



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

LUCIANA NOGUEIRA NÓBREGA

***“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

Fortaleza – Ceará

LUCIANA NOGUEIRA NÓBREGA

**“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**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito - Mestrado, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Lenz Coelho
César

FORTALEZA
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- N754a 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 / Luciana Nogueira Nóbrega. – 2011.
337 f. : il. color., enc. ; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2011.
Área de Concentração: Direito Constitucional.
Orientação: Profª. Dra. Raquel Lenz Coelho César.
1. Terras – Divisão e demarcação - Roraima. 2. Índios. 3. Reservas indígenas. I. César, Raquel Lens Coelho (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.

CDD 342.810872

LUCIANA NOGUEIRA NÓBREGA

**“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**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito - Mestrado, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Coelho Lenz César

Aprovada em / / .

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Raquel Coelho Lenz César
Universidade Federal do Ceará

Profa. Dra. Thaís Luzia Colaço
Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Alba Maria Pinho de Carvalho
Universidade Federal do Ceará

*Aos povos indígenas no Brasil, o meu eterno agradecimento
por me despertarem de um sono profundo (ou pesadelo?) do colonialismo*

“[...] a terra não é mercadoria, mas território,
condição da reprodução não só física mas social dos povos indígenas”.

(CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os índios no Direito Brasileiro Hoje**. Relatório apresentado ao XII Congresso da Academia de Direito Comparado, Sydney-Melbourne, Austrália, agosto de 1986, p. 14).

“Pemonkon yepuru ruwaixi tonpîn, inîrî tipînsen tu’ke panpî yapuruwannîton
esepoto’pe”.

(Ensinamento em Macuxi: “O guerreiro de um povo não tem sepultura. Ele é plantado para que nasçam
vários guerreiros”).

RESUMO

Em março de 2009, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão de mérito na Ação Popular n. 3388, que questionava a constitucionalidade e a legalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no nordeste do Estado de Roraima. A decisão consolidou os trabalhos demarcatórios do território, que haviam se iniciado ainda na década de 70, declarando constitucional o modelo contínuo de demarcação da terra indígena ocupada tradicionalmente por cerca de dezenove mil indígenas dos povos Macuxi, Ingarikó, Patamona, Wapixana e Taurepang. Não obstante, os Ministros estabeleceram dezenove condições ao exercício dos direitos dos povos indígenas, as quais, no acórdão final, receberam o título de salvaguardas institucionais. Essas condicionantes, conforme se desenhou durante os debates entre os julgadores, deverão ser adotadas em outros processos de demarcação e orientar a ação de outros juízes e do Supremo Tribunal Federal no julgamento de processos envolvendo conflitos sobre terras indígenas. Nesse contexto, esta pesquisa, realizando um exercício etnográfico do processo, visou estudar a construção da decisão pelos Ministros do STF, analisando o modo como a mais alta corte do país decide conflitos envolvendo direitos indígenas. Ao final, foram analisadas criticamente as condicionantes impostas na decisão e proposta a adoção da hermenêutica diatópica nos casos em que envolver conflitos entre direitos indígenas e outros direitos e interesses previstos constitucionalmente.

Palavras-chave: Direitos Territoriais Indígenas, Supremo Tribunal Federal, Hermenêutica diatópica

RESUMEN

En marzo de 2009, la Corte Suprema de Justicia emitió una decisión sobre el fondo de la Acción Popular No 3388, que puso en duda la constitucionalidad y legalidad de la demarcación de Raposa Serra do Sol, ubicado en el nororiental estado de Roraima. La decisión de consolidar el trabajo de demarcación del territorio, que había comenzado en la década del 70, declarando un modelo constitucional de demarcación continua de las tierras indígenas ocupadas tradicionalmente por uno de los diecinueve mil indígenas Macuxi, Ingarikó, Patamona, Wapixana y Taurepang. Sin embargo, los ministros de diecinueve condiciones establecidas en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, que, en la resolución definitiva, dado el título de las garantías institucionales. Estas condiciones, tal como fue diseñado durante los debates entre los jueces, deben ser adoptadas en otros procesos de demarcación y de guiar las acciones de los demás jueces y la Corte Suprema en el juicio de los casos de conflictos sobre tierras indígenas. En este contexto, esta investigación, la realización de un ejercicio etnográfico del proceso, con el objetivo de estudiar la construcción de la decisión de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, examinar de qué manera el máximo tribunal del país decide los conflictos relacionados con los derechos indígenas. Al final, se analizaron críticamente las limitaciones impuestas en la decisión y propuso la adopción de la hermenéutica diatópica en los casos de conflictos entre los derechos de los indígenas y otros derechos constitucionalmente previstos y los intereses.

