservar e revitalizar seus costumes culturais, que dão sentido à sua própria existência, tanto individual como comunitária. O sentimento que se observa é no sentido de que, assim como a terra que ocupam lhes pertence, por sua vez eles pertencem à sua terra. Têm, pois, o direito de preservar suas manifestações culturais passadas e presentes, e de poder desenvolvê-las no futuro. Daí a importância do fortalecimento da relação espiritual e material dos membros da Comunidade com as terras que têm ocupado, não só para preservar o legado das gerações passadas, mas também para assumir e desempenhar as responsabilidades que eles assumem a respeito das gerações por vir. Daí, ademais, a necessária prevalência que atribuem ao elemento da conservação sobre a simples exploração dos recursos naturais. Sua forma comunal de propriedade, muito mais ampla que a concepção civilista (jusprivatista), deve, a nosso juízo, ser apreciada a partir deste prisma, inclusive sob o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, à luz dos fatos do *cas d'espèce*. A preocupação pelo elemento da conservação reflete uma manifestação cultural da integração do ser humano com a natureza e o mundo em que vive. Esta integração, acreditamos, projeta-se tanto no espaço como no tempo, porquanto nos relacionamos, no espaço, com o sistema natural de que somos parte e que devemos tratar com cuidado, e, no tempo, com outras gerações (as passadas e as futuras), em relação com as quais temos obrigações. Manifestações culturais do gênero formam, por sua vez, o *substratum* das normas jurídicas que devem reger as relações dos membros da comunidade *inter se* e com seus bens. Como oportunamente recorda a presente Sentença, a própria Constituição Política vigente da Nicarágua dispõe sobre a preservação e o desenvolvimento da identidade cultural (na unidade nacional), e as formas próprias de organização social dos povos indígenas, assim como a manutenção das formas comunais de propriedade de suas terras e o gozo, uso e desfrute das mesmas (artigo 5) (BRASIL. MJ, 2014, p.67).

Em outro caso, Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai³⁵, a Corte reitera o seu entendimento sobre o direito territorial:

³⁵ O caso foi sentenciado em 17 de junho de 2005 e versa sobre a morosidade na tramitação do procedimento administrativo de reivindicação territorial formulado pela comunidade indígena Yakye Axa. O Paraguai foi condenado a identificar o território indígena e a entregá-lo à comunidade, devendo ainda, entre outras obrigações, implementar um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário; reconhecer publicamente a sua responsabilidade; e adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para garantir o efetivo gozo do direito à propriedade dos membros dos povos indígenas (BRASIL. MJ, 2014, p.146-147).

A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural. O exposto anteriormente tem relação com o expresso no artigo 13 da Convenção nº 169 da OIT, no sentido de que os Estados deverão respeitar “a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.” Consequentemente, a estreita vinculação dos povos indígenas com seus territórios tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que ali se encontrem bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana (BRASIL. MJ, 2014, p.127).

Por fim, ressalta-se que a Assembleia Geral da OEA aprovou recentemente a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 15 de junho de 2016, após dezessete anos de debate (OEA, 2016, *online*). Em harmonia com o que já vigora no sistema interamericano, o artigo XXV da declaração consagra o direito à terra, com base na ocupação tradicional. Dispõe o seguinte:

Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos

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

Uma vez estudados os contornos das teorias de fundamentação do direito à terra indígena vigentes no Brasil - e também no Direito Internacional, tendo em vista a comunicação existente com as instâncias internacionais -, intenta-se realizar uma análise mais acurada dessas teorias à luz da Constituição Federal de 1988. Contudo, faz-se imprescindível traçar alguns pressupostos que devem ser considerados em tal análise. É o que se verá no capítulo seguinte.

3. PRESSUPOSTOS PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TRAJETÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Ferdinand Lassale foi expoente de uma tradição jurídica segundo a qual questões constitucionais são consideradas questões políticas e não jurídicas (HESSE, 1991, p.9). Em sua obra "A essência da Constituição", obtida a partir de uma conferência proferida em 16 de abril de 1862, o autor sustenta, em síntese, que

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (LASSALE, 1998, p.53).

Destarte, uma Constituição é o resultado da "soma dos fatores reais do poder que regem uma nação" (LASSALE, 1998, p.32)³⁶. Tais fatores, quando escritos em uma folha de papel tornam-se direito, tornam-se parte de uma Constituição jurídica (LASSALE, 1998, p.32).

Konrad Hesse, em sua "Força Normativa da Constituição", de 1959, apresenta uma preocupação com essa ideia da Constituição como uma mera folha de papel e provoca o seguinte questionamento: existe uma força própria do Direito Constitucional que atua *pari passu* às forças políticas e sociais (HESSE, 1991, p.11)? Para o autor a resposta é afirmativa, pois a Constituição jurídica - para utilizar a terminologia de Lassale - tem em si uma força normativa, distinta das forças sociais e políticas (Constituição real), que reside na sua pretensão de eficácia, ou seja, na pretensão de concretização prática (HESSE, 1991, p.14-15). Em virtude de sua força normativa, a Constituição jurídica "procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social" (HESSE, 1991, p.15).

³⁶ Sobre esses fatores reais de poder que formam a verdadeira Constituição de um país, estes seriam a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária, ou seja, todas as forças que, para Lassale, atuavam no seio da sociedade da época (LASSALE, p.26). Apesar de expor um trabalho original no contexto dos séculos XIX e XX sobre as forças políticas determinantes das instituições jurídicas, aponta Aurélio Wander Bastos, no prefácio da obra brasileira traduzida por Walter Stönnner, algumas dificuldades de Lassale para conciliar suas teses sobre a Constituição real e a Constituição escrita (jurídica), como o fato de ele não discorrer sobre o papel da consciência coletiva e da cultura da nação, apresentadas por ele - ainda que timidamente - também como fatores reais de poder, mas que, ao que tudo indica, seriam mais abstratos que reais e sucumbiriam aos efetivos fatores reais - os já indicados anteriormente, como a monarquia, aristocracia, etc. (LASSALE, p.12).

Na verdade, a força normativa e as forças sociais e políticas condicionam-se mutuamente ou, em outras palavras, a norma constitucional e a realidade não se separam. Assim,

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição (HESSE, 1991, p.22).

O pensamento de Hesse será aprofundado oportunamente, mas os ensinamentos ora apresentados já permitem concluir que a investigação acerca da força normativa de uma Constituição relaciona-se intimamente com os fatos concretos da vida. É por isso que este capítulo é dedicado aos fatos que ajudarão a elucidar as teorias de fundamentação do direito territorial e, por conseguinte, a compreender a norma constitucional que estabelece tal direito. Esses fatos são denominados na presente pesquisa de pressupostos, pois se entende que eles devem estar no horizonte do intérprete. Tais pressupostos são: o histórico de esbulho das terras indígenas ocasionado pela ação e/ou omissão estatal; as formas de resistência ao esbulho e de luta pelo território utilizadas pelos índios, a demonstrar que a ocupação tradicional ocorre de forma dinâmica; e o contexto político atual do Brasil, tendo em vista que ele influencia a interpretação conferida aos direitos indígenas.

3.1 O histórico de esbulho das terras indígenas com base no relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV)

A Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi um órgão temporário ligado à Presidência da República, instituído pela Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, para examinar e esclarecer as violações de direitos humanos ocorridas de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, 05 de outubro de 1988. A CNV não teve um viés punitivo, pois a sua finalidade, segundo o art.3º da lei, foi a de reunir informações sobre casos de tortura, mortes, desaparecimentos, entre outras violências comuns no período supracitado, identificando os locais de tais violações e os possíveis autores para colaborar com a assistência às vítimas, tudo para efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional (art.1º).

No tocante às violações de direitos indígenas, o relatório da CNV, apresentado em 10 de dezembro de 2014, entre outras conclusões, enfatiza o esbulho das terras indígenas, processo que pode ser dividido em dois períodos: o primeiro, no qual a União favoreceu o

esbulho, marcado majoritariamente por sua omissão em relação às ações dos poderes locais e da iniciativa privada e deixando de fiscalizar a corrupção em sua estrutura funcional; e o segundo, iniciado com a aprovação do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (AI-5), desta vez com destaque para o protagonismo da União, através de suas políticas, embora ainda sejam constatados casos de omissão, principalmente na área de saúde e no controle da corrupção (BRASIL. CNV, 2014, p.2014-205).

O esbulho, que já era praticado por governos estaduais, repercutiu nacionalmente com a "Marcha para o Oeste" do governo Getúlio Vargas, na década de 1940, quando, para estimular a ocupação da região Centro-Oeste, o governo federal contacta populações indígenas isoladas e facilita a invasão e a titulação de terras indígenas por terceiros (BRASIL. CNV, 2014, p.206).

O Relatório Figueiredo³⁷, como ficou conhecido o Relatório da Comissão de Investigação do Ministério do Interior de 1967-1968, presidida pelo procurador Jader de Figueiredo Correia, com mais de 7.000 (sete mil) páginas e 30 (trinta) volumes (BRASIL. CNV, 2014, p.207), narra detalhes do tratamento degradante destinado aos índios durante o período de existência do Serviço de Proteção Índio (SPI)³⁸ - criado em 1910 e substituído pela FUNAI em 1967, como visto no capítulo anterior. Eles eram manipulados pelos agentes do órgão e espoliados de suas terras, bens e rendas do trabalho. Segundo o relatório,

O índio, razão de ser do SPI, tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhe impuseram um regime de escravidão e lhe negaram um mínimo de condições de vida compatível com a dignidade da pessoa humana. [...] Nêsse regime de barão e cutelo viveu o SPI muitos anos. A fertilidade de sua cruenta história registra até crucificação, os castigos físicos eram considerados fato natural nos Postos Indígenas. Os espancamentos, independentes de idade ou sexo, participavam da rotina e só chamavam a atenção quando, aplicados de modo exagerado, ocasionavam a invalidez ou a morte. Havia alguns que requintavam a perversidade, obrigando pessoas a castigar seus entes queridos. [...] O "tronco" era, todavia, o mais encontrado de todos os castigos, imperando na 7ª Inspetoria. Consistia em trituração do tornozelo da vítima, colocado entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo. As extremidades, ligadas por roldanas, eram aproximadas lenta e continuamente. [...] Sem ironia pode-se afirmar que os castigos de trabalho forçado e

³⁷ O Relatório Figueiredo foi fruto do trabalho de uma comissão instaurada no âmbito do Ministério do Interior para apurar irregularidades no Serviço de Proteção ao Índio (SPI). O relatório traz uma série de ações cometidas pelos agentes do SPI contra os índios, como assassinatos, trabalho escravo, castigos, prostituição de índias, dilapidação do patrimônio indígena (venda de gado, venda de artesanato indígena, arrendamento de terras, doação de terras, etc.), entre outras atrocidades. Há ainda no documento a identificação de muitos desses agentes e das ações por eles praticadas, além da estimativa de alguns valores subtraídos dos índios, para fins de ressarcimento, e da descrição de atos fraudulentos, como a adulteração de documentos oficiais, a admissão irregular de funcionários e o desvio de verbas públicas (BRASIL, 1968, p.4916). O Relatório Figueiredo estava desaparecido, ressurgindo apenas em novembro de 2012 (BRASIL. CNV, 2014, p.207).

³⁸ O Relatório Figueiredo foi determinante na extinção do SPI. No entanto, o órgão já vinha envolvido em escândalos de corrupção generalizada e de abuso de poder, com repercussão internacional, tendo sido investigado em Comissões Parlamentares de Inquérito em 1955, 1963 e 1968. Sua sucessora, a FUNAI, também foi alvo de CPI em 1977 (BRASIL. CNV, 2014, p.208).

de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índio-SPI. Isso porque, de maneira geral, não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário. [...] O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto do trabalho. Os roçados laboriosamente cultivados, eram sumariamente arrebatados do miserável sem pagamento de indenização ou satisfação prestada. [...] Durante cerca de 20 anos a corrupção campeou no Serviço sem que fossem feitas inspeções e tomadas medidas saneadoras. Tal era o regime de impunidade, que a Comissão ouviu dizer no Ministério da Agricultura, ao qual era subordinado o SPI, que cerca de 150 inquéritos ali foram instaurados sem jamais resultar em demissão de qualquer culpado. Contando com a boa vontade dos diversos setores da administração do Ministério da Agricultura a CI resolveu requisitar os processos de inquéritos administrativos do SPI. Infelizmente os arquivos daquela Pasta já haviam sido transferidos para Brasília e foram destruídos pelo incêndio que queimou o edifício sede, juntamente com a sede do SPI instalada no mesmo edifício. Os poucos processos salvados do incêndio dão a impressão de protecionismo, pois havia em todos uma característica comum, um traço dominante: a existência de um vício processual que determinava sua anulação e arquivamento, sem que jamais se voltasse a instaurá-lo novamente ou, depois, nem ao menos nêles se falava mais (BRASIL, 1968, p.4912-4915).

Especificamente em relação ao esbulho, são descritos no Relatório Figueiredo inúmeros casos, sendo alguns deles adiante reproduzidos:

Citaremos, entre outros a chacina do Maranhão, onde fazendeiros liquidaram toda uma nação, sem que o SPI opusesse qualquer reação. Anos depois o Departamento Federal de Segurança Pública tomou a iniciativa de instaurar inquérito, em vista da completa omissão do SPI. O episódio da extinção da tribo localizada em Itabuna, na Bahia, a serem verdadeiras as acusações, é gravíssimo. Jamais foram apuradas as denúncias de que foi inoculado o vírus da varíola nos infelizes indígenas para que se pudessem distribuir suas terras entre figurões do Governo. [...] Em Mato Grosso, as ricas terras do Nabileque foram invadidas por fazendeiros poderosos e é muito difícil retirá-los um dia. Os Kadiueus (antigos Guaiacurús), donos das ricas terras que lhes deu o Senhor D.Pedro II pela decisiva ajuda à tropas brasileiras naquela região durante a Guerra do Paraguai, sentem-se escoraçados em seus domínios, o seu gado vendido e suas mulheres prostituídas. A imensa fazenda S.Marcos, em Roraima, na IR-1, está próxima de liquidação, com suas terras invadidas e suas dezenas de milhares de bovinos reduzidos a cerca de 2.000, somente. Tudo o que se disse acima pouco representa do que acontece verdadeiramente no SPI. [...] Abatem-se as florestas, vendem-se gados, arrendam-se terras, exploram-se minérios. [...] Basta citar a atitude do Diretor Major Aviador Luis Vinhas Neves, autorizando tôdas as Inspetorias e Ajudâncias a vender madeira e gado, e arrendar terras, tudo em uma série de Odens de Serviço Interna cuja sequência dá uma triste idéia daquela administração, (fls. 4065 a 4088). [...] Mas não para ainda a espoliação do índio. Aquilo que não podia render dinheiro farto e fácil podia ser distribuído ou tomado por poderosos locais, por seus afilhados ou testas de ferro. Os dirigentes do SPI nada diziam ou providenciavam para obstaculizar. Assim foi o que o SPI perdeu uma vastíssima área. Incluindo-se entre elas, pela extensão e valor, a reserva de Mangueirinha no Paraná e a Colônia Tereza Cristina, em Mato Grosso. Em ambos os casos a SPI, ou a futura Fundação do Índio, tem condições e obrigação de recuperá-las. Muitos outros casos existem, alguns dos quais na dependência de solução judicial porque alguns servidores mais zelosos felizmente ainda os há - se insurgiam contra o esbulho e intentaram a defesa do Patrimônio Indígena (BRASIL, 1986, p.4916-4920).

Pelos excertos do Relatório Figueiredo, percebe-se que o esbulho de terras indígenas ocorreu de várias formas: através da ação violenta de fazendeiros, da disseminação de epidemias e do arrendamento e distribuição de terras pelo SPI. O Relatório da CNV também cita outros meios de prática do esbulho. Um deles é a produção de vazios demográficos através de: separação de famílias e/ou subgrupos; transferências compulsórias para áreas habitadas por povos inimigos; casamentos forçados com povos inimigos; sequestro de crianças; e perseguições, humilhações e prisões (BRASIL. CNV, 2014, p.223). Foram atingidos por essas formas de esbulho os Xetá, os Tapayuna e os Avá-Canoeiro, por exemplo.

Os Xetá, habitantes da Serra dos Dourados no Paraná, passaram a ser perseguidos desde que suas terras foram alvo do plano oficial de colonização dirigida do governo do Paraná, sendo cedidas à companhia colonizadora Suemitsu Miyamura & Cia. Ltda em 1949, substituída em 1951 pela Companhia Brasileira de Imigração e Colonização (Cobrinco), empresa do grupo Bradesco. Muitas crianças da etnia foram sequestradas por fazendeiros e funcionários das colonizadoras e do SPI, e distribuídas entre famílias não indígenas. Em 1957, o SPI inicia um processo de dispersão dos Xetá, transferindo-os para áreas indígenas Guarani e Kaingang em outras regiões do Paraná. Separados em diversas reservas indígenas, foram considerados oficialmente um povo extinto. Na década de 1990, os sobreviventes iniciaram uma luta pelo reconhecimento e pela retomada de sua terra tradicional. Assim como os Xetá, os Tapayuna, do oeste de Mato Grosso, também foram privados de suas terras pelo governo estadual, as quais foram cedidas a empreendimentos locais. Em 1971 a FUNAI transfere os sobreviventes para o Parque do Xingu, porém, aloca-os próximos a povos rivais, ocasionando muitas mortes e fugas (BRASIL. CNV, 2014, p.223-227).

Já os Avá-Canoeiro, de Tocantins, habitantes da região de Mata Azul, eram frequentemente caçados por fazendeiros em represália a roubos eventuais de gado e de cavalos. Em 1972, com a instalação de uma Frente de Atração, a FUNAI começa a capturá-los, o que acabou beneficiando o grupo Bradesco e os proprietários da fazenda Canuanã, que tinham uma parceria para a criação de gado na região. Os Avá foram transferidos pelo Estado para junto de seus adversários históricos, os Javaé, passando a viver como verdadeiros cativos. As terras indígenas ficaram, assim, livres para a colonização. Na década de 1980, a FUNAI ainda tentou transferir os Avá-Canoeiro do Parque Indígena do Araguaia para a TI Avá-Canoeiro, estimulando casamentos com parceiros previamente escolhidos pelo órgão (BRASIL. CNV, 2014, p.228-229).

O AI-5 de 1968, como visto, foi um divisor do histórico de esbulho das terras indígenas. Com ele, a política indigenista tornou-se mais rígida, havendo inclusive a criação

de presídios para índios. Tamanha repressão justifica-se na medida em que as ações estatais continuam a demandar a liberação das terras indígenas, o que acarretaria conflitos inevitáveis e violentos. A concretização de projetos grandiosos como o Plano de Integração Nacional (PIN), de 1970, com foco na ocupação da Amazônia através do assentamento de famílias ao longo das estradas - notadamente a Transamazônica e a BR 163- que fossem construídas na região, dependiam do apoio do órgão indigenista, agora a FUNAI, para controlar os contingentes indígenas resistentes às remoções de seus territórios. Remoções foram igualmente necessárias para a viabilização, entre 1970 e 1980, da exploração de minério no sul do Pará que culminaria no Projeto Grande Carajás. A Hidrelétrica de Tucuruí e a estrada de Ferro Carajás, obras previstas no âmbito do projeto, afetaram vários povos indígenas, a exemplo dos Parakanã, removidos para dar lugar ao lago de Tucuruí, mas que já haviam sido deslocados anteriormente em virtude da Transamazônica (BRASIL. CNV, 2014, p.209-210).

Também colaborou para o esbulho de terras indígenas a emissão fraudulenta de certidões negativas de existência de índios pela FUNAI, muito comum em relação à região amazônica, vez que a apresentação de tais certidões era um requisito para acessar programas de financiamento na Amazônia Legal. No âmbito de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada em 1977 para investigar a FUNAI, restou comprovada a emissão indiscriminada de muitas certidões, tanto atinentes a áreas sabidamente ocupadas por índios - às vezes por mais de um povo - quanto se referindo a territórios sobre os quais o órgão sequer possuía informações precisas. Para ilustrar esse tipo de prática, cita-se o exemplo dos Nambikwara, provenientes do Vale do Guaporé, em Mato Grosso. Após a criação da Reserva Indígena Nambikwara, em 1968, a FUNAI começou a emitir certidões negativas de existência de índios no referido Vale, fazendo com que a iniciativa privada fosse beneficiada com recursos da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e que o vale fosse tomado pela atividade pecuária na década de 1970. Ocorre que muitos índios que ali permaneceram, resistindo às várias tentativas de transferência para a reserva, passaram a viver em condições precárias, acometidos por doenças e sem a garantia do seu território. Posteriormente, instalam-se na região as atividades madeireira e garimpeira, agravando a situação de vulnerabilidade dos índios (BRASIL. CNV, 2014, p.221-222).

A CNV enfatiza bastante a questão do esbulho em seu relatório porque foi a partir da privação do território que decorreram outras violações de direitos humanos dos povos indígenas no período por ela analisado, muitas das quais permanecem até os dias atuais. Os exemplos aqui citados, que são uma pequena amostra dos casos examinados no relatório, permitem demonstrar que o esbulho foi uma escolha política perpetuada ao longo de vários

governos a fim de efetivar seus projetos de desenvolvimento econômico. Diante desse quadro, a CNV fez as seguintes recomendações ao Estado Brasileiro:

- Pedido público de desculpas do Estado brasileiro aos povos indígenas pelo esbulho das terras indígenas e pelas demais graves violações de direitos humanos ocorridas sob sua responsabilidade direta ou indireta no período investigado, visando a instauração de um marco inicial de um processo reparatório amplo e de caráter coletivo a esses povos.
- Reconhecimento, pelos demais mecanismos e instâncias de justiça transicional do Estado brasileiro, de que a perseguição aos povos indígenas visando a colonização de suas terras durante o período investigado constituiu-se como crime de motivação política, por incidir sobre o próprio modo de ser indígena.
- Instalação de uma Comissão Nacional Indígena da Verdade, exclusiva para o estudo das graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, visando aprofundar os casos não detalhados no presente estudo.
- Promoção de campanhas nacionais de informação à população sobre a importância do respeito aos direitos dos povos indígenas garantidos pela Constituição e sobre as graves violações de direitos ocorridas no período de investigação da CNV, considerando que a desinformação da população brasileira facilita a perpetuação das violações descritas no presente relatório.
- Inclusão da temática das “graves violações de direitos humanos ocorridas contra os povos indígenas entre 1946-1988” no currículo oficial da rede de ensino, conforme o que determina a Lei nº 11.645/2008.
- Criação de fundos específicos de fomento à pesquisa e difusão amplas das graves violações de direitos humanos cometidas contra povos indígenas, por órgãos públicos e privados de apoio à pesquisa ou difusão cultural e educativa, incluindo-se investigações acadêmicas e obras de caráter cultural, como documentários, livros etc.
- Reunião e sistematização, no Arquivo Nacional, de toda a documentação pertinente à apuração das graves violações de direitos humanos cometidas contra os povos indígenas no período investigado pela CNV, visando ampla divulgação ao público.
- Reconhecimento pela Comissão de Anistia, enquanto “atos de exceção” e/ou enquanto “punição por transferência de localidade”, motivados por fins exclusivamente políticos, nos termos do artigo 2º, itens 1 e 2, da Lei nº 10.559/2002, da perseguição a grupos indígenas para colonização de seus territórios durante o período de abrangência da referida lei, visando abrir espaço para a apuração detalhada de cada um dos casos no âmbito da Comissão, a exemplo do julgamento que anistiou 14 Aikewara-Suruí.
- Criação de grupo de trabalho no âmbito do Ministério da Justiça para organizar a instrução de processos de anistia e reparação aos indígenas atingidos por atos de exceção, com especial atenção para os casos do Reformatório Krenak e da Guarda Rural Indígena, bem como aos demais casos citados neste relatório.
- Proposição de medidas legislativas para alteração da Lei nº 10.559/2002, de modo a contemplar formas de anistia e reparação coletiva aos povos indígenas.
- Fortalecimento das políticas públicas de atenção à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena do Sistema Único de Saúde (Sasi-SUS), enquanto um mecanismo de reparação coletiva.
- Regularização e desintrusão das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas no período investigado pela CNV, sobretudo considerando-se os casos de esbulho e subtração territorial aqui relatados, assim como o determinado na Constituição de 1988.
- Recuperação ambiental das terras indígenas esbulhadas e degradadas como forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988 (BRASIL. CNV, 2014, p.253-254).

A constatação de que o esbulho das terras indígenas ocorreu, direta ou indiretamente (via omissão) pelo Estado não é nova, ela já vinha sendo sustentada por pesquisadores, pelos movimentos indígena e indigenista e cabalmente comprovada por testemunhos e dossiês independentes, além de estar fartamente registrada em arquivos públicos. Mas o fato de a CNV ter compilado todos esses dados históricos e buscado aprofundá-los em seu relatório é relevante em um momento no qual a configuração do esbulho está sendo analisada em recentes decisões da mais alta corte judiciária do país. Ademais, ressalta-se que o relatório da CNV é um documento produzido pelo próprio Estado, tratando-se, portanto, de um reconhecimento da responsabilidade pelos atos de esbulho praticados, cujo teor deve ser considerado na (re)discussão da teoria do fato indígena, assim como na interpretação do direito constitucional à terra.

3.2 Resistência indígena e luta pelo território

Os povos indígenas não assistiram passivamente ao esbulho de seus territórios. Cada comunidade lutou ao seu modo para manter o domínio sobre as suas terras ou, pelo menos, o acesso a elas. Incontáveis são os registros, desde os primeiros contatos com os colonizadores até os dias atuais. Aqui não se pretende abordar todas as formas de resistência utilizadas pelos índios, mas apenas demonstrar que elas existem e que devem ser consideradas na aplicação do direito à terra. Adiante, as resistências são apresentadas em três pontos: confrontos físicos diretos; retomadas; e mobilização política. Essa divisão foi feita apenas para fins didáticos, para viabilizar uma abordagem mais simples e clara de um rol exemplificativo, pois, como enfatizado, existem múltiplas formas de resistência e, além disso, muitas vezes elas imbricam-se nos casos concretos.

3.2.1 Confrontos físicos diretos

Desde os tempos coloniais os confrontos diretos são muito comuns. A "Guerra dos Bárbaros", por exemplo, revela "que as atitudes indígenas de reação à colonização foram complexas, envolvendo articulações diversas entre populações, além de reelaborações socioculturais" (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.55). Bárbaros eram os povos hostis, recalcitrantes, inimigos, denominados genericamente pelos colonizadores de "tapuios". O avanço da atividade pecuária sobre as terras indígenas no semiárido nordestino durante o século XVII acirrou os conflitos entre colonos e "bárbaros", especialmente - mas não

exclusivamente - os Paiacu e Kariri, ocasionando uma guerra que se iniciou por volta de 1651 no recôncavo baiano (OLIVEIRA, 2017, p.93). A ação indígena na guerra impressionava, pois

Os capitães que lideravam essas jornadas achavam que iriam enfrentar povos, entendidos por eles como selvagens, que tinham limitada noção estratégica de guerrear e utilizando apenas arco e flechas, havendo de sucumbirem no primeiro assalto. Todavia, nos embates sentiram que não estavam preparados para enfrentar um tipo de sociedade que, além de conhecer com maior propriedade a geografia local, tinha formas muito diferentes de guerrear. Para além do domínio dos espaços e da natureza, às vezes agressiva, em que as escaramuças ocorriam, muitas dessas nações haviam se envolvido nas guerras luso/flamengas e aprendido as formas de enfrentamento empregadas pelos europeus (OLIVEIRA, 2017, p.94).

Depois de anos de levantes em vários pontos do Nordeste, entre alianças e dispersões, vitórias e derrotas, o ciclo conhecido como "Guerra dos Bárbaros" teve fim no Ceará, quando o Coronel João de Barros Braga chefiou algumas expedições patrocinadas pelo governo daquela Capitania - em 1708, 1713 e 1727 - afugentando, matando ou aprisionando os índios que encontrou pela região do Jaguaribe (OLIVEIRA, 2017, p.127).

Outro exemplo de resistência é a Cabanada³⁹, movimento deflagrado no Ceará em 1831 que teve por finalidade trazer D.Pedro I de volta ao trono como tentativa de conter o avanço da política liberal, a qual "estimulava a concentração fundiária, provocando a revolta de moradores, lavradores e índios que defendiam suas posses" (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.87). Em Pernambuco, que também aderiu à revolta, a motivação era semelhante, pois se atribuía ao liberalismo a expansão dos engenhos e a consequente expulsão de milhares de posseiros de suas terras (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.88). Apesar de não ter sido um movimento vitorioso na consecução de seus objetivos, trata-se de um exemplo significativo da força indígena, vez que a participação dos indígenas foi decisiva para a tomada da região do Jacuípe, um ponto de resistência importante da Cabanada (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.88). Índios de Atalaia, Palmeira dos Índios, Jacuípe e Panelas do Miranda, em sua maioria "tapuios" Cariri, bem como "caboclos"⁴⁰ Xucuru de Palmeiras dos Índios foram algumas das etnias que lutaram no movimento (LINDOSO, 1983 *apud* OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.88).

O Relatório da CNV, visto no tópico anterior, aborda muitos outros conflitos diretos, como o ocorrido entre os Cinta Larga, seringalistas e empresas de mineração e de colonização que atuavam explorando a região - noroeste do Mato Grosso e sudeste de Rondônia - com autorização da FUNAI. A CNV apurou ações violentas entre as décadas de 1950 e 1980, as quais vitimaram cerca de cinco mil índios de diferentes formas: por alimentos

³⁹ A denominação faz alusão às cabanas, habitações das camadas mais pobres, adeptas desse movimento.

⁴⁰ Mestiços de brancos com índios.

envenenados com arsênico, aviões que atiravam brinquedos contaminados com vírus da gripe, sarampo e varíola, além de pistolagem e ataques de dinamite em aldeias (BRASIL. CNV, 2014, p.237). Um episódio bastante conhecido desse conflito foi o Massacre do Paralelo 11, em outubro de 1963, por seus traços de crueldade. Em uma expedição da empresa Arruda, Junqueira e Cia. Ltda em busca de minerais preciosos na região do rio Juruena, um pistoleiro atirou em um grupo de Cinta Larga que estava erigindo uma maloca. Entre as vítimas estavam uma criança baleada na cabeça e uma mulher com um corte de facão do púbis à cabeça (BRASIL. CNV, 2014, p.237-238).

Os confrontos físicos diretos em virtude de disputas territoriais permanecem nos dias atuais. Dados levantados pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) no Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil junto à Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) mostram que em 2016 cento e dezoito indígenas foram assassinados. No *ranking* dos estados mais violentos estão Roraima, com quarenta e quatro mortes; Mato Grosso do Sul, com dezoito mortes; Ceará, com onze; e Maranhão, sete (MARTINS, 2016, online). Chama atenção ainda o índice de suicídios, cento e seis no total, sendo trinta somente em Mato Grosso do Sul, estado que sempre apresenta muitos casos, mormente entre os Guarani-Kaiowá (MARTINS, 2016, online). Por fim, devem ser computadas nesse quadro de violência também as situações de agressão, ameaças e perseguições aos líderes indígenas.

3.2.2 Retomadas

Segundo a definição de Tófoli (2010, p.16),

As retomadas são ações de ocupação de áreas para usos voltados para os interesses indígenas, pautada na ideia de retorno aos locais dos quais foram expropriados no passado e considerados importantes para a memória do grupo, seja por motivos ritualísticos ou para a realização de atividades produtivas ou moradia.

Apesar de cada retomada ser um processo único, é possível identificar algumas etapas comuns nas situações vivenciadas pelos vários povos. A primeira etapa é o *planejamento*. A necessidade de realização vem de uma demanda coletiva da comunidade, mas o local escolhido é mantido em sigilo, sendo do conhecimento de poucas pessoas, até para não comprometer a ação. Pessoas de outras localidades, com experiência em processos de retomada, podem prestar alguma assistência. A etapa seguinte é a de *concentração*, que ocorre um pouco antes da retomada. Nela os envolvidos estão apreensivos, uma vez que a retomada em si é imprevisível e consiste em uma atividade perigosa. Por isso, geralmente a

concentração é um momento de oração ou da prática de algum ritual (TÓFOLI, 2010, p.150-151).

Após a concentração, dá-se a *retomada*. O espaço vai sendo ocupado, obstáculos físicos são derrubados e a área começa a ser delimitada, sendo a participação masculina importante nesses momentos iniciais. Aos poucos, outras pessoas somam-se à ocupação e então se faz necessário montar uma estrutura mínima que garanta a permanência do grupo no local, providenciando-se alimentos e adotando-se medidas de segurança mínimas. Essa *preparação do lugar para a estadia das pessoas* é fundamental, pois a retomada “é um momento de ruptura, em que as pessoas iniciam o processo de despojamento da vida cotidiana, pois a retomada afetará o dia a dia de todos os envolvidos” (TÓFOLI, 2010, p.151). Em pós, vem a *reordenação do espaço*, que varia de acordo com o objetivo comunitário, pode-se preparar a terra para o plantio ou improvisar salas de aula, por exemplo (TÓFOLI, 2010, p.152).

A retomada vai além da conquista de espaços para a comunidade, ela representa o fortalecimento do indivíduo e também do grupo, que compartilha uma experiência de subversão da ordem posta.

[...] o compartilhamento de experiências, em situação de exceção, envolta em dificuldades e potenciais perigos, tende a levar os indivíduos ao fortalecimento do sentimento de integração ao grupo e ao espaço, além da sensação de empoderamento como coletividade (TÓFOLI, 2010, p.157).

A coesão do grupo é importante, pois a retomada requer muita disposição dos envolvidos e equilíbrio para lidar com as tensões e com os conflitos diretos com posseiros, autoridades policiais e judiciárias, os quais podem durar um longo período.

Quando os conflitos cessam, o grupo volta-se para a *consolidação* da retomada e do controle da área pelos indígenas. Uma nova rotina vai sendo estabelecida e o espaço ressignificado.

A experiência de viver na retomada imprime marcas nas consciências individuais e na percepção da coletividade que se dá em torno de um espaço determinado. Assim, podemos analogamente afirmar que o espaço, ao ser alterado pelo esforço coletivo, é por este ato consagrado, pois, através de tal processo, ele passa a adquirir um novo status (TÓFOLI, 2010, p.155).

Tófoli (2010, p.37) oferece vários exemplos concretos de retomadas no Nordeste, como as realizadas pelos Kiriri, Pataxó e Pataxó Hã-hã-hãe, na Bahia; e os Xukuru, em Pernambuco. Contudo, a pesquisadora concentra-se nas retomadas do povo indígena Tapeba,

habitante do município de Caucaia, Estado do Ceará, que iam ocorrendo em paralelo ao processo de demarcação da FUNAI.

A área indígena Tapeba sempre foi alvo de disputas por fazendeiros locais, que constantemente faziam os indígenas mudarem de residência. A partir da segunda metade do século XX, os espaços disponíveis foram reduzidos também em virtude da crescente urbanização e industrialização, bem como da construção e ampliação de rodovias (TÓFOLI, 2010, p.88-89). Entre a década de 1980 e os anos 2000 foram retomadas as localidades de Sobradinho, Lagoa I, Lagoa II, Lameirão, Vila dos Cacos, Jandaiguaba, Trilho, Ponte e Capoeira, totalizando uma área de 431,2 hectares, nos quais foram construídas oito escolas, dois postos de saúde, sete campos de futebol, igrejas, locais de reuniões e plantios coletivos, além de inúmeras roças familiares (TÓFOLI, 2010, p.147)⁴¹.

No Relatório da CNV também constam alguns exemplos de processos de retomada. A CNV apurou que muitos povos indígenas removidos à força de suas terras buscaram voltar para os seus territórios tradicionais. Em 1957, por exemplo, os Krenak foram transferidos pelo SPI de suas terras no município de Resplendor, Minas Gerais, para o município de Águas Formosas, no mesmo Estado, sem nenhum planejamento, a fim de liberar as terras para colonização. Diante das péssimas condições de vida no novo lugar, os indígenas retornaram a pé, de carro e de trem para Resplendor, em uma viagem que durou três meses e cinco dias (BRASIL. CNV, 2014, p.210). O mesmo aconteceu com os Mamaindê, Negarotê, Alantesu e Wasusu, transferidos para a Reserva Nambikwara, criada em 1968 para retirar indígenas da região do Vale do Guaporé, em Rondônia, para a implantação de projetos agropecuários. Não conseguindo adaptar-se, boa parte desses povos retornou ao Vale do Guaporé e os que permaneceram na reserva continuavam a ocupar tradicionalmente o vale, praticando a caça, a pesca e a agricultura (BRASIL. CNV, 2014, p.222).

Como se vê, muitos povos têm utilizado esse meio de resistência à espoliação de seus territórios. As retomadas, sejam as que são combatidas de forma violenta ou as que são toleradas, são formas legítimas de ocupação tradicional e demonstram que essa ocupação dá-se de maneira dinâmica e não estática, fato que deve ser considerado pelo intérprete quando da aplicação do direito à terra.

3.2.3 Mobilização política

⁴¹ Dados da época da pesquisa, realizada entre 2009 e 2010.

Foi no início da década de 1970 que ocorreu o fortalecimento do Movimento Indígena no cenário mundial, fortemente impulsionado pela Igreja Católica e pela articulação dos índios entre si, através de suas lideranças, formando organizações e associações próprias. Assim, a ascensão do Movimento Indígena pode ser entendida a partir da congregação de dois fatores: a atuação do Movimento Indigenista, notadamente – mas não exclusivamente – setores ligados à Igreja Católica e a iniciativa crescente dos índios em discutir seus interesses.