Palabras clave: los derechos territoriales indígenas, la Corte Suprema, la hermenéutica diatópica

SUMÁRIO

1 UMA CONVERSA INICIAL – AS HISTÓRIAS E OS CAMINHOS PERCORRIDOS	12
1.1 QUANDO VIDAS SE CRUZAM: O MEU ENCONTRO COM OS POVOS INDÍGENAS E O INTERESSE EM PESQUISAR A RAPOSA SERRA DO SOL	13
1.2 OS CAMINHOS PERCORRIDOS E AS PREOCUPAÇÕES METODOLÓGICAS.....	26
2 O ESTADO DA ARTE ACERCA DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA	41
2.1 O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO TRADICIONALMENTE OCUPADO NO BRASIL.....	41
2.2 OS DIREITOS INDÍGENAS NA ORDEM INTERNACIONAL	60
2.3 UMA ANÁLISE COMPARADA: O MOVIMENTO INDÍGENA NA AMÉRICA LATINA E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TERRITORIAIS.....	66
3 UM “MONTE RORAIMA” DE PROCESSOS	71
3.1 OS PROCESSOS DE TERRITORIALIZAÇÃO	71
3.2 OS TRABALHOS DE DEMARCAÇÃO	83
3.3 TRIBUNALIZANDO OS CONFLITOS.....	101
3.3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.512.....	102
3.3.2 A Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7.....	104
3.3.3 A Reclamação n. 2.833/RR.....	111
3.3.4 A Reclamação n. 3331-7/RR.....	113
3.3.5 O Mandado de Segurança n. 25.483/DF.....	113
3.3.6 A Ação Cautelar n. 2009-3/RR.....	115
4 A AÇÃO POPULAR N. 3388: UMA ESTRATÉGIA DISCURSIVA	117
4.1 UMA AÇÃO POPULAR NO STF?.....	117
4.2 UM VOO PANORÂMICO PELA PETIÇÃO N. 3388/RR.....	124
4.3 O QUE ESTÁ NOS AUTOS E ESTÁ NO MUNDO: AS OUTRAS ESTRATÉGIAS PARA FAZER VALER UM PONTO DE VISTA A FAVOR OU CONTRÁRIO À DEMARCAÇÃO.....	160
4.3.1. Carta de Compromisso assinada entre as organizações indígenas de Roraima e o Governo Federal.....	162
4.3.2. Atuação direta e articulada entre os Poderes Legislativos estadual e nacional e o Governo do Estado de Roraima para obstar a demarcação da Terra Indígena.....	163
4.3.3. Aproximação entre os partidários de causa contrária à demarcação e as Forças Armadas brasileiras.....	164
4.3.4. Aproximação entre os movimentos sociais em torno da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.....	165
4.3.5. O uso da força pelos produtores rurais.....	165
4.3.6. Criação da Campanha “Anna Pata, Anna Yan – nossa terra, nossa mãe”.....	166

4.3.7. Adoção de legislação sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas.....	166
4.3.8. Repasse de terras para o Estado de Roraima.....	167

5 OS DISCURSOS E OS SABERES: A TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO BRASIL EM JULGAMENTO.....	169
5.1 O VOTO DO MIN. CARLOS BRITTO.....	169
5.2 O VOTO DO MIN. MENEZES DIREITO.....	191
5.3 O VOTO DA MIN. CARMEN LÚCIA.....	200
5.4 O VOTO DO MIN. RICARDO LEWANDOWSKI.....	204
5.5 O VOTO DO MINISTRO EROS GRAU.....	206
5.6 O VOTO DO MIN. JOAQUIM BARBOSA.....	208
5.7 O VOTO DO MIN. CEZAR PELUZO.....	208
5.8 O VOTO DA MIN. ELLEN GRACIE.....	212
5.9 O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO.....	213
5.10 O VOTO DO MIN. CELSO DE MELLO.....	218
5.11 O VOTO DO MIN. GILMAR MENDES.....	220
5.12 OS DEBATES EM TORNO DAS CONDICIONANTES.....	229