No ano de 1971 o Simpósio Fricção Interétnica na América do Sul Não-Andina ou a Primeira Reunião de Barbados, evento patrocinado pelo Conselho Mundial de Igrejas, reuniu antropólogos e demais estudiosos da questão indígena com o objetivo de analisar as políticas indigenistas de diversos países latino-americanos (SANTOS, 1989, p.33).

Ao final do encontro, elaboraram os participantes um documento intitulado “Pela Liberação Indígena” sintetizando as ideias por eles debatidas. A Declaração de Barbados, como ficou conhecido o diploma, apresentava acentuado teor de denúncia contra as práticas daquelas políticas largamente adotadas na América Latina responsáveis pela exploração e dizimação dos povos indígenas. Consta ali a nítida preocupação em destinar ao índio o papel que sempre lhe foi negado: o de protagonista de sua luta, o de legítimo porta-voz de suas reivindicações. Afirmam na parte final da Declaração:

- 1.É necessário ter presente que a liberação das populações indígenas é realizada por elas mesmas, ou não é liberação. Quando elementos alheios a elas pretendem representá-las ou tomar a direção de sua luta de liberação, cria-se uma forma de colonialismo que expropria as populações indígenas de seu direito inalienável de ser protagonista de sua própria luta.
- 2.Nessa perspectiva é importante valorar em todo seu significado histórico a dinamização que se observa hoje nas populações indígenas do continente, e que as está levando a tomar em suas mãos sua própria defesa contra a ação etnocida e genocida da sociedade nacional. Nessa luta, que não é nova, observa-se hoje a aspiração de realizar a unidade pan-indígena latino-americana; e, em alguns casos, um sentimento de solidariedade com outros grupos oprimidos.
- 3.Reafirmamos aqui o direito que tem as populações indígenas de experimentar seus próprios esquemas de auto-governo, desenvolvimento e defesa, sem que essas experiências tenham que adaptar-se ou submeter-se aos esquemas econômicos e sócio-políticos que predominem em determinado momento. A transformação da sociedade nacional é impossível se essas populações não sentem que têm em suas mãos a criação de seu próprio destino. Além disso, na afirmação de sua especificidade sócio-cultural as populações indígenas, apesar de sua pequena magnitude numérica, estão apresentando claramente vias alternativas aos caminhos já percorridos pela sociedade nacional (RELAMI, *online*).

Sobre os resultados da Primeira Reunião de Barbados, esclarece Paula Caleffi:

Isto [a Primeira Reunião de Barbados] significa uma importante quebra do paradigma de entendimento que a sociedade colonizadora possuía sobre as populações nativas como sendo incapazes ou relativamente capazes, passando-se agora para a compreensão destas populações enquanto sujeitos históricos capazes de

assumir seus destinos e defenderem seus direitos de existência como povos detentores de culturas diferenciadas dentro dos Estados Nacionais latino-americanos, e que assim desejam permanecer. Esta mudança de paradigma não ocorreu de forma espontânea dentro da cultura ocidental, mas foi resultado de um longo processo de luta dos próprios indígenas de se fazerem enxergar como tal, e também de um excelente momento de revisão por parte das ciências sociais de seus modelos epistemológicos, possibilitando assim a aceitação político-acadêmica de novos princípios formadores do conhecimento (CALEFFI, 2003, p.24).

Conquanto possa parecer contraditório o fato de a Declaração de Barbados sinalizar mudanças no tratamento do índio, concebendo-o um ser capaz de estar à frente da luta por seus direitos sem que da sua elaboração tenham participado os indígenas, ainda assim a mesma simboliza expressiva reflexão do Movimento Indigenista sobre o papel de cada ator ligado à causa indígena.

Em 1977 aconteceu a Segunda Reunião de Barbados, desta vez com a presença dos índios. A ocasião representou o amadurecimento do debate iniciado em 1971 acerca da necessidade de uma visão crítica contraposta ao indigenismo difundido na América Latina, concentrada no discurso do direito à autodeterminação dos povos indígenas (CALEFFI, 2003, p.25).

O grupo de Barbados reuniu-se outras vezes, como no Rio de Janeiro em 1993, sempre atento às discussões originadas em 1971.

Nesse contexto, podem ser citados outros encontros importantes, tais como o Congresso Regional de Povos Indígenas da América Central, desdobramento do I Congresso Internacional Indígena de América da América Central, em 1977, e o I Congresso de Movimentos Índios da América do Sul, 1980.

No Brasil, os reclames por uma alternativa ao indigenismo tradicional, similarmente às discussões travadas a nível mundial, desencadearam a reformulação do Movimento Indigenista Nacional. Sílvia Coelho dos Santos destaca a reorganização da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), a qual, segundo o autor, permitiu o estabelecimento de bases para a atividade dos profissionais interessados nos direitos das sociedades indígenas, engajados na dita “Antropologia Comprometida” - postura adotada por profissionais da área correspondente à produção de conhecimento comprometida com “o uso do espaço público para a defesa das populações estudadas” (SILVA, 2003, p.9) -, e a criação do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em 1972, órgão vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB (SANTOS, 1989, p.35).

Essa mudança de postura da Igreja Católica em relação à causa indígena, evidenciada com a criação do CIMI, foi influenciada em grande parte pelas severas críticas recebidas em virtude dos inúmeros exemplos de práticas anti-indígenas em que aquela

instituição esteve envolvida, mormente no que diz respeito à colonização do Brasil. O objetivo da Igreja com o CIMI foi promover a articulação das diversas etnias, apoiando a realização de reuniões e assembleias (CIMI, *online*). Atualmente o CIMI constitui também importante centro de estudo na área, possuindo numerosa equipe de missionários e assessores trabalhando junto às comunidades.

Além do estímulo da Igreja e da sociedade civil, o surgimento de articulações indígenas abrange o fato de os próprios índios perceberem o potencial da sua atuação conjunta, uma vez que havia confluência entre as reivindicações das comunidades em todo o país, possibilitando a formação de uma pauta em comum, de um projeto coletivo frente ao integracionismo desenfreado, como destaca Santos (1989, p.36):

[...] a FUNAI praticava um indigenismo cada vez mais burocrático e voltado para a integração dos indígenas na sociedade nacional. As diferenças apresentadas pelos povos tribais, expressas por línguas e culturas diversas, não eram admitidas pelos detentores do poder autoritário como sistemas sócio-culturais legítimos e passíveis de se autodenominarem. A lógica do poder concentrado em Brasília, em mãos de sucessivos governos militares, não contemplava o pluralismo cultural, nem tampouco a condição multissocietária que efetivamente tem o Brasil. A proposta explícita dos governos autoritários era a de promover rapidamente a absorção dos contingentes indígenas pela sociedade nacional envolvente. Ou seja, transformar índios em não-índios, mesmo que fosse através de decreto.

O Movimento Indígena organizado, assim entendido “o conjunto de estratégias e ações que as comunidades e as organizações indígenas desenvolvem em defesa de seus direitos e interesses coletivos” (LUCIANO, 2006, p.58), compõe-se, na realidade, de “movimentos indígenas”, porquanto cada comunidade ou etnia possui sua maneira peculiar de mobilização. Salienta Luciano (2006, p.59) que:

[...] as lideranças indígenas brasileiras, de forma sábia, gostam de afirmar que existe sim um movimento indígena, aquele que busca articular todas as diferentes ações e estratégias dos povos indígenas, visando a uma luta articulada nacional ou regional que envolve os direitos e os interesses comuns diante de outros segmentos e interesses nacionais e regionais. Essa visão estratégica de articulação nacional não anula nem reduz as particularidades e a diversidade de realidades socioculturais dos povos e dos territórios indígenas; ao contrário, valoriza, visibiliza e fortalece a pluralidade étnica, na medida em que articula, de forma descentralizada, transparente, participativa e representativa os diferentes povos.

Uma das primeiras organizações formais pan-indígenas, criada em 1980, foi a União das Nações Indígenas - UNI (LUCIANO, 2006, p.78). Hoje, existem inúmeras organizações indígenas em todo o Brasil, como a Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME) e a Federação dos Povos e Organizações Indígenas do Ceará (FEPOINCE).

O ápice da trajetória vivenciada pelos Movimentos Indigenista e Indígena nas décadas de 70 e 80 veio com a derrocada do regime ditatorial e a mobilização em torno da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Ali se esboçava a oportunidade de inaugurar uma política sensível e atenta às necessidades dos povos indígenas, substitutiva ao integracionismo. Ademais, era o momento também de demonstrar que os índios estavam organizados e conscientes da função de protagonistas de suas próprias lutas. Como explica Oliveira (2016, p.290):

Durante o processo de elaboração da nova carta foi bastante intensa a participação de indigenistas, missionários, antropólogos e advogados não só nas audiências públicas e subcomissões, mas também no debate diário com os parlamentares, informando e apresentando sugestões. Mas o fato inédito e de maior repercussão na rotina parlamentar foi a presença constante de uma massa de indígenas que, pintados e com seus adornos de pena, percorriam os corredores, lotavam os auditórios, entravam e saíam dos gabinetes. Não eram agressivos nem manipuladores, não eram manifestantes que protestavam nem lobistas. Eram pessoas comuns, apenas diferentes, todos confiantes no processo parlamentar, sinceramente preocupados com a defesa de suas comunidades, seus modos de vida e valores diferenciados.

Após intensas articulações e negociações entre Movimento e Congresso, o resultado foi a inserção, na Carta Magna, de um capítulo exclusivo sobre direitos indígenas, o qual, apesar de conter poucos dispositivos, informa preceitos importantes na promoção dos direitos indígenas, como visto. O art.232, em especial, reforça a atuação do Movimento Indígena, vez que legitima índios, comunidades e organizações indígenas para a defesa judicial de seus direitos e interesses. Não é à toa que a partir da década de 1990 o número de organizações indígenas legalizadas cresceu e as mesmas passaram a se aperfeiçoar, exercendo funções relativas à saúde, educação e auto-sustentação e ocupando-se de temas como desenvolvimento etno-sustentável e autogestão territorial (LUCIANO, 2006, p.78).

Torna-se cada vez mais comum a graduação acadêmica de indígenas, ocasionando uma melhora da qualidade de vida das comunidades, vez que esse conhecimento retorna às mesmas, e o aperfeiçoamento dos integrantes do movimento em diversas áreas, como Direito, Educação e Saúde, por exemplo.

A Relatora Especial da ONU, Victoria Tauli-Corpuz, em visita ao Brasil em 2016, conforme citado no capítulo anterior, destacou uma série de ações que demonstram a proatividade do movimento indígena, a saber: a elaboração de protocolos incorporando processos de consulta e consentimento livres, prévios e informados desenvolvidos pelos Wajãpi no Amapá e Munduruku no Pará; a autodemarcação de terras, a exemplo do que fez o povo Munduruku, como forma de pressionar o governo a encaminhar a demarcação oficial; o estabelecimento de alianças com comunidades quilombolas e ribeirinhas na luta pelos direitos

à terra e à autogovernança, como em Oriximiná no Pará; a autoproteção de territórios, a exemplo dos guardiões da floresta indígenas estabelecido pelos Ka'apor no Maranhão; parcerias com órgãos do Poder Judiciário para fortalecer sistemas de resolução de conflitos indígenas, como a parceria entre os povos indígenas de Roraima e o Supremo Tribunal Federal; e parcerias com o Ministério Público Federal, como a realizada pelos Yanomami em prol de seu direito à saúde (ONU, 2016, p.6).

Portanto, através da mobilização política, os povos indígenas do Brasil puderam articular-se em torno de bandeiras comuns, mormente a proteção de seus territórios, ocupando cada vez mais as instâncias nacionais e internacionais na defesa de seus interesses.

3.3 O contexto político do Brasil e a situação dos povos indígenas

Novamente citando o Relatório da Missão da ONU ao Brasil, de 8 de agosto de 2016, a Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, já havia registrado a sua preocupação com a efetivação dos direitos indígenas no contexto político do Brasil. Um dos pontos destacados por ela é a ausência de mecanismo adequado de consulta aos povos indígenas. No caso da hidrelétrica de Belo Monte, por exemplo, projeto de grande impacto ambiental e que teve repercussão internacional, audiências públicas foram consideradas suficientes para o atendimento do art.6º da Convenção 169 da OIT, que impõe o dever de consulta às populações afetadas⁴².

A consulta é um processo que visa restringir o poder discricionário do Estado e fomentar o diálogo entre governos e povos afetados a fim de que haja um acordo sobre a medida a ser implementada, de tal maneira que ambas as partes possam influenciar o resultado final. Por isso, tal processo não pode restringir-se a uma mera formalidade, mas deve revestir-se de um caráter substancial, qual seja, a incorporação das manifestações das

⁴² Como visto no capítulo anterior, a Convenção 169 da OIT veio substituir a visão assimilacionista da sua antecessora, a Convenção 107. O dever de consulta previsto no art.6º da Convenção 169 decorre da proteção à autodeterminação das populações indígenas, conferindo-lhe ferramenta de participação nas políticas nacionais, de modo que seus interesses sejam observados nos processos de tomada de decisão. O referido dispositivo tem a seguinte redação: "1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas".

populações consultadas, cujos pontos de vista devem ser efetivamente considerados (FIGUEROA, 2009, p.41-43).

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas vai um pouco além e prevê, no art.19, a consulta como meio de obter o consentimento livre, prévio e informado⁴³. O consentimento visa conferir legitimidade à medida e a sua ausência gera para o Estado o ônus de justificar a sua decisão caso opte pela sua implementação, garantindo às populações afetadas participação nos benefícios do empreendimento e mitigando os eventuais efeitos negativos sobre as mesmas (ANAYA, 2005, p.17 *apud* FIGUEROA, 2009, p.43).

A construção e o funcionamento de Belo Monte têm sido acompanhados pela ONU desde o relatório anterior, de 2009. Em 2016, a atual relatora visitou os Juruna, um dos povos afetados, e constatou que eles não haviam sido devidamente informados sobre os impactos do empreendimento e também que as consultas foram culturalmente inadequadas, havendo tentativas de dividir as comunidades da região. Mesmo com a atuação do Ministério Público Federal (MPF)⁴⁴ e o encaminhamento da questão ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)⁴⁵, o projeto seguiu em meio a irregularidades, não somente quanto

⁴³Art.19 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas: "Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem". Complementarmente, o art.32 da mesma Declaração prevê: "1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos. 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. 3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual".

⁴⁴ O MPF moveu o Processo nº 0000655-78.2013.4.01.3903 em face da Norte Energia SA (NESA), FUNAI e IBAMA, ação civil pública em trâmite na 9ª Vara Federal em Belém do Pará (Justiça Federal da 1ª Região). O MPF pediu, em suma, a declaração da inviabilidade do empreendimento hidrelétrico de Belo Monte enquanto não implementadas adequadamente ações de Proteção às Terras Indígenas impactadas; o reconhecimento da ineficácia da anuência da FUNAI para a Licença de Instalação, por descumprimento de ações mitigadoras; e a imediata implementação do Plano Emergencial de Proteção das Terras Indígenas do Médio Xingu (PEPT). A ação foi julgada parcialmente procedente, determinando a sentença que a FUNAI fornecesse novo cronograma para que a NESA cumprisse o PEPT nos moldes acordados (construção de unidades de proteção territorial e contratação de agentes para trabalhar nelas, reforço de placas de identificação nas onze terras indígenas afetadas, entre outras obrigações assumidas), mas, quanto à declaração de inviabilidade do empreendimento, entendeu o juízo que a análise de tal viabilidade cabe aos órgãos administrativos, IBAMA e FUNAI, e não ao Poder Judiciário. Atualmente o processo está em fase recursal da aludida sentença (BRASIL. JF, 2017).

⁴⁵O caso foi encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual expediu a medida cautelar MC 382/10 em favor das comunidades indígenas Arara da Volta Grande do Xingu, Juruna de Paquiçamba, Juruna do "Kilômetro 17", Xikrin de Trincheira Bacajá, Asurini de Koatinemo, Kararaô e Kayapó da terra indígena Kararaô, Parakanã de Apyterewa, Araweté do Igarapé Ipixuna, Arara da terra indígena Arara, Arara de Cachoeira Seca, bem como das comunidades indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingu, a fim de que o Estado Brasileiro tomasse medidas de proteção à vida e à integridade desses povos, afetados pelo empreendimento de Belo Monte, tanto no tocante à adoção de medidas mitigadoras do impacto ambiental, com especial atenção à saúde indígena, quanto à demarcação de territórios ancestrais de regularização pendente

à consulta, mas também em relação aos impactos ambientais e medidas mitigadoras. Em operação, a hidrelétrica alterou radicalmente a vida local, econômica e culturalmente. A caça e a pesca restaram prejudicadas em virtude do desmatamento, do desvio de cursos de rios e do escurecimento das águas. Os desabrigados pelas barragens foram realocados em moradias precárias, muitas vezes em lugares sem acesso ao rio Xingu e as comunidades que permaneceram às margens do rio sofrem com inundações e/ou diminuição dos níveis de água sem aviso prévio, ocasionando o acúmulo de água perto de suas casas e a atração de mosquitos transmissores de doenças (ONU, 2016, p.10-11).

Também não houve consulta em relação à tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 215/2000, que busca alterar o processo de demarcação de terras indígenas, tornando-o mais político que técnico (ONU, 2016, p.14).

A PEC 215/2000, de autoria do deputado Almir Sá, do PPB/RR, em sua proposição original, incluía no rol de competências exclusivas do Congresso Nacional tanto a aprovação das demarcações de terras indígenas realizadas pelo Poder Executivo quanto a ratificação das demarcações já homologadas. O autor fundamentou sua proposta no equilíbrio entre os Poderes da República, a fim de evitar, com as novas atribuições do Congresso Nacional, que o Executivo extrapolasse sua competência em matéria de demarcação, vez que os interesses dos estados-membros estariam sendo desconsiderados e eles estariam sofrendo verdadeira intervenção federal em seus territórios sem qualquer mecanismo de controle (BRASIL, 2000).

Contudo, a PEC respalda-se em premissas equivocadas. Primeiramente, quanto ao equilíbrio entre os Poderes e à repartição de competências, foi o próprio constituinte que definiu as atribuições de cada ente federativo, outorgando à União, por meio do Executivo, a demarcação das terras indígenas no art.231 da CF/88. Tal competência resta devidamente delineada em matriz constitucional, sendo, assim, exercida naqueles moldes e controlada pelas instituições e pelo Poder Judiciário, quando suscitada qualquer irregularidade quanto à observância do procedimento legal.

Segundo, o processo administrativo de demarcação não é desenvolvido unilateralmente, ele segue o rito do Decreto 1775/96, como visto no capítulo anterior, em fases onde são assegurados o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados, inclusive aos estados-membros.