6 DA CRÍTICA JURÍDICA À IMAGINAÇÃO ANTROPOLÓGICA – A NECESSIDADE DE SUPERAR AS CONDICIONANTES DA RAPOSA SERRA DO SOL.....	237
6.1 O EFEITO SIMBÓLICO DO DISCURSO – APLICAÇÕES EM CASCATA DA DECISÃO NA PETIÇÃO N. 3388.....	237
6.6.1 As ações em tramitação no STF.....	237
a) Reclamação n. 8070.....	238
b) Proposta de Súmula Vinculante n. 49.....	238
c) Mandado de Segurança n. 28.574/RR.....	239
d) Mandados de Segurança n. 28.541, 28.555 e 28.567.....	240
e) Ação Cautelar n. 2541.....	241
f) Ação Cautelar n. 2556.....	234
6.1.2. Medidas administrativas tomadas pelo Ministério da Justiça e pela Fundação Nacional do Índio.....	244
6. 2. DA CRÍTICA JURÍDICA À IMAGINAÇÃO ANTROPOLÓGICA.....	247
6.2.1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar.....	254
6.2.2. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional.....	255
6.2.3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.....	256
6.2.4. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira.....	256
6.2.5. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a	

expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai.....	257
6.2.6. A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai.....	258
6.2.7. 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 de educação.....	259
2.6.8. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.....	260
2.6.9. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai.....	261
2.6.10. O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.....	261
2.6.11. Devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai.....	262
2.6.12. O ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.....	262
2.6.13. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não.....	263
2.6.14. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973).....	263
2.6.15. É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973).....	263
2.6.16. As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/73), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros.....	264
2.6.17. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.....	264
2.6.18. Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).....	266

2.6.19. É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.....	267
2.6.20. A tese do fato indígena: a data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, como marco temporal da ocupação.....	267
6.3. O QUE A RAPOSA SERRA DO SOL TEM A ENSINAR PARA O DIREITO ESTATAL.....	279
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS OU CAMINHANDO PARA UM NOVO COMEÇO.....	287
REFERÊNCIAS.....	291
APÊNDICE: ENSAIO FOTOGRÁFICO.....	300
ANEXOS.....	313

1. UMA CONVERSA INICIAL – AS HISTÓRIAS E OS CAMINHOS PERCORRIDOS

Um dos principais ensinamentos aprendidos durante o meu mestrado foi a importância de um pesquisador das ciências humanas apresentar o lugar de onde fala e os caminhos que percorreu na construção do seu objeto de estudo. Nessa área do conhecimento, não há aspiração por verdade absoluta. O que se busca construir são investigações e análises que só foram possíveis porque o pesquisador tem uma história de encontros e desencontros com o objeto (ou com os sujeitos que são os seus interlocutores), o que chamo de lugar de fala, e também porque fez escolhas entre caminhos, dentre infinitas possibilidades, que o levaram a reencontrar e a reconstruir o objeto de análise.

É a conjugação entre esse lugar da fala e dos caminhos percorridos que torna o estudo, muitas vezes, único, sendo a descrição desses elementos imprescindível para possibilitar as críticas e questionamentos, além de revisões posteriores.

Embora tal perspectiva possa parecer estranha aos estudos jurídicos, que tem, assim como as leis, uma pretensão de universalidade, entendo que ela é plenamente aplicável a esses estudos, pois, não obstante a busca por autonomia e pureza kelseniana¹, está claro que a ciência do Direito é uma ciência humana, estuda relações humanas com repercussões jurídicas, caracterizadas como atos e fatos jurídicos. Talvez tenha sido a interpretação ao extremo do Direito como uma ciência autônoma² e, portanto, não sujeita às influências dos demais ramos do conhecimento, que levaram à compreensão de uma desnecessidade de apresentação do lugar de fala e dos caminhos percorridos pelos pesquisadores do Direito, consolidando, assim, a percepção de que esses elementos seriam dispensáveis, já que o conhecimento construído era universal porque baseado em leis, em decisões judiciais e na opinião de outros juristas.

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

² Menciono interpretação ao extremo, porque o próprio Kelsen entendia que a posição jurídica rigorosamente normativa e acética dos fenômenos sociais era limitada e parcial. No mesmo sentido, segundo Recasén Siches, "*el punto de vista lógico-formal del método jurídico de Kelsen no pretende llegar a la absorción de todos los estudios sobre el Derecho. El propio Kelsen reconoce que la posición rigorosamente normativa de su método jurídico, es unilateral y parcial, y que, por lo tanto, no puede abarcar la totalidad de los ingredientes del fenómeno jurídico.*" SICHES, Luis Recasén. **Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX**. México: Porrúa, 1963, p. 149-150.

Contrariando essa corrente³, apresento, a seguir, o lugar de onde eu falo e os caminhos que percorri na busca do objeto de estudo. Pretendo, assim, possibilitar as críticas a partir das escolhas que fiz ao longo da elaboração da presente dissertação⁴.