(OEA, 2011, online). Ainda no âmbito do Sistema IDH, em 21 de dezembro de 2015 a CIDH iniciou a apuração das denúncias feitas sobre Belo Monte em petição apresentada pela Justiça Global, pela Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos e pela Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente (CANES, 2016, online).

Por fim, a intervenção federal e a demarcação de terras indígenas possuem naturezas jurídicas distintas. A intervenção federal, prevista no art.34 da CF/88, é medida excepcional, sendo uma supressão momentânea de autonomia dos estados-membros pela União, a fim de que seja reestabelecida a ordem pública⁴⁶. Cabe ao Presidente da República decretá-la e, em regra, ao Congresso Nacional exercer o controle político da intervenção, aprovando-a ou suspendendo-a⁴⁷. Já a demarcação é um procedimento que visa garantir o gozo de um direito, que em nada interfere na autonomia dos estados-membros, até mesmo porque as terras indígenas são bens da própria União por determinação constitucional (art.20, XI, CF/88), não dos Estados. Assim, a demarcação não pode ser confundida com uma modalidade de intervenção, pois ela não visa reparar nenhuma anormalidade, mas tão somente viabilizar a concretização do direito à terra e também a regularização do patrimônio da União.

Na verdade, a PEC 215 foi uma tentativa de instituir um controle político onde ele não era necessário e, principalmente, plausível. Além de permitir um controle sobre as demarcações futuras, a PEC autorizava o Congresso a empreender uma revisão das demarcações homologadas pelo Presidente da República, em flagrante desrespeito às situações jurídicas já constituídas. Tanto que, quando apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 21 de março de 2012, foi excluído do texto esse amplo poder do Congresso por ofensa aos art. 60, § 4º, IV e art. 5º, XXXVI da CF/88, que garantem a incolumidade dos direitos e garantias individuais em face das emendas constitucionais e a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, respectivamente (BRASIL, 2015a, p.4).

No decorrer de sua tramitação, a PEC 215 passou a ser apreciada conjuntamente com outras PEC's afins e à luz do entendimento do STF firmado no caso Raposa Serra do Sol, principalmente no tocante ao marco temporal e à vedação de ampliação de terras indígenas já

⁴⁶ As situações específicas que ensejam a intervenção federal estão previstas taxativamente nos incisos do art.34 da CF/88, *in verbis*: Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

⁴⁷ Em regra o controle da intervenção é exercido pelo Congresso, sendo dispensado nos casos previstos no §3º do art.36 da CF/88 se o próprio decreto de intervenção for suficiente para reestabelecer a normalidade. Caso não seja suficiente, deverá ocorrer a apreciação pelo Congresso. Em se tratando de intervenção federal, essas hipóteses que dispensam apreciação são as dos incisos VI e VII do art. 34, acima mencionados.

demarcadas, pontos inclusos na nova proposta, conforme consta do substitutivo de 27 de outubro de 2015 (BRASIL, 2015b).

A PEC 215 é um expoente da atuação da chamada "bancada ruralista" do Congresso Nacional, representante dos interesses da classe empresária, ligada às atividades produtivas, sobretudo do agronegócio, que vê na demarcação de terras indígenas uma ameaça à sua expansão. Além da PEC, outra empreitada recente da bancada ruralista foi a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI nº 026/2016), requerida pelos deputados Alceu Moreira (PMDB/RS), Nilson Leitão (PSDB/MT), Valdir Colatto (PMDB/SC), Tereza Cristina (PSB/MS), Osmar Serraglio (PMDB/PR), dentre outros, destinada a investigar o Incra e a FUNAI.

Especificamente quanto à FUNAI, o objetivo da CPI era investigar fatos relativos à estrutura e funcionamento da fundação; aos conflitos envolvendo a demarcação de terras indígenas; à assistência à saúde indígena; à sustentabilidade das comunidades indígenas; e à soberania nacional e segurança pública em terras indígenas na faixa de fronteira (BRASIL, 2017, p.13).

O relatório da referida CPI, publicizado em maio de 2017, foca bastante na atuação da iniciativa estrangeira, afirmando que muitas organizações internacionais agem de forma contrária aos interesses nacionais, "sob o olhar leniente – por vezes, conivente – das autoridades brasileiras" (BRASIL, 2017, p.1914).

Para a comissão, o Brasil vem enfrentando, desde o final da década de 1940, um processo paulatino de deterioração da sua soberania, sujeitando-se às normas internacionais sobre direitos indígenas, quais sejam, as Convenções da OIT (nº 86, 104, 107 e, atualmente, 169), a Declaração da ONU de 2007, as Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas Isolados e Contato Inicial da Região Amazônica, Grande Chaco e Região Oriental do Paraguai (ONU, 2012), além de outros instrumentos mais gerais que também se aplicam à matéria, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre Prevenção e Sanção do Genocídio (ambas da ONU, de 1948) e a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural e a Convenção de Paris sobre Proteção do Patrimônio Intangível (ambas da UNESCO, de 2001 e 2003, respectivamente). Tais normas, diz o relatório, são um verdadeiro "canto da sereia", permitindo uma interpretação ampla que deixa vulneráveis os países que a elas aderem (BRASIL, 2017, p.1915-1917).

Dentre as normas que compõem o "canto da sereia", a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU de 2007 são destacadas pela CPI. Ao invés de proteção das culturas indígenas, a Convenção estaria dando margem ao surgimento de conflitos e de insurgências

étnicas, fomentando os sentimentos de não pertencimento à sociedade nacional e de contraposição às instituições políticas do Estado brasileiro. A afirmação da identidade através da autodeclaração e o dever de consulta também são criticados, pois reforçam o antagonismo entre identidade brasileira e identidade indígena e entre vontade nacional e vontade indígena. Outro problema apontado é o fato de a Convenção tratar do direito de propriedade das terras, diversamente da Constituição Brasileira, que garante aos índios a posse (BRASIL, 2017, p.1920-1923). Em resumo:

É da essência da Convenção 169 desfazer as políticas de caráter integracionista que nortearam toda a construção do Brasil, desde os primórdios do descobrimento, e que sempre visaram, no caso dos indígenas, a sua inserção na sociedade nacional. Representa uma violência contra os próprios brasileiros índios que, seguramente, não desejam se submeter aos desígnios da corrente antropológica hoje dominante, formatada, no Brasil, segundo diretrizes de um sem número de organizações não-governamentais, acadêmicos, intelectuais e ativistas a soldo de organizações internacionais e de agências governamentais estrangeiras, falando em nome dos brasileiros indígenas sem que tenham recebido delegação para tanto. Os adeptos dessa corrente, dizem-se contra a política integracionista porque esta significa a tutela do índio, que deve ser sujeito de direitos, mas, paradoxalmente, estabeleceram um mecanismo de tutela muito eficiente e cruel, comandado de fora para dentro das fronteiras do País (BRASIL, 2017, p.1949-1950).

Assim, o relatório indica que a melhor alternativa para o país seria denunciá-la⁴⁸, até mesmo para impedir que seja manipulada para sustentar a existência de etnias já extintas e a proliferação indefinida de terras indígenas, bem como para evitar que seja utilizada em casos de pleitos territoriais quilombolas (BRASIL, 2017, p.1947).

Por seu turno, a Declaração apresenta várias passagens consideradas perigosas à soberania nacional, quando, por exemplo, garante autonomia e autogoverno aos povos indígenas (art.4º), que são atributos próprios de entes federativos; quando lhes garante, dentre outras, suas próprias instituições políticas e jurídicas (art.5º), mesmo em face das instituições políticas e jurídicas do Estado brasileiro; quando lhes garante o pertencimento a uma nação indígena (art.9º), embora no território nacional exista apenas reconhecidamente a nação brasileira; e quando lhes assegura a propriedade das terras e recursos, em contraposição à Constituição de 1988, a qual assegura a posse (BRASIL, 2017, p.1924-1925). Essas

⁴⁸ A denúncia é o ato pelo qual o Estado-Membro da OIT que tenha ratificado a Convenção manifesta a vontade de deixar de observá-la, desvinculando-se das obrigações anteriormente pactuadas, prerrogativa prevista no art.39 da própria Convenção, *in verbis*: Artigo 39. 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro. 2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo parágrafo precedente dentro do prazo de um ano após a expiração do período de dez anos previsto pelo presente Artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao expirar cada período de dez anos, nas condições previstas no presente Artigo.

disposições demonstram que a Declaração, apesar de não possuir efeito vinculante, fragiliza o país na seara internacional e possibilita que cada área indígena se torne futuramente um Estado independente (BRASIL, 2017, p.1927).

Conclui a CPI que recursos públicos e provenientes de entidades e de governos estrangeiros têm sido utilizados por organizações não governamentais (ONG's) e por antropólogos para fomentar conflitos entre os indígenas e os latifundiários, a fim de pressionar por demarcação. Isso tem ocasionado o reconhecimento de áreas onde não existe ocupação tradicional - sendo em muitos casos forjada, trazendo-se grupos de lugares distantes para caracterizar o território como indígena - e a ampliação de terras indígenas, muito embora boa parcela do território brasileiro já tenha sido destinada para essas populações (BRASIL, 2017, p.2521-2523), não sendo a demanda por demarcação tão alarmante como é sinalizada, pois,

De fato, os próprios dados oficiais colocam em xeque o afã demarcatório em detrimento de outras políticas em favor da dignidade indígena, corroborando o já afirmado. Ora, considerando que a população indígena do Brasil é composta por 817.963 índios, ocupando 117 milhões de hectares, 13,7% de todo o território nacional, é difícil imaginar que a grande condição de indignidade dos mesmos se resume apenas à questão da terra. Por óbvio, esse é um dado raso, que, em uma análise superficial, desconsidera questões outras. Contudo, os números evidenciam que a atual falta de dignidade indígena não necessariamente se encontra ligada à demarcação em si, na medida em que grande parcela do território brasileiro já foi reservada para as populações indígenas (BRASIL, 2017, p.2522).

Relatórios da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN)⁴⁹ revelam inclusive estratégias de ONG's para minar o diálogo entre lideranças indígenas e Estado. Quando os índios buscavam o governo para pleitear compensações socioambientais, por exemplo, tais organizações patrocinavam e financiavam outras lideranças indígenas, incentivando a suspensão da conversação (BRASIL, 2017, p.2524).

Com base nesses fatos, a CPI pediu o indiciamento de noventa e sete pessoas, entre lideranças indígenas, antropólogos, integrantes de ONG's – principalmente do CIMI, mas também do Centro de Trabalho Indigenista (CTI) e da ONG Azul -, Procuradores Federais, Procuradores da República, servidores da FUNAI e outros agentes públicos e políticos – inclusive o ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo - relativamente a

⁴⁹ O Relatório de Inteligência nº 0019/82105/ABIN/GSIPR/30 JAN.2015 mostra a oposição de ONGs, em apoio à etnia Munduruku, às obras do complexo hidrelétrico do Tapajós (CHT), no Pará; o Relatório de Inteligência nº 0161/82105/ABIN/GSIPR/31 JUL. 2015 mostra o apoio das ONG's ao Movimento Ipereg Ayu, o qual congrega os Munduruku mais radicais; e o Relatório de Inteligência nº 0107/82105/ABIN/GSIPR/22 MAIO 2015 que aborda a atuação de ONG's contra a construção de Belo Monte, as quais defendem mais aspectos ideológicos enquanto os indígenas preocupam-se com aspectos mais práticos, como as compensações materiais, estando mais abertos à negociação (BRASIL, 2017, p.3070-3076).

irregularidades apuradas nos Estados da Bahia, Santa Catarina, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul.

Dentre as condutas elencadas pela CPI estão, por exemplo, os crimes de constrangimento ilegal (art.146 do Código Penal), ameaça (art.147, CP), esbulho possessório (artigo 161, §1º, II, do CP), dano (art.163, CP) e associação criminosa (art.288, CP), geralmente atribuídas aos indígenas em processos de retomada, os quais, para a Comissão, são atos esbulhatórios disfarçados, que provocam a destruição de plantações e de maquinários agrícolas e difundem uma sensação de terror nas pequenas cidades brasileiras, sendo praticados em conluio com ONG's e tolerados por instituições públicas (BRASIL, 2017, p.2616-2617); incitação ao crime (art.286, CP), geralmente atribuída aos integrantes de ONG's e a alguns servidores públicos, inclusive da FUNAI, por estimularem invasões de imóveis rurais pelos indígenas (BRASIL, 2017, p. 2626); e falsidade ideológica (art.299, CP) e improbidade administrativa (art.11 da Lei nº 8.429/92), vez que muitos antropólogos teriam omitido em seus laudos a verdade dos fatos quando atuaram como peritos (BRASIL, 2017, p.2635).

Além dos requerimentos de indiciamento, o relatório contém as seguintes proposições: reanálise das demarcações em andamento, tendo em vista que nos casos analisados foram encontrados laudos antropológicos fraudulentos e parciais e que a FUNAI, juntamente com entidades paraestatais e com o respaldo do MPF, deixou de observar o entendimento do STF sobre o marco temporal de ocupação e sobre a vedação de ampliação de terras indígenas já demarcadas (BRASIL, 2017, p.3045-3047); sugestão, ao Presidente da República, de minuta de projeto de lei para regulamentar o art.231 da CF/88, incrementando o procedimento do Decreto 1.775 e albergando a interpretação do STF firmada no julgamento da Raposa Serra do Sol (BRASIL, 2017, p.3049-3067); ofício ao escritório da OIT no Brasil encaminhando os relatórios da ABIN e pedindo providências em face da atuação de ONG's como *Greenpeace*, *International Rivers*, *Amazon Watch*, Movimento Xingu Vivo Para Sempre, Movimento Tapajós Vivo, Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional, Artigo 19, Fórum da Amazônia Oriental, CIMI, Comissão Pastoral da Terra, Associação Etnoambiental Kanindé, Grupo de Trabalho Amazônico, *World Wide Fund for Nature* e Amigos da Terra, as quais vêm atentando contra a autonomia indígena preconizada na Convenção 169, mais precisamente em seu art.7º⁵⁰, estimulando conflitos com o Estado e

⁵⁰ Art.7º da referida Convenção: 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de

impedindo o diálogo (BRASIL, 2017, p.3068-3079); sugestão, ao Presidente da República, de reestruturação, reorganização e fortalecimento da FUNAI, concentrando-se nela todas as atribuições relativas à assistência e à proteção ao índio, atualmente dispersas em vários órgãos e entidades da Administração Pública (BRASIL, 2017, p.3080-3082); encaminhamento, ao Presidente da Câmara dos Deputados, de duas emendas à PEC 215 para serem apresentadas quando de sua futura votação, no sentido de suprimir textos que incluam a participação do Congresso Nacional nos procedimentos de demarcação de terras indígenas (BRASIL, 2017, p.3083-3084)⁵¹; encaminhamento ao Ministério da Justiça de notícias de irregularidades apuradas pela CPI quanto ao reconhecimento e à ampliação de terras indígenas (BRASIL, 2017, p. 3085); e envio de ofício ao Núncio Apostólico (embaixador da Santa Sé) no Brasil, informando o apoio de alguns integrantes do CIMI a processos violentos de retomada (BRASIL, 2017, p.3086-3088).

Iniciativas, como a CPI da FUNAI e a PEC 215, acima citadas, revelam a tentativa de questionar a legitimidade do reconhecimento da tradicionalidade das ocupações indígenas. O discurso que vem sendo propagado pelo Poder Legislativo reproduz argumentos retóricos comumente apontados em detrimento dos direitos indígenas no Brasil, como o que há "muita terra para pouco índio", que as garantias de autonomia e de autodeterminação previstas nos instrumentos internacionais malferem a soberania nacional ou de que os indígenas são manipulados pelas ONG's. Não se trata, portanto, de um discurso neutro, mas construído com a finalidade de mitigar a competência do Poder Executivo para efetuar as demarcações administrativas, vez que, como ensina Foucault (1996, p.10):

controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

⁵¹Apesar de ter sido excluída do texto original a possibilidade de o Congresso aprovar as demarcações de terras indígenas realizadas pelo Poder Executivo e de ratificar as demarcações já homologadas, como visto, ainda há na PEC 215 previsão de que uma Comissão Mista de Deputados e Senadores examinará o projeto de lei que demarcar uma terra indígena – uma vez que a demarcação deverá ser formalizada por lei de iniciativa privativa do Presidente da República, como prevê o atual texto da PEC. Destarte, *mutatis mutandis*, ainda há a previsão de reserva de poder ao Congresso para atuar no processo de demarcação. Daí a ONU preocupar-se com a transformação da demarcação em um processo essencialmente político, cada vez mais passível de controle por um Congresso com pouca ou nenhuma representatividade indígena. Assim, as emendas à PEC 215, propostas no relatório da CPI, são no sentido de excluir esse crivo do Congresso nas demarcações efetuadas pelo Poder Executivo.

Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.

Retornando-se à missão da ONU, a relatora especial constatou que a FUNAI carece de orçamento e de pessoal, fato que a impede de atender a contento suas obrigações legais. Para ela, a fragilidade do órgão indigenista revela a "resistência do Estado à plena transição para uma nova forma de se relacionar com os povos indígenas, baseada na autodeterminação" (ONU, 2016, p.16). Ela apurou também que empréstimos foram concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) a empresas do agronegócio envolvidas em despejos e violências contra povos indígenas (ONU, 2016, p.16) e destacou que todas as empresas devem respeitar os direitos dos povos indígenas no desenvolvimento de suas atividades, observando o Guia de Princípios sobre Empresas e Direitos Humanos (ONU, 2016, p.17).

Em consequência desses fatos detectados pela ONU, as lutas travadas pelos índios em defesa de seus direitos, principalmente os territoriais, são bastante acirradas, de modo que há "um padrão regular de ameaças e intimidação por atores estatais e privados" (ONU, 2016, p.7) que muitas vezes acabam em ataques, assassinatos e prisões arbitrárias. Nesse contexto de represálias, todos são atingidos, porém as lideranças indígenas são ainda mais visadas. Por isso, a aprovação da Lei Antiterrorismo⁵² foi vista pela ONU com ressalvas, tendo em vista que, se inadequadamente aplicada, pode aumentar o risco de criminalização das lideranças indígenas (ONU, 2016, p.7).

Diante de todos os episódios acima citados, nota-se que o cenário atual tem sido marcado pelo recrudescimento da ameaça aos direitos indígenas, acarretando o risco real de supressão de direitos já consolidados. Compreender tal conjuntura é essencial para discernir as teorias de fundamentação do direito territorial indígena, especialmente à luz da CF/1988, conforme será apresentado no capítulo a seguir.