1.1. QUANDO VIDAS SE CRUZAM: O MEU ENCONTRO COM OS POVOS INDÍGENAS E O INTERESSE EM PESQUISAR A RAPOSA SERRA DO SOL

A presente dissertação é resultado das minhas aproximações com a temática indígena e o Direito, as quais podem ser divididas em quatro momentos. O primeiro se refere a um período entre os anos de 2004 e 2005, a partir do meu terceiro semestre da graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. À época, a Professora Ana Maria D'Ávila Lopes, do Programa de Pós-Graduação em Direito, convidou estudantes para compor um grupo de pesquisa sobre “Multiculturalismo e direitos das minorias”. O objetivo do grupo era conhecer os estudos multiculturais, seus principais autores, e identificar de que modo esses estudos poderiam se aplicar aos agrupamentos humanos identificados como minoritários.

Sob o epíteto “multiculturalismo”, verificamos que eram classificadas diversas teorias, algumas delas bastantes distintas entre si (ex. multiculturalismo liberal, comunitário, etc.). Como consequência dessa heterogeneidade de compreensões, uma dificuldade inicial se apresentou no decorrer dos nossos estudos, a de se estabelecer uma definição amplamente aceita de minorias⁵.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁶ nos dava algum alento, já que foi um dos primeiros documentos internacionais de direitos humanos que previu expressamente os

³ Para tanto, fundamento-me nos estudos de Pierre Bourdieu, para quem “uma ciência rigorosa do direito distingue-se daquilo a que se chama geralmente ‘a ciência jurídica’ pela razão de tomar esta última como objecto. Ao fazê-lo, ela evita, desde logo, a alternativa que domina o debate científico a respeito do direito, a do *formalismo*, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do *instrumentalismo*, que concebe o direito como um *reflexo* ou um *utensílio* ao serviço dos dominantes”. (BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 13. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 209).

⁴ Por ser resultado de uma experiência única de encontros e desencontros com o objeto pesquisado, a dissertação será escrita em primeira pessoa.

⁵ Essa dificuldade já constava em O'Donnell, para quem a aplicação dos direitos das minorias “*también se dificulta por la falta de una definición clara y universalmente aceptada del término minoría*”. (O'DONNELL, Daniel *apud* WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000, p. 43).

⁶ Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992.

direitos de minorias, consagrando um dispositivo importante no caminho do reconhecimento desses novos direitos. Trata-se de seu art. 27, o qual estabelece que:

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Com base nesse dispositivo, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, em um esforço pioneiro na definição de minorias, sugeriu que o termo significasse, dentro de um conjunto populacional, apenas os grupos não dominantes que possuíssem e desejassem preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas do resto da população, devendo ser leis ao Estado do qual sejam nacionais.⁷

Corroborando com essa idéia, Francesco Capotorti elaborou, em seu estudo sobre o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, um conceito para minorias, o qual foi amplamente aceito pela doutrina clássica. Para este autor, minoria é:

*[...] a group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.*⁸

Pela definição de Capotorti, são elementos constitutivos do conceito de minoria: o elemento numérico (“*a group numerically inferior to the rest of the population of a State*”), o elemento de não-dominância (“*in a non-dominant position*”), o elemento da cidadania (“*whose members – being nationals of the State*”) e o elemento da solidariedade entre os membros da minoria (“*and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language*”).

Adotando, em parte, a definição de Capotorti, Will Kymlicka⁹, um importante teórico do Multiculturalismo¹⁰, defende que o termo minorias compreende apenas as **minorias nacionais**,

<http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554>. Acesso em: 03 set. 2009.

⁷ DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. **Mana**, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 2, out. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132008000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 set. 2009.

⁸ CAPOTORTI, Francesco *apud* WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 44.

⁹ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Tradução Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996, p. 26-29.

que correspondem aos grupos humanos que gozam de autogoverno e estão concentrados territorialmente em um Estado maior; e os **grupos étnicos**, entendidos como os grupos que surgiram da imigração individual ou familiar. Neste sentido, o conceito proposto por Kymlicka não difere substancialmente do conceito de minorias como grupos numericamente inferiores e que possuem características religiosas, étnicas ou linguísticas diferentes da maioria da população.

Esse conceito, no entanto, parecia não abarcar todas as situações em que grupos humanos têm privados os seus direitos em decorrência de sua condição minoritária. Era o caso, por exemplo, dos(as) negros(as) durante o regime do *apartheid* que vigorou na África do Sul. Naquele país, a maioria numérica negra foi submetida, por anos, a um sistema de opressão e intolerância levado a cabo por uma minoria branca. Se seguirmos a conceituação de Capotorti e Kymlicka, é possível afirmar que os(as) negros(as) não mereceriam a proteção do art. 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, pois, naquelas circunstâncias, faltava-lhes um elemento essencial para serem caracterizados como minorias, qual seja, o elemento numérico, já que não constituíam uma minoria populacional.