⁵² O §2º do art.2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, conhecida como lei antiterrorismo, prevê que a conduta individual ou coletiva em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, com fins sociais ou reivindicatórios e com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais não se enquadra como terrorismo. Contudo, mesmo apesar de tal previsão, há o temor de que ocorra a criminalização de movimentos sociais, dentre eles do movimento indígena, se o referido dispositivo não for adequadamente aplicado, como destacou a ONU. Importante citar que já existem os projetos de lei nº 5065/2016 e 9604/2018 com o fito de modificar o art.2º da Lei nº 13.260, os quais dispõem sobre a motivação política na prática de atos de terrorismo (BRASIL, 2016b) e sobre o abuso do direito de articulação dos movimentos sociais a fim de dissimular atuação terrorista (BRASIL, 2018), respectivamente.

4. AS TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO À TERRA INDÍGENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Retomando o capítulo anterior, foi visto que Konrad Hesse contrapõe-se a Ferdinand Lassale no tocante à força de uma Constituição. Lassale pregava que uma Constituição é a soma dos fatores de poder vigentes em uma determinada sociedade, denominando essa junção de Constituição real. Quando a Constituição real é escrita em uma folha de papel, tem-se a Constituição jurídica. Para Lassale, uma Constituição jurídica só é válida na medida em que traduz fielmente a Constituição real (a soma dos fatores de poder), caso contrário, sucumbirá em face da realidade.

Hesse não acreditava que uma Constituição jurídica era uma mera folha em branco. Para ele, uma Constituição possui uma força normativa intrínseca, distinta das forças sociais e políticas (Constituição real), que reside na sua pretensão de eficácia, na sua pretensão de concretização prática. Quanto mais realiza essa pretensão de eficácia, mais adquire força normativa. Contudo, existem possibilidades e limites que devem ser considerados na realização da pretensão de eficácia, os quais resultam da relação entre a Constituição jurídica e a realidade (HESSE, 1991, p.16).

Essa relação (entre a Constituição jurídica e a realidade) deve ser assim entendida: somente a Constituição vinculada à situação histórica de seu tempo pode desenvolver-se (HESSE, 1991, p.17). Longe de ser um documento formal, que ordena as relações da vida e o Estado de forma teórica e abstrata, a Constituição deve expressar a natureza das coisas existentes e, a partir daí, ir moldando a realidade. A norma abstrata é estéril, enquanto a norma baseada na realidade tende a ser eficaz e a adquirir força e prestígio, sendo capaz, inclusive, de modificar o contexto onde está inserida. Ora, “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente” (HESSE, 1991, p.18).

A força normativa da Constituição não advém somente de sua identificação com a realidade. Ela surge também quando a Constituição for efetivamente obedecida, quando as tarefas por ela impostas forem efetivamente cumpridas e quando estiver impressa na consciência geral – especialmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – a vontade de concretizar tais tarefas, o que Hesse chama de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). A vontade de Constituição decorre do reconhecimento da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável, que proteja o Estado do arbítrio; do reconhecimento de que a ordem jurídica necessita de constante legitimação; e da

consciência de que a eficácia dessa ordem constituída depende da vontade humana (HESSE, 1991, p.19-20).

Assim, a vontade de Constituição, ou seja, o respeito à Constituição na práxis social, é imprescindível para o desenvolvimento da força normativa da mesma. Por outro lado, os constantes processos de revisão constitucional prejudicam essa força, tendo em vista que comprometem a sua estabilidade e a confiança na sua solidez (HESSE, 1991, p.22).

A interpretação também está intimamente relacionada à força normativa da Constituição. Como visto no capítulo anterior, a interpretação deve considerar os fatos da vida, harmonizando-os às disposições constitucionais. A interpretação deve ser desempenhada para concretizar o sentido da norma em qualquer cenário de fatos da vida. Mudando-se o cenário, a interpretação pode até variar, desde que o sentido da norma, o seu *telos* (finalidade), seja mantido⁵³. Destarte, sendo o sentido a bússola da atividade hermenêutica, a interpretação tem uma função primordial na consolidação e na preservação da força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p.22-23).

Com a sua Teoria da Força Normativa da Constituição, Hesse busca demonstrar que a Constituição jurídica não é somente uma folha em branco, ela é uma regulação essencial à vida do Estado, com existência distinta da Constituição real, e que, apesar de estar vinculada à realidade histórica, não está por ela condicionada, possuindo força normativa própria. Assim, em casos de eventuais conflitos, “a Constituição não deve ser considerada necessariamente a parte mais fraca” (HESSE, 1991, p.25), pois mesmo em situações extremas a sua força normativa pode – e deve - ser mantida.

O pensamento de Hesse é bem pertinente ao momento atual brasileiro. A crise política que culminou no *impeachment* da presidente Dilma Rousseff em agosto de 2016 e se agravou desde então, proporciona uma reflexão sobre a força normativa da Constituição Federal de 1988, vez que o clima de instabilidade fomenta nas instituições e na sociedade em geral o discurso de defesa do Estado Democrático de Direito por intermédio do respeito à Constituição. Por conseguinte, é em situações como essa que a Corte Constitucional fica ainda mais em evidência, como intérprete e guardião da Constituição.

Especificamente quanto à efetivação dos direitos indígenas, o contexto já não tem sido favorável desde o governo da ex-presidente Dilma. Como visto no capítulo anterior, diversas têm sido as investidas em detrimento dos povos indígenas, como o enfraquecimento da FUNAI, a construção de empreendimentos de grande impacto ambiental como Belo Monte

⁵³ Hesse, entretanto, admite que podem existir cenários nos quais o sentido da norma não pode mais ser realizado, sendo inevitável, nesses casos, a revisão constitucional (HESSE, 1991, p.23).

e a atuação da bancada ruralista do Congresso Nacional para modificar o procedimento de demarcação e dificultar o reconhecimento de terras indígenas. No mandato do presidente Michel Temer as investidas continuaram, como a aprovação do Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, aplicando as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol aos processos administrativos de demarcação e vinculando todos os órgãos da Administração Pública Federal – como registrado no capítulo 2.

Nesses tempos de crise e de ataque aos direitos indígenas – e aos direitos das minorias, de forma mais ampla -, faz-se necessário não somente zelar pela força normativa da Constituição, mas, sobretudo, pelo seu sentido, a fim de que ela seja aplicada para cumprir a finalidade para a qual foi criada. É por isso que nesse capítulo investigar-se-á o sentido das disposições constitucionais que versam sobre o direito à terra indígena, analisando-se, à luz desse sentido e considerando os fatores destacados no Capítulo 3, as teorias de fundamentação apresentadas no Capítulo 2, a fim de saber quais delas coadunam-se a esse sentido. Em seguida, na segunda parte do capítulo, será abordada a repercussão da jurisprudência do STF quanto à temática na concretização dos direitos das minorias.

4.1 A teoria do fato indígena à luz da Constituição Federal de 1988

Como visto, a teoria do fato indígena surgiu no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, pela concatenação dos votos dos Ministros Ayres Britto, relator da ação à época, e Menezes Direito. O relator, primeiramente, propôs um marco temporal, qual seja, a data de vigência da Constituição de 1988, como elemento objetivo para reconhecer a ocupação como indígena, o que advém, segundo ele, do próprio tempo do vocábulo "ocupam", no presente, inscrito no *caput* do art.231. Na verdade, esse marco temporal foi acolhido pelo relator, vez que já havia sido ventilado no processo administrativo de demarcação da TI RSS pelo Estado de Roraima e pelo Município de Normandia.

Em seu voto-vista, o Ministro Menezes Direito aduziu que a presença constante dos índios em determinado espaço é um fato a ser verificado, um “fato indígena”. Tal presença é qualificada pela cultura e pelo *modus vivendi*, o que remete ao segundo marco proposto pelo relator, o da tradicionalidade da ocupação, indissociável do marco temporal para fins de configuração do fato indígena. Assim, a ocupação segundo os usos, costumes e tradições de uma dada comunidade, com perdurabilidade coincidente com a data de promulgação da Constituição, autoriza o reconhecimento do direito à terra e o processamento da sua demarcação.

Dos autores citados no voto de Menezes Direito, destaca-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior (BRASIL. STF, 2009, p.380-381). O autor afirma que o indigenato explica o caráter originário dos direitos sobre as terras, mas tais direitos vão muito além dele. O indigenato relaciona-se, assim, à posse, ao usufruto, mas não ao objeto do direito em si, ou seja, às terras tradicionalmente ocupadas, à sua extensão e limites. Esse objeto é passível de comprovação e está definido no §1º do art.231 da CF/88 – as habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p.692-693).

Todos os quatro elementos abrangidos pelo conceito de terras tradicionalmente ocupadas estão ligados à noção de *habitat* - no sentido de integração natural do índio à terra - e à data de promulgação da Constituição, segundo Ferraz Júnior. As terras habitadas em caráter permanente referem-se à localidade definida em que a comunidade vive, de modo não ocasional, no momento de promulgação da Constituição. As terras utilizadas para as atividades produtivas igualmente se reportam à data de promulgação da Constituição, vez que o vocábulo “utilizadas” remete ao presente. As terras habitadas em caráter permanente e as utilizadas para as atividades produtivas são também imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem estar dos índios, na data de promulgação da Constituição. Por fim, quanto às terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios, este elemento também deve ser interpretado junto com os anteriores, ou seja, as terras necessárias a tal reprodução são as habitadas em caráter permanente, as utilizadas para atividades produtivas e as imprescindíveis à preservação de recursos ambientais (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p.693-694).

Baseado no exposto, Menezes Direito propôs a superação da teoria do indigenato e a adoção da teoria do fato indígena.

A exceção à teoria do fato indígena seria o renitente esbulho, ou seja, o conflito que, mesmo iniciado no passado, persiste até o marco temporal (05/10/1988), de maneira fática ou judicializada, conforme elucidado no ARE 803462.

Contudo, algumas críticas devem ser tecidas à teoria do fato indígena, conforme aprofundado a seguir.

4.1.1 A ausência de menção expressa ao marco temporal no texto da Constituição de 1988

No texto constitucional, especificamente no art.231, não há menção a qualquer data condicionante da ocupação indígena para fins de demarcação. O marco temporal advém exclusivamente do entendimento de alguns doutrinadores, mormente Tércio Sampaio Ferraz Júnior, albergado em sede jurisprudencial pelo STF. Para a Corte, o tempo do vocábulo "ocupam" inscrito no *caput* do art.231, no presente, revela a intenção do constituinte de estabelecer um marco temporal de sua aplicabilidade, contudo, o tempo do vocábulo indica, na verdade, a existência contemporânea dos povos indígenas quando da promulgação da Carta Magna (SILVA; SOUZA FILHO, 2016, p.79).

Ainda quanto à demarcação, verifica-se que resta definido no art.67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o seguinte: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. Assim, ao estabelecer tal lapso de cinco anos, o constituinte originário dispôs sobre o fator tempo de forma expressa, não tendo adotado a mesma técnica quando da redação do art.231, o que gera a conclusão de que não o fez por não ser a finalidade impor essa limitação temporal ao ato de demarcação.

Poder-se-ia argumentar que a interpretação conjunta dos arts.231 e 67 do ADCT reforçaria o marco temporal. Contudo não prospera tal raciocínio porque os respectivos comandos orientam o Estado a identificar as terras indígenas que já existiam e a demarcá-las no prazo de cinco anos para resolver as disputas territoriais que, à época da promulgação da Constituição, já eram bastante acirradas. Partir do pressuposto de que o objetivo de tais dispositivos é represar o direito territorial no tempo, como se ele não pudesse ser exercido pós-1988, mesmo onde há ocupação tradicional, é admitir o tratamento desigual de comunidades indígenas– as que atendem ao marco temporal e as que não atendem – merecedoras da mesma proteção constitucional. Desta forma,

[...] não se realizou apenas uma interpretação esclarecedora do texto constitucional, encerrou-se, sim, qualquer possibilidade de a norma constitucional se desenvolver junto com a sociedade múltipla e plural (NÓBREGA, 2011, p.274).

Como alternativa ao não atendimento ao marco temporal, no Relatório da CPI da FUNAI e do INCRA consta a seguinte solução:

Por outro lado, não sendo reconhecida a terra como de ocupação tradicional indígena, mas necessitada a comunidade indígena de espaço suficiente para a sadia reprodução cultural e física, com o devido bem estar, considerando seus meios de vida para a sua sobrevivência, deve-se buscar a possibilidade de desapropriação de áreas para tanto, que serão incorporadas ao patrimônio da União. Assim, se a área se encontrava tradicionalmente ocupada em 05 de outubro de 1988, será devidamente demarcada e protegida. Caso contrário, o caminho será a desapropriação, mediante

prévia e justa indenização, é claro, seguindo-se o previsto no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (BRASIL, 2017, p.3052).

Contudo, ainda que a União garanta o direito à terra em outro local, como sugere a CPI, essa medida não é a mais adequada, vez que deve-se privilegiar a relação da comunidade com aquela terra inicialmente reivindicada, pois esse é o mandamento constitucional, qual seja, a garantia da permanência na terra tradicionalmente ocupada, segundo os usos, costumes e tradições dos indígenas. Trata-se do princípio da irremovibilidade dos povos indígenas de suas terras, consagrado em todo o art.231, em especial nos seus parágrafos 2º e 5º. Como explicam Silva e Souza Filho (2016, p.75):

E quanto à insistência de remover os povos indígenas de suas terras, se referindo à ocupação de outra área que, segundo julga o deputado, “mais adequada a seus desígnios”, mister se faz recordar o princípio da irremovibilidade dos povos indígenas de suas terras, princípio consagrado no próprio art. 231 da Constituição. Este princípio possui amparo na noção de que o vínculo que o povo indígena tem com sua terra ancestral é insubstituível, e a sua existência enquanto povo depende da garantia de sua posse permanente e do usufruto exclusivo dos recursos naturais necessários à sua subsistência física e cultural.

José Afonso da Silva também se opõe ao marco temporal, alegando que:

Se são “reconhecidos... os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é porque já existiam antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: “são conferidos, etc”, então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos (SILVA, 2016, p.8).

Ademais, ainda que seja possível aferir um marco temporal, ele seria 30 de julho de 1611, data da Carta Régia, promulgada por Felipe III, na qual houve o reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras e, em sede constitucional, 16 de julho de 1934, data da promulgação da Constituição de 1934, primeira Constituição Brasileira a consagrar, em seu art.129, o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, consagração replicada nas Constituições seguintes, até a de 1988 (SILVA, 2016, p.9-10). Assim:

A Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional, que deu essa proteção continuamente (SILVA, 2016, p.10).

Conclui o autor, portanto, que a fixação do marco temporal pelo STF configura uma arbitrariedade, cujo objetivo é acabar com as disputas sobre as terras indígenas,

ocasionando, ao invés do combate à usurpação dessas terras por terceiros, a cassação dos direitos dos índios sobre as mesmas (SILVA, 2016, p.10-11).

Interessante notar, por fim, que na jurisprudência da Corte IDH não há qualquer menção a marco temporal para a asseguaração do direito à terra, tal como adotado pelo STF. Como visto no Capítulo 2, o direito territorial indígena no sistema interamericano é assegurado com base no art.21 da Convenção Americana e no artigo XXIII da Declaração Americana, normas que tratam de propriedade privada, mas que têm sido interpretadas para garantir o acesso à terra e aos recursos naturais aos povos indígenas. Não se está sugerindo com isso que o Brasil deve seguir categoricamente o sistema interamericano, mas que ele funciona como um parâmetro para a interpretação dos direitos indígenas, não simplesmente porque o Brasil obrigou-se àquela jurisdição, mas porque, em sua jurisprudência, a Corte reúne a análise das legislações domésticas de diversos países que, assim como o Brasil, abrigam comunidades tradicionais indígenas, consistindo, portanto, em importante fonte de Direito Comparado. Ademais, como frisado no Capítulo 2, existem iniciativas do próprio Estado Brasileiro no sentido de fortalecer a jurisprudência da Corte IDH aqui, a exemplo de convênios firmados com o Ministério da Justiça.

4.1.2 O histórico de esbulho das terras indígenas no Brasil versus o conceito de renitente esbulho firmado pelo STF

No Capítulo 3 foi sobejamente demonstrado, por meio dos dados colhidos pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), que o Estado Brasileiro praticou o esbulho das terras indígenas, de forma sistemática, no decorrer da política integracionista. Esse processo ocorreu em pelo menos dois períodos: o primeiro, no qual a União favoreceu o esbulho efetuado por poderes locais e pela iniciativa privada, além de deixar de fiscalizar a corrupção em sua estrutura funcional – caracterizado, portanto, pela omissão; e o segundo, iniciado com a aprovação do AI-5, desta vez com destaque para a ação direta da União na liberação de terras indígenas para o desenvolvimento de projetos grandiosos como o Plano de Integração Nacional.

No Relatório da CNV consta remissão ao famoso Relatório Figueiredo, produzido na década de 1960, em que são noticiadas diversas formas de esbulho: ação violenta de fazendeiros, disseminação de epidemias e arrendamento e distribuição de terras pelo SPI. A CNV cita ainda como meio bastante comum de esbulho a produção de vazios demográficos através da separação de famílias e/ou subgrupos, de transferências compulsórias para áreas

habitadas por povos inimigos, de casamentos forçados com povos inimigos, do sequestro de crianças e de prisões – vale lembrar que durante a ditadura militar foram criados inclusive presídios para indígenas.

O histórico de esbulho sofrido pelas populações indígenas conflita diretamente com a noção de renitente esbulho criada pelo STF, vez que exigir delas a sustentação de um conflito fático até a data da promulgação da CF/1988 é inócuo, pois muitas delas foram violentamente expulsas de seus territórios sem a menor possibilidade de resistência. Além disso, algumas formas de resistência, como as retomadas, nem sempre são reconhecidas pelo Poder Judiciário. Por conseguinte, na prática, os conflitos entre índios e não índios acabam se perpetuando, pois, como explica o Ministério Público Federal,

[...] o marco temporal, da forma como é defendido, estimula que índios se mantenham fisicamente em conflito com fazendeiros. Considerando o contexto brasileiro, em que tantas comunidades já foram dizimadas, é difícil crer que o próprio Estado sugira a permanência de confrontos violentos, ao invés de assumir o seu papel de principal responsável em demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas (BRASIL. MPF, 2018, p.10).

Quanto à judicialização do conflito, cumpre lembrar que os índios eram fortemente reprimidos pelo regime tutelar, sendo apenas com a redemocratização do país e com a ascensão de uma nova ordem constitucional que eles foram inseridos em um contexto mais favorável à sua sobrevivência e lograram uma proteção mais efetiva de seus direitos, podendo inclusive ingressar em juízo para defendê-los, como preceitua o art.232 da CF/88. Antes da Constituição de 1988, portanto, era praticamente inviável que os índios ou suas comunidades levassem diretamente suas demandas possessórias ao Poder Judiciário.

José Afonso da Silva acrescenta ainda que há impropriedade do STF ao associar o esbulho, um instituto do direito civil, às terras indígenas, que são possuídas com base no indigenato, um instituto de direito constitucional. Segundo ele, as regras civilistas são consideradas apenas parcialmente, ignorando-se, por exemplo, regras benéficas aos índios como o art.1200, que reputa justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária, e o art.1201, que caracteriza a posse como sendo de boa fé quando o possuidor ignora o vício que impede a aquisição da coisa, ambos do Código Civil. Se aplicados, tais dispositivos reforçariam os direitos indígenas, vez que geralmente a ocupação de terras indígenas por terceiros dá-se de forma violenta e clandestina e que há por parte dos posseiros o conhecimento de tratar-se de terra indígena, inviabilizando, por conseguinte, a qualificação da posse como justa e/ou de boa fé (SILVA, 2016, p.12-13).

O autor destaca ainda três desvios metodológicos, ocasionados pela adoção da concepção civilista de posse, que acabam distorcendo o sentido da Constituição. O primeiro é o desvio do foco dos direitos constitucionais, esperando-se que os índios ajam conforme uma lógica alheia àquela que estão habituados, a da judicialização, desconsiderando o contexto em que vivem. Como explicado por ele,

[...] as regras da Constituição sobre os direitos indígenas têm a natureza de direito protetivo de minorias e, portanto, devem ser compreendidas na conformidade do contexto de vivência dessa minoria. “A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico, por isso, sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse contexto veicula – também se submete às relações de contexto”⁵⁴. Ora, o contexto da vivência confere às normas jurídicas destinadas à proteção indígena um sentido compatível com essa vivência. É isso que se extrai do enunciado do art.231 da Constituição, quando reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições juntamente com o reconhecimento de seus direitos originários sobre as terras ocupadas por eles e suas comunidades (SILVA, 2016, p.17-18).

O segundo consiste no fato de que o conflito de direito civil tem um cunho individualista, de disputa sobre a posse de um bem, enquanto os índios já são primariamente titulares da posse do bem eventualmente disputado e os direitos territoriais indígenas são de natureza comunitária. O terceiro e último desvio metodológico diz respeito à incompatibilidade entre o conceito de renitente esbulho e o §4º, art.231 da CF/88, que prevê a imprescritibilidade dos direitos sobre as terras indígenas, vez que os direitos das comunidades esbulhadas resistem ao tempo e tal fato foi desprezado pelo STF (SILVA, 2016, p.17-18).

Todas essas críticas opostas à teoria do fato indígena não são isoladas. Muitas vezes têm se insurgido contra a referida teoria, os movimentos indígena e indigenista, estudiosos, antropólogos, ONG's, dentre outros. A mobilização social contrária ao fato indígena - a exemplo das campanhas “Demarcação Já” e a “Nossa história não começa em 1988”, organizadas pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) - tem se intensificado em virtude de a tese estar sendo constantemente debatida pelos tribunais. Inclusive, recentemente, criou-se a expectativa de que o STF empreendesse uma revisão do fato indígena e do marco temporal quando do julgamento da Ação Cível Originária nº 469, proposta pela FUNAI com o intuito de anular os atos jurídicos que resultaram na extinção do Toldo Indígena Ventarra, bem como os títulos de propriedade concedidos pelo Estado do Rio Grande do Sul na referida área, ocupada tradicionalmente pela etnia Kaingang. Contudo, o processo foi extinto sem resolução de mérito em dezembro do ano passado por perda

⁵⁴ Apesar de o autor não registrar a referência do texto citado entre aspas, tal trecho foi extraído da seguinte obra, também de sua autoria: SILVA, José Afonso da. *Interpretação da Constituição e democracia*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 34, nov. 2005.

superveniente do objeto, vez que no curso da ação a área indígena havia sido devidamente demarcada e homologada e que o Estado do Rio Grande do Sul havia reconhecido a sua responsabilidade pela emissão irregular dos títulos de propriedade e tomado providências de reassentamento e de indenização dos ocupantes não índios (BRASIL. STF, 2017c, p.1-2).

Toda essa mobilização questionando o fato indígena é a vivificação da tese de Peter Häberle de que todos, órgãos estatais, potências públicas⁵⁵, cidadãos e grupos, participam do processo de interpretação da Constituição (HÄBERLE, 1997, p.13). Häberle propõe que a interpretação constitucional passe a ser mais plural e democrática, à semelhança do meio social, marcado pela diversidade, argumentando o seguinte:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmäßige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE, 1997, p.13).

Longe de ser um monopólio estatal, a interpretação é matéria afeita a toda sociedade. Assim, para Häberle, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 1997, p.15). Indiretamente ou a longo prazo, manifestando sua opinião, seu ponto de vista, protestando. Diretamente, participando e/ou intervindo na jurisdição constitucional por meio de recursos e ferramentas democráticas criadas para tanto⁵⁶.

A ampliação do círculo de intérpretes da Constituição é uma tentativa de integrar a realidade social na interpretação (HÄBERLE, 1997, p.30), ponto no qual Häberle aproxima-se de Hesse. Ademais, o reconhecimento de diversos intérpretes defendido por Häberle

⁵⁵ Häberle (1997, p.20-23) emprega essa expressão “potências públicas” para designar, por exemplo, o sistema público em geral (os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), a opinião pública e a mídia.

⁵⁶ Um exemplo de ferramenta democrática de participação na jurisdição constitucional é o instituto do *amicus curiae* previsto nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, as quais versam sobre o processamento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o STF. O instituto do *amicus curiae* (“amigo da corte” ou “amigo do tribunal”) viabiliza a atuação de órgãos e de entidades, que não são partes, nos processos de controle concentrado de constitucionalidade em tramitação no STF, a fim de que os seus conhecimentos e/ou experiência envolvendo a matéria eventualmente discutida possam trazer elementos informativos essenciais ao deslinde da questão constitucional pelos julgadores (SILVEIRA; ALMEIDA; FREITAS, 2016, p.223-224). É comum, por exemplo, a atuação de ONG’s e associações como *amici curiae*.

complementa a ideia de Hesse de que a manutenção da força normativa da Constituição é missão de todos (HESSE, 1991, p.32).

Desta forma, importante que toda a sociedade fique atenta à aplicação do fato indígena, principalmente os índios, atuando como força produtiva pulsante da interpretação constitucional.

Feitos esses apontamentos sobre a teoria do fato indígena, dá-se prosseguimento à investigação do sentido do direito territorial na Constituição de 1988 com a análise das teorias do indigenato e da territorialização.

4.2 As teorias do indigenato e da territorialização à luz da Constituição Federal de 1988

Optou-se por tratar ambas as teorias de forma conjunta porque se defende na presente pesquisa que elas são complementares. Explica-se.

O indigenato é um título congênito e primário, que independe de legitimação, pelo qual os índios são considerados possuidores legítimos de suas terras. Ele encontra raízes em autores como Aristóteles, Proudhon, Frei Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas. Segundo Mendes Júnior, foi mencionado pela primeira vez como fonte jurídica da posse territorial indígena no Brasil no Alvará de 1º de abril de 1680, quando, ao disciplinar a posse das fazendas dos "descidos do sertão" e a destinação de terras para cultivo aos que descessem, afirmava-se que os índios eram primários e naturais senhores de tais terras (MENDES JUNIOR, 1912, p.34-35). Posteriormente, foi largamente previsto na legislação brasileira e, no plano constitucional, encontra-se albergado desde a Constituição de 1934.

Na Constituição Federal de 1988, o indigenato pode ser extraído do art.231, quando são garantidos aos índios os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Os direitos originários, como visto, remontam aos índios como primeiros senhores das terras e são anteriores ao próprio Estado, que apenas tratou de reconhecê-los. O instituto foi comumente apontado como o fundamento do direito territorial indígena, contudo, com o julgamento do caso Raposa Serra do Sol e a formulação da teoria do fato indígena, que o confronto diretamente, muito se tem discutido acerca dos fundamentos do direito à terra.

Daniel Pinheiro Viegas, em contraposição ao fato indígena, propôs a teoria da territorialização. O antropólogo João Pacheco de Oliveira conceitua territorialização como a fixação de uma sociedade em uma base territorial, provocando a sua reorganização, que abrange: a criação de uma nova unidade sociocultural lastreada em uma identidade étnica diferenciadora, a instituição de mecanismos políticos especializados, a redefinição do controle

social sobre os recursos ambientais e a reelaboração da cultura e da relação com o passado (OLIVEIRA, 2016, p.203).

O referido antropólogo desenvolveu esse conceito a partir da trajetória dos índios no Nordeste, que vivenciaram alguns processos de territorialização, os quais explicam a sua configuração atual enquanto povos, ou seja, ajudam a compreender o fenômeno da etnogênese, consubstanciada tanto no surgimento de novas identidades, quanto na reelaboração cultural de etnias já existentes (OLIVEIRA, 2016, p.201).

Transpondo esse conceito antropológico de territorialização para o universo jurídico, Viegas sustenta que é possível tornar terra indígena áreas que, mesmo desvinculadas da ancestralidade da posse ou da relação de pertença com o local, sejam, como dispõe o §1º do art.231, utilizadas para as atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade e necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (VIEGAS, 2015, p.174). A territorialização seria, assim, um instituto constitucional.

Nesse ponto Viegas (2015, p.174) discorda de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pois este último, como visto no tópico 4.1 retro, acredita que o art.231, §1º da CF apresenta elementos simultâneos de caracterização de uma terra como indígena.

Para Viegas, o indigenato é limitado, pois resta fundamentado somente na ancestralidade da posse indígena, enquanto a Constituição, em sentido diametralmente oposto, reconheceu o direito territorial com a finalidade de assegurar aos índios uma vida de acordo com as suas especificidades, tornando-o, portanto, mais abrangente, vez que, ainda que não estejam presentes a ancestralidade e/ou a relação de pertença com o local, as terras poderão ser consideradas indígenas por escolha constituinte, desde que, com esteio no §1º do art.231, sejam essenciais para viabilizar o direito de existir dessas coletividades (VIEGAS, 2015, p.174).

Data venia, a teoria da territorialização é, na verdade, uma atualização do indigenato, pois embora baseado inicialmente na ancestralidade da posse, o indigenato foi sendo ressignificado ao longo do tempo, em virtude dos processos históricos vivenciados pelos povos indígenas brasileiros. Ora, muito além de o indigenato propiciar a proteção de direitos ancestrais, ele viabiliza a tutela dos direitos específicos, destinados a sujeitos de direito diferenciados, historicamente espoliados, e que, por isso mesmo, merecem um tratamento constitucional adequado às suas peculiaridades. Assim, o indigenato relaciona-se com a ancestralidade, mas a ela não se limita; ao revés, considera e abrange em seus contornos a etnogênese em todas as suas acepções. É essa conjugação entre os dois institutos

que confere uma proteção ampla aos índios, valorizando o seu passado e garantindo-lhes um futuro. Como explicam Silva e Souza Filho (2016, p.61):

O reconhecimento do direito originário deve ser feito com base no direito à memória, à verdade e à reparação, por meio dos depoimentos dos velhos, anciãos, rezadores, xamãs e sábios das aldeias. Alguns quase centenários ainda vivos são testemunhas de massacres ocorridos e da expulsão de suas comunidades da terra. O contrário disso é o discurso anti-índigena, inconcebível, de contrapor o direito originário à impossibilidade de desapropriar todo o território nacional ou afetar grandes cidades como São Paulo ou Rio de Janeiro. O direito originário a terras não significa restaurar um passado já irreal, mas garantir um futuro possível.

Indigenato e territorialização são institutos complementares, os quais, no entendimento aqui esposado, devem prevalecer em detrimento do fato indígena, tese inconstitucional em virtude da falta de previsão, expressa e/ou implícita, na Constituição Federal de 1988 e que tem, na prática, obstaculizado a efetividade do direito à terra e, por conseguinte, do direito à diferença, pois, como visto no Capítulo 2, não há como preservar a identidade sem garantir a terra.

4.3 O fato indígena e o futuro das minorias no Brasil

Muito se tem usado, no presente trabalho, a expressão “minorias”, sendo necessário explicitar o conceito aqui adotado.

O termo “minorias”, utilizado no âmbito internacional desde o séc.XVII, inicialmente designava grupos que quantitativamente eram minorias em relação à população nacional, como também se referia àqueles que se diferenciavam culturalmente da mesma, sendo de fácil identificação. Assim, nesse contexto, eram minorias os grupos religiosos e as etnias e comunidades com diferentes línguas e dialetos. Nesse conceito, porém, não estavam incluídos refugiados e imigrantes, categorias à parte, para as quais as Nações Unidas haviam desenvolvido políticas protecionistas próprias (FREITAS, 2017, p.15-16). Sobre esse conceito tradicional, explica Freitas (2017, p.16):

Por isso é que no Direito Internacional, o conceito de minorias mais tradicional foi menos ambivalente por estar relacionado apenas a características comunitárias mais facilmente identificáveis, e dentro de critérios mais objetivos, cujas demandas baseavam-se em proteção de direitos civis e políticos, para os quais, não havia uma necessidade maior de intervenção do Estado, a não ser para a sua proteção e preservação.

A Subcomissão das Nações Unidas para Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, de 1955, propôs uma definição de minorias baseada praticamente em três

critérios, quais sejam: I – grupo não dominante que possui e deseja preservar sua etnia, tradições religiosas ou linguísticas; II – deve representar um número de pessoas suficiente na preservação das suas tradições e características; III – deve ser fiel ao Estado onde vincula sua nacionalidade (FREITAS, 2017, p.16).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, ambos das Nações Unidas, também aludem às minorias num sentido quantitativo. Por sua vez, Francesco Capotorti, então Relator Especial da referida Subcomissão, definiu, em 1977, minoria como um grupo numericamente inferior, que está em situação não dominante no âmbito de um determinado Estado e que possui etnia e/ou características religiosas e linguísticas diferenciadas do restante da população. Esse grupo, composto por nacionais daquele Estado, demonstra um senso de solidariedade direcionado à preservação de sua cultura, tradições, religião ou linguagem (CAPOTORTI, 1977 apud ONU, 2010, p.2).

Muito embora no âmbito internacional ainda esteja muito presente essa noção tradicional de minoria, esse pensamento começa a mudar a partir do final do século passado, principalmente na América Latina, onde algumas Constituições referem-se a minorias num contexto das relações de poder, designando aqueles grupos sub-representados politicamente em função de sua identidade e/ou cultura diferenciadas, aos quais, por isso mesmo, é destinado um tratamento jurídico especial. Assim, a palavra minoria ganhou uma conotação mais abrangente e inclusiva, albergando grupos excluídos do conceito comumente difundido (FREITAS, 2017, p.17-18).

A mudança de conceito possibilitou o surgimento de políticas de integração⁵⁷ para as minorias, basta ver as disposições da Constituição Brasileira de 1988, que tem políticas para indígenas e quilombolas, e as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que inauguraram estados plurinacionais nos quais a cultura indígena ganha relevo, apenas para citar alguns exemplos da América Latina.

Desta forma, minoria, no sentido empregado nessa dissertação, refere-se à sua acepção mais contemporânea, relacionando-se com o aspecto político. Nessa parte do capítulo será abordada a repercussão da jurisprudência do STF sobre o fato indígena na concretização dos direitos das minorias. Para tanto, primeiramente explicar-se-á brevemente como

⁵⁷ Como explicado no Capítulo 2, as políticas de integração nos dias atuais são consideradas formas de combate à discriminação e à exclusão social de grupos minoritários, incorporadas em muitas Constituições da América Latina (FREITAS, 2017, p.19-20). Assim, nesse sentido, integração não tem nenhuma relação com assimilacionismo.

funcionam os precedentes judiciais, a fim de compreender melhor a sua função jurídica. Então, em seguida, será apresentada a repercussão do fato indígena nos direitos dos quilombolas.

4.3.1 Uma breve teoria dos precedentes judiciais

Já foi citado no Capítulo 2 que a decisão do caso Raposa Serra do Sol, apesar de não ter força vinculante, “ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País” (BRASIL.STF, 2013, p.2). Assim, faz-se necessário compreender melhor como essa decisão funciona na prática.

A decisão de mérito no caso Raposa Serra do Sol é tido como um precedente judicial quando o assunto é o ato de demarcação de terras indígenas. Juraci Mourão Lopes Filho define precedente da seguinte forma:

Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*⁵⁸, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais (LOPES FILHO, 2014, p.281-282).

A partir do supracitado conceito, é possível extrair-se algumas conclusões sobre o precedente. A primeira delas é que, sendo uma resposta de um caso, o precedente é fruto de perguntas. Para o autor, a interpretação é um jogo de perguntas e respostas, por meio do qual o intérprete – no caso do precedente, geralmente o magistrado- vai construindo a decisão por meio da aplicação ao caso concreto de uma disposição legislativa ou constitucional (LOPES FILHO, 2014, p.282-283).

Outra conclusão é a de que a decisão só constitui um precedente quando representa um ganho de sentido ou ganho hermenêutico, consistente: na obtenção de novos sentidos; na escolha de um sentido específico em detrimento de outros; ou no avanço sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. Esse ganho hermenêutico é da própria natureza do precedente, pois ele nasce para enriquecer o sistema jurídico de sentido, podendo ser utilizado, por isso mesmo, no futuro para a compreensão do Direito (LOPES FILHO, 2014, p.281-282).

⁵⁸ A noção de *applicatio* adotada pelo autor vem de Gadamer e significa que interpretação e aplicação da norma são atividades que se confundem, ou seja, interpreta-se aplicando-se (LOPES FILHO, 2014, p.265).

Cumpra esclarecer que o precedente como ganho hermenêutico serve para abrir o sistema jurídico a novas possibilidades e não para torná-lo fechado, funcionando como um paradigma coercitivo para os intérpretes posteriores. Longe disso, como explica Lopes Filho (2014, p.438):

Ao ser inserido no sistema, o precedente passa a ser moldado, trabalhado, erigido e reestruturado por seus vários operadores. Por essa razão, os critérios para uso ou não uso de um julgado não obedece exclusivamente a concepções formais pré-fixadas, ainda que prescritas por lei ou pela Constituição.

E acrescenta:

É necessário aferir os vários elementos que tornam um precedente mais ou menos relevante para o caso posterior, o que, além de elementos meramente formais, demanda uma análise de sua justificação e coerência ampla com outras fontes produtoras de sentido jurídico, afinal, o Direito não é apenas aquilo que os tribunais dizem o que ele é; nem os tribunais superiores nem o Supremo Tribunal Federal podem ser considerados ilhas cognitivas e de sentido, estão inseridos em uma rede sistêmica mais ampla (LOPES FILHO, 2014, p.438).

Uma terceira conclusão decorrente do conceito inicialmente apresentado é a de que o precedente ocasiona uma economia argumentativa. Significa dizer que o precedente proporciona aos julgados posteriores um ponto de partida, evitando-se o dispêndio de tempo com questões já anteriormente por ele solucionadas (LOPES FILHO, 2014, p.440).