Ademais, outro ponto importante para caracterização das minorias não foi suficientemente destacado pelos autores citados. Trata-se de um critério subjetivo que se relaciona ao sentimento de pertença do indivíduo ao grupo considerado. Esse critério foi definido por Bakatola¹¹, para quem o critério subjetivo, consistente na auto-declaração, é o instrumento mais adequado para identificar o indivíduo como membro de uma determinada minoria.

Essa compreensão parece ter prevalecido nos últimos anos, a partir das declarações e convenções internacionais que se seguiram, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho¹² e da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas¹³, nas quais a auto-afirmação da identidade e o sentimento de pertença a um grupo passaram a ser critérios para que um indivíduo seja identificado como membro de uma minoria.

¹⁰ O Multiculturalismo surgiu como uma teoria e como uma prática voltada à afirmação das diferenças, lançando a problemática dos direitos das minorias e esclarecendo que nenhuma cultura é superior ou inferior a outra, mas apenas diferentes entre si. Carlos Alberto Torres resume o pensamento do Multiculturalismo com a seguinte frase: “qualquer que seja a sua forma ou colorido, o multiculturalismo está relacionado com a política das diferenças e com o surgimento das lutas sociais contra as sociedades racistas, sexistas e classistas”. (TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, educação e multiculturalismo**: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 196).

¹¹ BAKATOLA *apud* WUCHER, Gabi. op. cit., 2000, p. 48.

¹² Adotada pela 76ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no ano de 1989. Ratificada pelo Brasil em 2002 e incorporada à legislação brasileira por meio do Decreto nº 5.051/2004.

¹³ Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007.

Outro problema que decorre do conceito de Capotorti relaciona-se à exigência de que os grupos minoritários apresentem características étnicas, religiosas ou linguísticas que possam diferenciá-los do resto da população. Nos termos do conceito proposto por Capotorti não seriam compreendidos como minorias as mulheres, os idosos, as crianças, por exemplo, porque não apresentam diferenças linguísticas, étnicas ou religiosas que justifiquem sua categorização como grupos minoritários.

Essas dificuldades decorrentes da adoção do conceito de minorias proposto levaram alguns(mas) doutrinadores(as) a defender que o termo *minorias* pode fazer referência a diversos grupos humanos, segundo a sociedade na qual se encontrem inseridos, sendo um tema intimamente ligado à cultura¹⁴ de cada povo.

Rompendo com o pensamento tradicional de Capotorti e Kymlicka, Andrea Semprini advoga a tese de que minorias:

[...] são mais movimentos sociais¹⁵, estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com frequência é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem, ao contrário, como possuidores de valores comuns e a se perceberem como um grupo à parte [...].¹⁶

A posição de Semprini era a que mais se aproximava da realidade brasileira, razão pela qual a utilizei durante algum tempo, compreendendo que o termo *minorias* deve ser entendido como um conceito cujo elemento numérico não seja essencial. Nesse sentido, seria todo grupo humano excluído do exercício de algum direito pelo simples fato de constituir um grupo diferente do que foi estabelecido como padrão hegemônico.

¹⁴ Joaquim Herrera Flores considera que a “cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados”. (FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 363). Para um dos principais teóricos dos estudos culturais, Geertz entende que, “como sistemas de signos interpretáveis [...], a cultura não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos casualmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do que eles podem ser descritos de forma inteligível – isto é descritos com densidade”. (GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 56).

¹⁵ Consideram-se estes como os “novos movimentos sociais” atuantes, na perspectiva de uma democracia participativa, como sujeitos proponentes de direitos e articuladores de afirmações e reivindicações em torno dos direitos de minorias. Para um maior aprofundamento sobre o tema ver SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 256-269 e WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 121-139.

¹⁶ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC, 1999, p. 44.

Assim, o conceito de minorias se aproximava da ideia de grupos sociais¹⁷ dos quais é subtraída, em virtude de discriminação, a competência para tomar decisões que alterem os rumos da sociedade, tendo dificuldades em ocupar espaços de poder, embora possam representar a maioria populacional. Grupos humanos cujos direitos são frequentemente negados, embora possam estar assegurados formalmente. Essa compreensão encontrava amparo em Carmen Lúcia Antunes Rocha, para quem

[...] não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detém o poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. [...]. Assim, o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos por *minorias*, mas que representam maior número de pessoas na globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.¹⁸

No entanto, uma dificuldade a mais, além da própria conceituação de *minorias* se apresentou. O grupo de pesquisa sobre multiculturalismo e direitos das minorias não propunha pesquisa de campo. Nossos estudos baseavam-se na análise de textos, na legislação brasileira e comparada, além de decisões judiciais. No que tange aos povos indígenas, tínhamos muito mais contato com as proposições de canadenses e norte-americanas para as populações autóctones do que com as reivindicações do movimento indígena brasileiro. Isso me incomodava, porque ficava pensando se o direito de autogoverno proposto pelos estudiosos canadenses para suas populações autóctones era também uma bandeira de luta para o movimento indígena brasileiro. Além disso, nos nossos estudos, parecia que os teóricos multiculturalistas não faziam uma ruptura muito clara no que tange a uma forma de (re)conhecer as diferentes culturas e experiências no mundo, pressupondo a ideia de uma cultura central que, tolerante com as demais, circunscreveria o

¹⁷ Esses grupos sociais, os quais se organizam na contemporaneidade como “novos movimentos sociais”, são concebidos por Antônio Carlos Wolkmer como “novos sujeitos históricos”, os quais “são situados como identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora e igualitária”. (WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., 2001, p. 240).

¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, n° 33, 1996, p. 285.

espaço possível às “culturas menores”. Apesar disso, não consegui formular, na época, uma justificativa embasada para essas impressões.¹⁹

Um segundo momento de aproximação com a temática indígena e o Direito rendeu-me outras reflexões. No oitavo semestre de graduação, em 2007, fui selecionada para integrar um projeto financiado pela União Européia sobre os direitos dos povos indígenas no Ceará, oportunidade em que passei a compor o Observatório de Direitos Indígenas, uma das linhas de atuação do projeto. O Observatório, sediado no Departamento de Ciências Sociais da UFC, sob a orientação da Professora Isabelle Braz, tinha como missão catalogar casos de violação a direitos indígenas e construir uma base de dados confiável sobre esses casos, inclusive com publicação de relatórios periódicos²⁰.

Devido ao trabalho desenvolvido no Observatório, tive a oportunidade de conhecer a diversidade dos povos indígenas no Ceará (Tapeba, Pitaguary, Jenipapo-kanindé, Tremembé,

¹⁹ Muito desse incômodo seria posteriormente dissolvido e compreendido com os estudos de Boaventura de Sousa Santos, em especial a Introdução da obra coletiva “Reconhecer para Libertar”, onde apresenta as críticas de diversos autores ao multiculturalismo. Segundo Zizek, mencionado por Boaventura, “a forma ideal de ideologia deste capitalismo global é o multiculturalismo, a atitude que, a partir de uma espécie de posição global vazia, trata *cada uma* das culturas locais do modo como o colonizador trata os povos colonizados – como ‘nativos’ cujos costumes devem ser cuidadosamente estudados e ‘respeitados’. [...] O multiculturalismo é um racismo que esvazia a sua própria posição de qualquer conteúdo positivo (o multiculturalista não é um racista direito, ele não opõe ao Outro os valores *particulares* da sua própria cultura), mas não obstante conserva a sua posição enquanto ponto vazio privilegiado de universalidade a partir do qual se podem apreciar (e depreciar) de maneira adequada outras culturas em particular – o respeito multiculturalista pela especificidade do Outro é ele próprio a forma de afirmar a própria superioridade”. (ZIZEK, Slavoj *apud* SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 31). Assim, o multiculturalismo tenderia a adotar uma posição neutra, consequentemente descritiva e apolítica, desconsiderando as relações de poder inclusas na definição de quem tolera e de quem é tolerado, e sob que condições e circunstâncias se dá essa tolerância.

²⁰ “O Observatório dos Direitos Indígenas foi uma das atividades do projeto ‘De uma ação educativa e de sensibilização sobre os direitos dos índios do estado do Ceará ao desenvolvimento do respeito dos direitos humanos no Brasil’, financiado pela União Européia em parceria com a ONG francesa ADER – Association pour Développement Économique Régional, a ONG italiana ISCOS – Instituto Sindicale per la Cooperazione allo Sviluppo e a UFC – Universidade Federal do Ceará, associada a FUNAI – Fundação Nacional do Índio no Ceará. Atualmente, o Observatório dos Direitos Indígenas é sediado no Departamento de Ciências Sociais da UFC, sendo vinculado ao Grupo de Estudos e Pesquisas Étnicas (GEPE) – interinstitucional. O grupo é cadastrado no CNPq e abrange pesquisadores de várias instituições, como UFC, UECE, UFRN (entre graduandos e pós-graduandos). A missão do Observatório é divulgar, através deste site e de relatórios periódicos, os casos de violações que dizem respeito à coletividade dos povos indígenas no estado do Ceará, no sentido de construir uma fonte de informação confiável para toda a sociedade e pressionar instituições, alertando para os problemas que vivem os indígenas no estado”. Disponível em <http://www.observatorioindigena.ufc.br/oktiva.net/1983/secao/12823>. Acesso em 20 dez. 2010. As informações sobre os casos de violações a direitos indígenas no Ceará encontram-se disponíveis no sítio mencionado e na obra coletiva publicada pelo Observatório: PEIXOTO DA SILVA, Isabelle Braz; AIRES, Max Maranhão Piorsky (Orgs.). **Direitos Humanos e a questão indígena no Ceará: Relatório do Observatório Indígena Biênio 2007-2008**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2009.