Assim, o precedente ao ingressar em um sistema jurídico vem para aprimorá-lo e não para servir de óbice ao seu desenvolvimento. Pelo contrário, ele fomenta a exploração dos sentidos dos textos normativos, bem como põe à prova os sentidos já obtidos. Um precedente não é uma verdade inexorável, é um pronunciamento judicial passível de teste, uma matéria-prima que precisa ser lapidada e confrontada constantemente com a realidade na qual está inserida. É o que se está fazendo no presente trabalho, analisando-se o precedente que resultou na teoria do fato indígena.

Aliás, tal precedente tem sido reproduzido acriticamente por muitos juízes singulares e tribunais, até mesmo porque, como afirmou o relator da ação, Ministro Ayres Britto, o marco temporal funciona como “uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena” (BRASIL. STF, 2009, p.721). Ou seja, o precedente foi criado justamente para que fosse utilizado como um limitador do direito à terra, visando uma aplicação futura, como é o caso do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, por exemplo.

O RMS 29.087 teve por objeto controvérsia envolvendo a terra indígena Guyraroká, da etnia Guarani-Kaiowá, no Estado de Mato Grosso do Sul. Ao final, foi dado

provimento ao recurso, declarando-se a nulidade do processo administrativo de demarcação da referida TI. O STF baseou-se no laudo da FUNAI, o qual indicava que há mais de setenta anos não existia comunidade indígena na área contestada, e reafirmou, na oportunidade, a observância das condicionantes e do marco temporal estabelecidos na Pet 3388 (Raposa Serra do Sol). Até aí nenhuma novidade, pois era o que se esperava da Corte. Contudo, merece destaque a discussão travada entre os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes acerca da concessão da segurança.

Lewandowski, então relator do caso, manifestou-se contrário ao deferimento do pleito, alegando que não havia prova suficiente que sustentasse a nulidade da demarcação e que a via do mandado de segurança, por exigir prova pré-constituída, não era a adequada para a produção e/ou revisão de provas, como já decidido pelo Supremo no RMS 24.531/DF, no MS 25.483/DF e no RMS 22.913/AM, dentre outros (BRASIL.STF, 2014a, p.7-16).

Após o voto do relator, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Opondo-se a Lewandowski, Mendes entendeu que era possível sim analisar, em recurso ordinário, o atendimento dos requisitos do procedimento demarcatório. Por conseguinte, respaldando-se no laudo da FUNAI, que registrava a expulsão dos índios da área por pressão dos fazendeiros e, portanto, a sua inexistência na terra no marco temporal de 05 de outubro de 1988, manifestou-se favorável ao provimento do recurso. Para ele, o fato de os índios permanecerem no local trabalhando nas fazendas, cultivando os costumes de seus ancestrais e mantendo laços com a terra não era suficiente para legitimar a demarcação, como havia decidido anteriormente o Superior Tribunal de Justiça – STJ (BRASIL.STF, 2014a, p.21-27).

Quando em plenário, Lewandowski levantou a questão da expulsão dos índios por fazendeiros, o que chamou de “novo genocídio” (BRASIL.STF, 2014a, p.30), enquanto Gilmar Mendes demonstrou preocupação com a demarcação de terras altamente produtivas (BRASIL.STF, 2014a, p.32). Segue um trecho da discussão:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. O acórdão está calcado no laudo da FUNAI, e o laudo da FUNAI diz que há mais de 70 anos não havia famílias indígenas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Mas são terras tradicionais, a Constituição assim o diz.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Terra tradicional é Copacabana, terra tradicional é Guarulhos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Bem, mas Copacabana não chamou a atenção da ONU, e Mato Grosso do Sul chamou, interessante isso, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agora, a ONU é o argumento para o quê?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não, Copacabana é o argumento para o quê?

(...)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A solução jurídica está na desapropriação, segundo os parâmetros. Agora, os dados que estão no acórdão são claramente dados de que não havia posse indígena há mais de 70 anos, e para isso o próprio acórdão do STJ diz que alguns índios continuaram, com base no laudo da FUNAI, a prestar serviço como peões.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Mas, o agronegócio quer isso mesmo: expulsa os índios e depois os contrata como boias-frias. É assim que está acontecendo no Brasil todo.

(...)

(BRASIL.STF, 2014a, p.33-34).

O entendimento do Ministro Gilmar Mendes prevaleceu e pouco tempo depois, no julgamento do ARE 803462 (caso da TI Limão Verde, citado no Capítulo 2), que versava sobre a ocupação dos índios Terena, também em Mato Grosso do Sul, o STF limitou o direito à terra ainda mais ao elucidar o conceito de renitente esbulho. É que, à semelhança da terra indígena Guyraroká, da etnia Guarani-Kaiowá, a ocupação não foi considerada tradicional pelo STF, muito embora tenham os índios permanecido nas imediações da Fazenda Santa Bárbara - como passou a ser denominada a região - e preservado o seu modo de vida, com a prática da caça e da coleta e a utilização dos recursos naturais da região. Assim, foi aplicado o marco temporal e desconsiderado o esbulho sofrido pelos Terena, apesar de eles terem formalizado algumas reclamações junto ao antigo SPI e à FUNAI.

Ademais, as duas situações acima narradas configuram processos espontâneos de retomada - conceito visto no capítulo anterior - constituindo-se estratégias dos índios para permanecerem ligados aos seus territórios tradicionais, cultivando-os, extraindo os seus recursos, praticando a caça e a pesca, utilizando-os para os seus rituais sagrados ou até mesmo trabalhando para os não índios, se assim for necessário. Contudo é rara a compreensão desses processos de retomada como formas legítimas de ocupação pelos órgãos do Poder Judiciário, mormente quando as demandas chegam ao STF, para o qual a fórmula do marco temporal resolve toda e qualquer questão.

Destarte, essa reprodução acrítica do precedente distorce a sua função primordial de explorar as potencialidades do Direito. Com efeito, tratar o precedente como uma norma geral e abstrata, aplicável por subsunção a inúmeras situações sem uma análise mais acurada do caso concreto é uma mácula da tradição jurídica brasileira que acaba reduzindo a sua importância. Para Lopes Filho (2014, p.435), a solução para o problema seria a seguinte:

[...] o precedente deve ser tomado por uma perspectiva hermenêutica que submeta sua apreensão e uso posterior a um cotejo sistêmico mais amplo com vários elementos. Isso evita reduções simplificadoras que, sob pretexto de garantir uma

impossível segurança como previsibilidade, tornam o Direito judicial autoritário e de cúpula.

As questões fundiárias sempre geram polêmica no Brasil, pois a terra é um fator de produção de riquezas muito cobiçado. Quando se trata de terras indígenas a situação não é diferente, verificando-se uma disputa muito desigual, tanto em termos fáticos quanto jurídicos. Esse quadro de desigualdade é bem nítido na construção da jurisprudência sobre a temática, que tem desprezado o histórico de esbulho sofrido pelos povos indígenas, bem como as suas dinâmicas de resistência para permanência em seus territórios tradicionais, prejudicando uma atividade hermenêutica mais condizente com a realidade.

A teoria do fato indígena foi formulada com a intenção de proporcionar segurança jurídica e pacificação social. Mas segurança jurídica para quem? Pacificação social onde? Os conflitos proliferam-se por todo o país e situações jurídicas consolidadas têm sido desfeitas, com a declaração de nulidade de demarcações. Tamanha instabilidade tem reverberado na seara internacional, gerando inclusive responsabilização para o Estado Brasileiro, a exemplo do caso dos Xucuru processado na Corte IDH, o que demonstra a necessidade premente de rever-se o sentido atribuído pelo STF ao art.231 da Constituição Federal.

4.3.2 A repercussão do fato indígena nos direitos dos quilombolas

Como adiantado em tópicos anteriores, o precedente do caso Raposa Serra do Sol transcendeu a esfera dos direitos indígenas e tem sido aplicado também aos direitos territoriais quilombolas.

O direito à terra dos quilombolas está previsto no art.68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), *in verbis*: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”. Atualmente, tal dispositivo é regulamentado pelo Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, o qual estabelece um procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação dessas terras.

O *caput* do art.2º do referido decreto traz a definição de remanescentes de quilombos:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

São os próprios sujeitos que se auto-identificam como remanescentes de quilombos (art.2º, §1º), aos quais serão destinadas as terras utilizadas para sua reprodução física, social, econômica e cultural (art.2º, §2º). O processo administrativo de demarcação dessas terras fica a cargo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e pode ser iniciado de ofício ou por requerimento de qualquer interessado (art.3º, §3º). As comunidades dos quilombos poderão participar de todas as suas fases, diretamente ou por meio de representantes por elas indicados (art.6º).

Para que o processo de demarcação inicie-se, é necessária a apresentação de uma certidão da Fundação Cultural Palmares atestando que aquela comunidade está registrada no Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos (art.6º da Instrução Normativa INCRA nº 57, de 20 de outubro de 2009). Só então o INCRA elaborará um estudo da área reivindicada e expedirá o respectivo Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), que conterà informações cartográficas, fundiárias, agrônômicas, ecológicas, geográficas, socioeconômicas, históricas, etnográficas e antropológicas, obtidas em campo e junto a instituições públicas e privadas (art.10 da IN 57/2009).

O RTID será remetido a órgãos e entidades que, por sua atuação, relacionam-se à demanda, como o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), à Fundação Cultural Palmares, dentre outros, a fim de que se manifestem sobre matérias de sua competência (art.12 da IN). Ademais, o referido relatório será disponibilizado para eventuais contestações por quaisquer interessados (arts.13 a 15 da IN). Uma vez superada a fase de contestações, o INCRA publicará uma portaria de reconhecimento que declara os limites do território quilombola (art.17 da IN). Por fim, o INCRA providenciará a desintrusão (art.22), a demarcação (art.23) e a titulação do território mediante a outorga de título coletivo à comunidade, em nome de sua associação legalmente constituída, sem nenhum ônus financeiro e com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade (art.24). Este é, em suma, o rito do processo de demarcação dos territórios quilombolas.

O Decreto nº 4.887/2003 foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239, movida pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), o qual apontava algumas inconstitucionalidades, dentre elas a desapropriação a que se refere o art.13 do Decreto, vez que não se trata de hipótese prevista no art.5º, XXIV, da CF/1988, bem como a auto-atribuição do art.2º, §1º do Decreto, pois tal critério poderia conferir o direito

assegurado no art.68 do ADCT a mais pessoas do que as que realmente o dispositivo abrangia (BRASIL. STF, 2018, p.6-10).

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, julgou improcedente a ação, declarando a validade do referido Decreto. Contudo, o que chama atenção nesse julgado é a discussão entre os ministros sobre a aplicação do marco temporal da teoria do fato indígena também às demarcações dos territórios quilombolas. Rosa Weber, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso votaram pela improcedência total da ação, ressalvando este último que, além das comunidades remanescentes presentes nas terras na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, têm direito à terra aquelas que tiverem sido vítimas de renitente esbulho. Os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que votaram pela parcial procedência da ação, também enfatizaram em seus votos a aplicação do marco temporal e da exceção do renitente esbulho. O ministro Cezar Peluso, relator do caso, foi o único a votar pela total procedência da ação (STF, 2018, *online*).

À aplicação do marco temporal às demarcações de terras quilombolas podem ser tecidas, *mutatis mutandis*, as críticas já comentadas anteriormente quando da abordagem da teoria do fato indígena, ou seja, trata-se de um marco não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, cuja incidência desconsidera todo o histórico da luta travada pela população afrodescendente. Acrescenta-se, como dito pelo Ministro Edson Fachin, que a ausência de regulamentação da matéria antes da Constituição Federal de 1988 “torna muito difícil ou até impossível a comprovação da presença dessas comunidades” (STF, 2018, *online*).

Além dessas críticas, merece destaque o argumento de Tarrega (2016, p.90) de que as categorias discutidas pelos ministros do STF - os remanescentes das comunidades dos quilombos, as terras por eles ocupadas e a ocupação tradicional - tratam-se na verdade de conceitos em construção, até mesmo porque as próprias comunidades quilombolas, como sujeitos de direito, não existiam até o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, explica a autora:

A experiência e a expectativa nos permitem deduzir apenas provisoriamente e para o tempo presente quem é esse sujeito de direito, qual o objeto desse direito e suas condições de realização. Não nos autorizam a estabelecer um marco temporal de fechamento das categorias quilombola, terras por eles ocupadas, tradicionalmente, sob pena de erro por falta de conhecimento bastante. Pode-se, hoje, apenas a partir dessas categorias formais (experiência e horizonte de expectativas), delinear condições de possibilidade de identificação do sujeito, do objeto e das condições do direito, e é isso que nos parece que o Decreto sub judice faz ao abrir possibilidades para a constituição de sujeitos (comunidades quilombolas posteriores à Constituição

Federal de 1988). [...] A experiência e a expectativa, nas circunstâncias materiais da ação em exame, definem apenas a possibilidade de conhecer um remanescente de quilombola, as suas territorialidades, ou terras que ocupou ou ocupa hoje, nas tradições apreensíveis nos limites abstratos daquela ação. Isso não pode afastar a possibilidade de se conhecer outros quilombolas amanhã, com outras territorialidades, ou ainda a possibilidade de, a partir do art. 68 da ADCT, redefinir, reconceituar e transformar as categorias contidas na expressão legal “remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras” (TARREGA, 2016, p.93-94).

Assim, a fixação de um marco temporal impossibilita o desenvolvimento de tais categorias no decurso do tempo, prejudicando a atividade hermenêutica e, sobretudo, atingindo a efetividade *per si* do direito à terra assegurado pela Constituição de 1988, como bem explica Tarrega (2016, p.98):

Em outras palavras, nem a história, nem o direito têm condição de conhecer, hoje, o conjunto de possibilidades de sentido que se esconde no texto do art. 68 do ADCT quando confrontado à realidade social, na pretensão de se resgatar a dívida histórica da escravidão. Estabelecer um marco temporal para dizer quem são os remanescentes das comunidades dos quilombos que estão ocupando suas terras hoje é agir contrariamente à Constituição Federal, pois nega a possibilidade da existência histórica dos quilombolas e, portanto, desconstrói o sujeito de direito e o seu direito constitucionalmente protegido. É injusto, pois, mata-se o direito à sua gênese, impedindo a sua formação. É também atécnico, pois contraria a teoria da história e a hermenêutica mais avançada, que reconhece a natureza constitutiva da interpretação do direito.

A aplicação do marco temporal para ambas as situações, demarcações de territórios indígenas e quilombolas, deve ser entendida num contexto mais amplo de retrocesso de direitos fundamentais das minorias, que acaba sendo reforçado também no campo judicial, para onde as disputas acabam migrando. Contudo, apesar de a teoria do fato indígena e, em particular, o marco temporal, configurar uma tese bastante privilegiada pelos juízes e tribunais, existem vozes no âmbito social e, de forma ainda tímida, no próprio Poder Judiciário, que se levantam contra esse entendimento, apresentando críticas fundamentadas de sua inconstitucionalidade e injustiça. Espera-se, assim, que a discussão sobre a legitimidade dessa tese continue sendo fomentada, possibilitando um ganho efetivo para as minorias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O emblemático caso Raposa Serra do Sol, como ficou conhecida a Petição 3388, ação popular em trâmite no Supremo Tribunal Federal cujo objeto é a demarcação da terra indígena de mesmo nome, situada no Estado de Roraima, representa um marco na interpretação dos direitos indígenas no Brasil. Em que pese o êxito da Suprema Corte ao tratar de questões complexas, que sempre são levantadas quando o assunto é demarcação, como a defesa e segurança nacionais (mormente em faixa de fronteira), a preservação ambiental, o desenvolvimento econômico, os interesses de Estados e Municípios que abrigam populações indígenas em seus territórios e a própria forma de demarcar uma terra indígena, contínua ou insular, apenas para citar algumas, a decisão proferida neste processo causou polêmica no mundo jurídico em virtude de dois pontos principais: primeiro, a propositura de condicionantes a serem observadas em todos os processos de demarcação de terras indígenas; e, segundo, a elaboração da teoria do fato indígena, que sustenta a ocupação indígena como um fato verificável no tempo, mais especificamente, na data de promulgação da Constituição Federal (5/10/1988), eleita como marco temporal legitimador do reconhecimento do direito à terra e do processamento da sua demarcação, ressalvadas as situações em que a perdurabilidade no território for impossibilitada pela prática de renitente esbulho.

A pesquisa concentrou-se no segundo ponto, tendo em vista que a teoria do fato indígena repercute no próprio fundamento do direito à terra e, por isso, relaciona-se intrinsecamente à configuração e à efetividade de tal direito. Buscou-se, assim, investigar qual o fundamento atual do direito à terra, ou seja, qual teoria, dentre as propostas, mais se coaduna ao sentido do art.231 da Constituição, proporcionando não somente a efetividade do direito à terra, mas também do direito à diferença, que é na verdade o núcleo dos direitos indígenas na contemporaneidade, tendo em vista que a terra é essencial ao exercício da identidade.

A teoria do fato indígena foi proposta em substituição ao indigenato, instituto comumente apontado como fundamento do direito originário à terra indígena, baseado na própria identidade indígena, que seria o título congênito legitimador da posse. Assim, foi necessário estudar minuciosamente ambos os fundamentos e, no curso da pesquisa, surgiu ainda a territorialização como fundamento mais recente, desenvolvido a partir dos estudos do antropólogo João Pacheco de Oliveira sobre a relação entre território e identidade étnica verificada na realidade dos índios do Nordeste.

Uma vez conhecidas todas as teorias, estas foram analisadas à luz da Constituição Federal de 1988, bem como da Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse, permitindo uma investigação concatenada com a realidade. Com efeito, além do aporte teórico da Constituição Brasileira e de Hesse, alguns fatos concretos da vida foram essenciais na compreensão dos sentidos que cada uma dessas teorias atribuía ao art.231 da Magna Carta, quais sejam: o histórico de esbulho das terras indígenas ocasionado pela ação e/ou omissão estatal, as formas de resistência ao esbulho e de luta pelo território utilizadas pelos índios e o contexto político atual do país.

Como sobejamente demonstrado no decorrer do presente trabalho, a teoria do fato indígena revelou-se inconstitucional, pois o marco temporal, cerne dessa teoria, não está previsto no texto constitucional, tampouco pode dele ser extraído. Ademais, tal parâmetro desconsidera o histórico de esbulho sofrido pelas populações indígenas, muitas das quais foram expulsas de seus territórios sem a menor possibilidade de resistência, conforme registrado no Relatório da Comissão Nacional da Verdade, por exemplo. De maneira que a exigência de manutenção de um conflito fático até a data de promulgação da Constituição de 1988 é inócua e, sobretudo, injusta.