Anacé, Tubiba-tapuia, Gavião, Kalabaça, Potiguara, Tabajara, Kanindé de Canindé, Kanindé de Aratuba e outros), suas principais reivindicações, o modo como se organizam, suas associações e instâncias representativas. Acompanhei reuniões, manifestações, rituais de toré²¹. Bebi mocororó²² e balancei a maraca, dividi alegrias e lágrimas, fiz amigos e amigas, companheiros para uma vida. Ao som das músicas entoadas no toré, *encantei-me*²³. E como anunciei recentemente a uma liderança indígena do movimento no Ceará, Ricardo Weibe Tapeba, acabei enterrando meu umbigo no meio de uma roda de toré.²⁴

A luta dos povos indígenas no Ceará marcou-me profundamente. Em nome dessa luta, passei a integrar, ainda na graduação, uma Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Seção Ceará, de Combate à Discriminação Racial e Defesa das Minorias e a Rede Nacional de Advogados Populares – RENAP, por meio da qual acompanhava as demandas jurídicas dos povos indígenas no Ceará. Após a aprovação no exame da OAB, em julho de 2008, continuei assessorando juridicamente os povos indígenas, em especial os Anacé, povo indígena que ocupa

²¹ Sobre os múltiplos sentidos do toré, ver obra coletiva: GRÜNEWALD, Rodrigo de Azeredo (org.). **Toré: regime encantado do índio do Nordeste**. Recife: Fundaj, Editora Massangana, 2005.

²² Mocororó é uma bebida feita a partir da fermentação do caju, servida durante os rituais de toré.

²³ O uso do termo “*encantei-me*” tem um cunho proposital, pois retrata, além do sentido descrito no dicionário, a perspectiva de ter sido tocada pela compreensão cosmológica de muitos povos do Nordeste sobre a existência de *encantados*, que seriam entidades espirituais encontradas na natureza ou, ainda, antepassados que morreram na luta pela terra ou mesmo que não passaram pela experiência da morte. Estudando os Kiriri, na Bahia, Nascimento expõe a concepção deles, segundo a qual “Os *encantos*, *encantados*, *mestres encantados*, *gentios* ou *caboquinhos* são entidades sobre-naturais em princípio benéficas, que auxiliam os índios de diversos modos. Enfatiza-se sobretudo seu caráter de entidades ‘vivas’, isto é, que já são da natureza ou que, tendo sido humanos, não passaram pela experiência da morte, isto é, não são ‘espírito de morto’, que é ‘coisa de gente branco’, numa alusão ao espiritismo, umbanda, ou outros ‘trabalhos’ que não são ‘coisa de índio’, mas que eles conhecem ou têm notícia. Assim, alguns deles tiveram existência humana, foram antepassados que se teriam encantado, ido para o ‘reino dos encantados’, ou ‘juremá’, mas sem que tenham morrido.” (NASCIMENTO, Marco Tromboni de S. **Toré Kiriri: o sagrado e o étnico na reorganização coletiva de um povo**. In: GRÜNEWALD, Rodrigo de Azeredo (org.). **Toré: regime encantado do índio do Nordeste**. Recife: Fundaj, Editora Massangana, 2005, p. 43-44). Sobre a compreensão dos encantados para um povo indígena no Ceará, ler BRISSAC, Sérgio Góes Telles; NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Benedeiras Anacé: a relevância dos ritos de cura na emergência étnica de um povo indígena do Ceará**. In: 27a. Reunião Brasileira de Antropologia, 2010, Belém do Pará. **Anais da 27a. Reunião Brasileira de Antropologia**. Brasília, DF: Associação Brasileira de Antropologia, 2010.