Igualmente infundada é a exigência de judicialização do conflito para fins de comprovação do esbulho. Os índios também possuem um histórico de repressão ocasionado pelo regime tutelar, situação que tem mudado desde a redemocratização do país e do surgimento de uma nova ordem constitucional, fatos que ensejaram a sua inserção em um contexto mais favorável para lutarem pela efetividade de seus direitos, podendo inclusive ingressar em juízo para defendê-los, como preceitua o art.232 da CF/88. Antes da Constituição de 1988, portanto, era praticamente inviável que os índios ou suas comunidades levassem diretamente suas demandas possessórias ao Poder Judiciário.

Um último aspecto relevante acerca do marco temporal é que ele não encontra correspondente na jurisprudência da Corte IDH, que não faz qualquer menção a elementos temporais para a asseguaração do direito à terra, tal como adotado pelo STF. O direito territorial indígena no sistema interamericano é assegurado com base no art.21 da Convenção Americana e no artigo XXIII da Declaração Americana e considera apenas a relação especial dos povos indígenas com os seus territórios. Para a Corte IDH, as adaptações culturais experimentadas por esses povos ao longo de sua história não prejudicam a relação com a terra.

Ressalta-se que a jurisprudência do sistema interamericano é importante tanto porque o Brasil resta obrigado àquela jurisdição quanto pelo seu conteúdo, que reúne a análise

das legislações domésticas de diversos países que, assim como o Brasil, abrigam comunidades tradicionais indígenas, consistindo, portanto, em importante fonte de Direito Comparado.

Por sua vez, a teoria da territorialização consiste em uma atualização do indigenato, pois embora o instituto tenha sido inicialmente fundado na ancestralidade da posse, ele foi sendo ressignificado graças aos processos históricos vivenciados pelos povos indígenas brasileiros. Assim, pode-se afirmar que hoje o indigenato constitui-se uma ferramenta de proteção de direitos específicos, destinados a sujeitos de direito diferenciados, historicamente espoliados, os quais, por isso mesmo, merecem um tratamento constitucional adequado às suas peculiaridades. Significa dizer que o indigenato relaciona-se com a ancestralidade, mas a ela não se limita, abrangendo a etnogênese em todas as suas acepções. É essa conjugação entre os dois institutos que confere uma proteção ampla aos índios, valorizando o seu passado e garantindo-lhes um futuro. Destarte, territorialização e indigenato são complementares e compatibilizam-se com a Constituição Federal de 1988.

Além de representar uma ameaça aos direitos territoriais indígenas, o marco temporal tem trazido também instabilidade aos direitos territoriais quilombolas, tendo em vista que durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239 vários ministros do STF posicionaram-se em seus votos pela aplicação do marco temporal (e da exceção do renitente esbulho) às demarcações reguladas pelo Decreto nº 4.887/2003 – que trata do reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

A aplicação do marco temporal para ambas as situações, demarcações de territórios indígenas e quilombolas, deve ser entendida num contexto mais amplo de retrocesso no direito protetivo de minorias, que acaba sendo reforçado também no campo judicial. Contudo, apesar de a teoria do fato indígena e, em particular, o marco temporal, configurar uma tese bastante privilegiada pelos juízes e tribunais, existem iniciativas no âmbito social – oriundas dos movimentos indígena e indigenista, de estudiosos, antropólogos e ONG's - e, de forma ainda tímida, no próprio Poder Judiciário, que se contrapõem a esse entendimento, apresentando críticas contundentes de sua inconstitucionalidade e injustiça.

Toda essa mobilização questionando o fato indígena ratifica o pensamento de Peter Häberle de que todos os cidadãos e entidades são partícipes do processo de interpretação da Constituição e também, como defende Hesse, responsáveis pela manutenção da força normativa da Constituição. Aliás, o zelo pela força normativa da Constituição, pela sua concretização prática, é uma tarefa que se reveste de importância em tempos de ataque aos direitos indígenas – e aos direitos das minorias, de forma mais ampla. Desta forma,

importante que toda a sociedade fique atenta à aplicação do fato indígena, principalmente os índios, atuando como força produtiva pulsante da interpretação constitucional.

Chega-se ao desfecho do presente trabalho com a aspiração de que ele tenha contribuído para o debate da interpretação conferida ao art.231 do texto constitucional, bem como demonstrado que a teoria do indigenato continua válida e atual. Assim, deve o STF empreender uma revisão em seu entendimento a fim de que a força normativa da Constituição Federal de 1988 seja preservada e que os direitos das minorias sejam respeitados.

REFERÊNCIAS

- ANAYA, J. apud FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.
- BARBOSA, Adriel Moreira. O locus hermenêutico de Bartolomeu de Las Casas. Revista Último Andar, São Paulo, n. 26, p.59-74, 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/ultimoandar/article/viewFile/26125/18754>>. Acesso em: 3 out.2017.
- BRASIL. Advocacia Geral da União. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/596939>>. Acesso em: 10 out.2017.
- _____. Advocacia Geral da União. Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>>. Acesso em: 10 out.2017.
- _____. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Publicado em 26 de setembro de 1986. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 15 out.2017.
- _____. Anteprojeto da Subcomissão das Populações Indígenas, enviado à Comissão da Ordem Social. Aprovado em 25 de maio de 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-200.pdf>>. Acesso em: 15 out.2017.
- _____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer do Relator, Deputado Osmar Serraglio (PMDB-PR), pela aprovação da PEC 215-A/2000, da PEC 579/2002, da PEC 156/2003, da PEC 257/2004, da PEC 275/2004, da PEC 319/2004, da PEC 37/2007, da PEC 117/2007, da PEC 161/2007, da PEC 411/2009, e da PEC 415/2009, apensadas, com substitutivo, e pela rejeição da PEC 291/2008, apensada, de 01/09/2015a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=929FC53261EC988312B668ADAC851291.proposicoesWebExterno1?codteor=1379649&filename=Tramitacao-PEC+215/2000>. Acesso em: 5 dez.2017.
- _____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Substitutivo adotado às Propostas de Emenda à Constituição nºs 215-a, 579/2002, 257/2004, 275/2004, 319/2004, 156/2003, 37/2007, 117/2007, 411/2009, 415/2009 e 161/2007, de 27 de outubro de 2015b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1405836&filename=SBT-A+1+PEC21500+%3D%3E+PEC+215/2000>. Acesso em: 5 dez.2017.
- _____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito FUNAI-INCRA 2, de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes->

especiais/cpi/Relat%C3%B3rio%20da%20CPI%20-%20Funai%20e%20Incras%202%20-%20Publica%C3%A7%C3%A3o%20no%20Di%C3%A1rio.PDF>. Acesso em: 5 dez.2017.

_____. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório: textos temáticos. Vol.II. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf>. Acesso em: 25 out.2017.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Decreto 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/dnn/dnn10495.htm>. Acesso em: 10 out.2017.

_____. Decreto nº 1.318, de 30 de Janeiro de 1854. Manda executar a Lei nº 601, de 18 de Setembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1318.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936. Aprova, em caráter provisório, o Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-472619-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 11 set.2017.

_____. Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>>. Acesso em: 11 set.2017.

_____. Decreto nº 9.214, de 15 de dezembro de 1911. Dá novo regulamento ao Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-9214-15-dezembro-1911-518009-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 set.2017.

_____. Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910. Crêa o Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e aprova o respectivo regulamento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8072-20-junho-1910-504520-publicacaooriginal-58095-pe.html>>. Acesso em 11 set.2017.

_____. Decreto nº 50.455, de 14 de abril de 1961. Cria o Parque Nacional de Xingu. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50455-14-abril-1961-390087-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 set.2017.

_____. Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 107 sôbre as populações indígenas e tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58824.htm>. Acesso em: 14 out.2017.

_____. Decreto nº 62.998, de 16 de julho de 1968. Cria o Parque Nacional Indígena o Tumucumaque e da outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-62998-16-julho-1968-404332-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 set.2017.

_____. Decreto nº 64.860, de 23 de julho de 1969. Cria o Parque Indígena que discrimina, na região limítrofe do Estado de Mato Grosso com o Território Federal de Rondônia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-64860-23-julho-1969-406271-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 set.2017.

_____. Decreto nº 76.999, de 8 de janeiro de 1976. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76999-8-janeiro-1976-425608-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Decreto nº 88.118, de 23 de fevereiro de 1983. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88118-23-fevereiro-1983-438548-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Decreto nº 94.945, de 23 de setembro de 1987. Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-94945-23-setembro-1987-445267-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm>. Acesso em: 14 out.2017.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 10 dez.2017.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Fundação Nacional do Índio. Entenda o processo de demarcação. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-24-53>>. Acesso em: 10 out.2017.

_____. Fundação Nacional do Índio. Instrução Normativa nº 2, de 03 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/doc/instrucaonormativa-2-cpab.pdf>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Instrução Normativa INCRA nº 57, de 20 de outubro de 2009. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=78048>>. Acesso em: 28 mar.2018.

_____. Justiça Federal (JF). Sentença do Processo nº 0000655-78.2013.4.01.3903 – 9ª Vara Federal em Belém (PA). Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2017/sentenca-caso-protexao-as-terras-indigenas-impactadas-por-belo-monte>>. Acesso em: 20 nov.2017.

_____. Lei de 6 de junho de 1755 (Diretório dos índios). Disponível em: <http://www.nacaomestica.org/diretorio_dos_indios.htm>. Acesso em: 10 set.2017.
BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 10 dez.2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm>. Acesso em: 25 out.2017.

_____. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.

_____. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 12 out.2017.

_____. Ministério da Justiça. Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO_INDIGENISTA/Orde namento-Territorial/Portaria-MJ-14-de-09-01-1996.pdf>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Ministério da Justiça (MJ). Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por7.pdf>>. Acesso em: 15 out.2017.

_____. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 07/2017-6CCR, de 22 de novembro de 2017. Análise da antijuridicidade da Portaria MJ nº 683/2017, que “Tornou nula” a Portaria nº 581, de 29 de maio de 2015, do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/anexoMS23770.pdf>>. Acesso em: 30 dez.2017.

_____. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 02/2018-6CCR, de 20 de março de 2018. Análise da antijuridicidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, que estabeleceu dever da Administração Pública Federal, direta e indireta, de observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, de forma obrigatória, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaParecerAGU1.2017.pdf>>. Acesso em: 10 abr.2018.

_____. Projeto de Lei nº 2.057, de 1991. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em:<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09NOV1991.pdf#page=84>>. Acesso em: 10 out.2017.

_____. Projeto de Lei nº 5065, de 26 de abril de 2016b. Altera o artigo 2º da Lei 13.260/2016, dando nova redação ao seu caput e ao seu § 1º, inciso V, acrescentando os incisos VI, VII e VIII ao seu § 1º, e revogando o seu § 2º. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2082470&ord=1>>. Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Projeto de Lei nº 9604, de 21 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre o abuso do direito de articulação de movimentos sociais, destinado a dissimular atuação terrorista, inserindo parágrafo no art.2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640974&filenome=PL+9604/2018>. Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Proposta de Emenda à Constituição nº 215, de 2000. Acrescenta o inciso XVIII ao art.49; modifica o §4º e acrescenta o §8º ambos no art.231, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19ABR2000.pdf#page=69>>. Acesso em: 25 nov.2017.

_____. Provisão de 1º de abril de 1680. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>>. Acesso em: 11 set.2017.

_____. Relatório da Comissão de Investigação do Ministério do Interior de 1968. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/docs-1/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>>. Acesso em: 25 out.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 183.188, relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 10 dez.1996. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227169>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de julgamento da Petição nº 3.388, relator Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição nº 3.388, relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, DF, 23 out.2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 16 set.2014a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3935320>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.542, relatora Ministra Cármen Lúcia, Brasília, DF, 30 set.2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3979135>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803462, relator Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 09 dez.2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4548671>>. Acesso em: 11 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.193, relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 16 dez.2014d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7797879>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 362, relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 16 ago.2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO362VotoMMA.pdf>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 366, relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 16 ago.2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO366VotoMMA.pdf>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 650. Os incisos I e XI do art.20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Brasília, DF, 31 out.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1634>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Ação Cível Originária nº 469, relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 18 dez.2017c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1591624>>. Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239, relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 8 fev.2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 4 abr.2018.

CALLEFI, Paula. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI. Diálogos Latinoamericanos, Dinamarca, v.7, p. 20-42, 2003.

CANES, Michelle. OEA pede informações sobre supostas violações de direitos humanos em Belo Monte. Agência Brasil online, Brasília, 21 jan.2016. Disponível em:<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-01/oea-pede-informacoes-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-em-belo>>. Acesso em: 25 nov.2017.

CAPOTORTI, Francesco apud UNITED NATIONS (UN). Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation. New York and Genova: UN, 2010. Disponível em:< http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf>. Acesso em: 10 abr.2018.

CARVALHO, Joenia Batista de; SOUTO MAIOR, Ana Paula. Petição de ingresso na Ação Popular nº 3388. Disponível em:< <https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/227>>. Acesso em: 12 out.2017.

CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH. Organization of American States Online, Washington, D.C, 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/053.asp>>. Acesso em: 15 out.2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16 out.2017.

_____. Documento nº 56, de 30 de dezembro de 2009. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>>. Acesso em: 16 out.2017.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). Apresentação. Disponível em: <<https://www.cimi.org.br/o-cimi/>>. Acesso em: 4 nov.2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Sentencia caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf>. Acesso em: 31 mar.2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da apud DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. As sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação: os direitos de ser. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso de. Socioambientalismo: Uma realidade – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2007.

FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. TI Raposa/Serra do Sol: fundamentos históricos. Disponível em: < <https://util.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/79>>. Acesso em: 12 out.2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 3, p.689-699, jan./jun.2004. Disponível em: <www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/92/91>. Acesso em: 15 mar.2018.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FREITAS, Raquel Coelho de. Minorias e fortalecimento de cidadanias na América Latina. In: SILVEIRA, Brunna Grasiella Matias; ARAÚJO, Luana Adriano; ANDRADE, Paloma Costa (Orgs.); FREITAS, Raquel Coelho de; MORAES, Germana de Oliveira (Coords.). Direito das minorias no novo ciclo de resistências na América Latina. Curitiba: CRV, 2017.

HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LACERDA, Rosane Freire apud VIEGAS, Daniel Pinheiro. A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: a territorialização como instituto jurídico-constitucional. 2015. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2015.

LAS CASAS, Bartolomé. Brevísima relación de la destrucción de las Indias. Edición de José Miguel Martínez Torrejón. Medellín: Universidad de Antioquia, 2011.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Tradução de Walter Stöner. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (org.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1993.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). História dos índios no Brasil. 2 ed. 6 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 2009.

LINDOSO, Dirceu apud OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. A Presença Indígena na Formação do Brasil. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: Juspodium, 2014.

LUCIANO, Gersem dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. A proteção constitucional das terras indígenas brasileiras no período republicano: evolução e estagnação. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MARTINS, Helena. Relatório do Cimi aponta que 118 indígenas foram assassinados no Brasil em 2016. Agência Brasil Online, Brasília, 5 out.2017. Disponível em:<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/relatorio-do-cimi-aponta-que-118-indigenas-foram-assassinados-no-brasil-em>>. Acesso em: 10 nov.2017.

MENDES JUNIOR, João. Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

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) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

OEA aprova Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Fundação Nacional do Índio Online, Brasília, 28 jun.2016. Disponível em:<<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3815-oea>>. Acesso em: 17 out.2017.

OLIVEIRA, Antônio José de. Os Kariri- resistências à ocupação dos sertões dos Cariris Novos no século XVIII. 2017. 310 f. Tese (Doutorado em História) - Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. A Presença Indígena na Formação do Brasil. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

_____. Sem tutela, uma nova moldura de nação. In:OLIVEIRA, João Pacheco de. O nascimento do Brasil e outros ensaios: "pacificação", regime tutelar e formação de alteridades. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

_____. Uma etnologia dos "índios misturados"? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de. O nascimento do Brasil e outros ensaios: "pacificação", regime tutelar e formação de alteridades. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007. Disponível em: <
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 15 out.2017.

_____. Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas, de 8 de agosto de 2016. Disponível em:<
<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em: 15 out.2017.

_____. Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <
http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm>. Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 out.2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Doc.5537/16 da Assembleia Geral. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 15 de junho de 2016. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>>. Acesso em: 17 out.2017.

_____. Medidas cautelares outorgadas pela CIDH no ano 2011. MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. Disponível em: <
<https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 25 nov.2017.

PROUDHON, Pierre-Joseph apud MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. A proteção constitucional das terras indígenas brasileiras no período republicano: evolução e estagnação. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

REDE LATINOAMERICANA DE MISSIÓLOGOS E MISSIÓLOGAS (RELAMI). DECLARAÇÃO DE BARBADOS I, de 30 de janeiro de 1971. Disponível em:
 <http://www.missiologia.org.br/wp-content/uploads/cms_documentos_pdf_28.pdf>. Acesso em: 4 nov.2017.

SANTOS, Sívio Coelho dos. Povos Indígenas e a Constituinte. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989.

SAUTAYRA, E apud MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. A proteção constitucional das terras indígenas brasileiras no período republicano: evolução e estagnação. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SCHELL, Deise Cristina. Os índios na conquista espanhola da América: Leyes nuevas e representações à época da Jornada de Omagua y Dorado. Revista de História, Salvador, n.2, p.

22-38, 1sem.2010. Disponível em:<http://www.revistahistoria.ufba.br/2010_1/a02.pdf>. Acesso em: 3 out.2017.

SILVA, José Afonso da. Parecer jurídico, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 3 out.2017.

SILVA, Liana Amin Lima da.; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (Coords.). Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal. Goiânia : Editora da PUC Goiás, 2016.

SILVA, Telma Camargo da. O fazer antropológico e a responsabilidade social de seus praticantes: algumas considerações iniciais. Sociedade e Cultura, Goiás, v. 6, p.9-12, jan/jun 2003.

SILVEIRA, B. G. M.; ALMEIDA, J. T. ; FREITAS, R. C. . O papel do amicus curiae na democratização da defesa dos direitos das minorias no STF. In: MATOS, Rômulo Richard Sales; MELO, Silvana Paula Martins de (Orgs.). CAMPOS, Juliana Cristine Diniz (Coord.). Democracia e Jurisdição Constitucional: estudos de interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A função social da terra. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

STF garante posse de terras às comunidades quilombolas. STF, Brasília, 8 fev.2018.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369187>>. Acesso em: 28 mar.2018.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Inconstitucionalidade do marco temporal como referência histórica para a constituição do direito quilombola. In: WOLKMER, Antonio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (Coords.). Os direitos territoriais quilombolas: além do marco temporal. Goiânia : Editora da PUC Goiás, 2016.

TÓFOLI, Ana Lúcia Farah de. As retomadas de terras na dinâmica territorial do povo indígena Tapeba: Mobilização étnica e apropriação espacial. 2010. 175 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (org.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1993.

VIEGAS, Daniel Pinheiro. A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: a territorialização como instituto jurídico-constitucional. 2015. 196 f. Dissertação (Mestrado

em Direito) - Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2015.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá, 2009.

VITORIA, Francisco de. Relecciones teológicas. Tradução de D.Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Librería Religiosa Hernández, 1917.