²⁴ A prática de enterrar o umbigo de crianças recém-nascidas é bastante comum no Ceará, principalmente no interior do Estado. Esse ato simboliza uma ligação profunda do cearense com o lugar de onde ele veio. É um ato de religá-lo às suas raízes para que, independentemente de onde ele for ou onde ele estiver, nunca esqueça o lugar de onde veio, o lugar onde seu umbigo está enterrado. Enterrar meu umbigo no meio de uma roda de toré representa a resolução simbólica e ritual de me ligar ao movimento indígena, estabelecendo laços profundos fundados em uma partilha de experiências e saberes.

tradicionalmente uma área nos municípios de São Gonçalo do Amarante e Caucaia, na qual se pretendia (e ainda se pretende) construir um Complexo Industrial e Portuário.²⁵

A intensidade da vivência com os povos indígenas no Ceará e o partilhar de experiências me fizeram perceber que o movimento indígena tinha algo de novo para o Direito estatal. Algo de incomensurável, de intangível, não compreendido em um primeiro contato. Foram necessários alguns anos para que eu começasse a captar o sentido de suas demandas, o que significava para eles o direito à terra, o que significava direito ao desenvolvimento. Vivi situações que exemplificavam as teorias do pluralismo jurídico (reconhecimento de diversas fontes produtoras do Direito para além do Estado).²⁶ Mas, além disso, como advogada do movimento indígena, deparei-me algumas vezes com a necessidade de realizar um exercício de tradução entre a demanda do povo indígena assessorado e as normas estatais e de direito internacional. Um exercício que exigia conhecer minimamente a complexidade cultural dos povos com os quais eu estava trabalhando.

Essa percepção não surgiu de leituras dos livros que eu havia estudado na faculdade. Eu não tinha conhecimento de teorias que me permitissem usar falas autorizadas para expressar esse sentimento, esse exercício. Foram os povos indígenas no Ceará que me ensinaram existir outras fontes produtoras do direito para além do Estado e que havia direitos em latência, levantados como bandeiras dos movimentos antes de serem reconhecidos pela normatividade oficial. Além disso, eles me ensinaram que havia outra racionalidade jurídica não fundada na relação civilista clássica de Caio x Tício; não fundada em uma relação da propriedade como direito absoluto; não fundada numa noção estreita de direitos e deveres e na formação de uma casta de profissionais “sabedores” do Direito e uma maioria desconhecidora de seus direitos. Os povos indígenas, na sua diversidade, propunham outra racionalidade, a qual chamo de jurídica, embora eles não a classifiquem desse modo nem distingam esse saber de outros necessários à vida concreta, como fazer a roça ou o toré. Tal racionalidade é fundada em um sentimento de pertença com o

²⁵ Para saber mais sobre o conflito envolvendo o povo indígena Anacé e o Complexo Industrial e Portuário do Pecém, ver NÓBREGA, Luciana Nogueira, MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. **O povo indígena Anacé e o Complexo Industrial e Portuário do Pecém – tessituras socioambientais de um “admirável mundo novo”**. Disponível em <http://portaldomar.org.br/observatorio/portaldomar-bd/categoria/indigenas/o-povo-indigena-anace-e-o-complexo-industrial-e-portuario-do-pecem>. Acesso em 07 jan. 2011.

²⁶ Uma dessas experiências encontra-se descrita no artigo NÓBREGA, Luciana Nogueira, MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. Lei Maria da Penha e mulheres indígenas: discutindo a violência doméstica e familiar à luz do direito à auto-determinação dos povos indígenas. In: I Encontro Nacional de Antropologia do Direito. **Anais do I ENADIR**. São Paulo: Núcleo de Antropologia do Direito da USP, 2009.

território; de co-responsabilização como outro e com que chamamos de meio ambiente, o que denota um *continuum* entre cultura e natureza; fundada em uma dignidade partilhada entre seres humanos e não humanos; em que todos são conhecedores das normas que regem a convivência.

Mas como colocar essa outra racionalidade em uma petição, se a própria noção de um direito escrito, de uma sociedade de papéis, é exógena à maioria das sociedades indígenas? Para essa pergunta, eu não tinha respostas, como não conhecia teorias que pudessem sustentá-la.²⁷

Nesse mesmo período, a ação popular que tramitava no Supremo Tribunal Federal (STF), sob o n. 3388²⁸, proposta por um senador da República para questionar a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, começou a ganhar destaque na mídia, chamando minha atenção. Uma porque não era comum que a mídia, principalmente a televisiva, desse destaque a um processo que tramitava no STF discutindo direitos dos povos indígenas. Duas, porque embora ação tratasse de uma situação específica, da legalidade/constitucionalidade da demarcação de uma terra indígena, eu temia que a decisão dos Ministros, que tinha muita possibilidade de ser desfavorável, acabasse orientando outras decisões do próprio STF e dos tribunais inferiores, no contexto da hierarquia do Poder Judiciário.

A curiosidade que a ação me despertava acabou se transformando em interesse em estudá-la. Inscrevi-me, então, para a seleção de mestrado na Universidade Federal do Ceará. Após ser aprovada²⁹, comecei a cursar as disciplinas em fevereiro de 2009, oportunidade em que conheci Martha Priscylla Monteiro Joca Martins, com quem dividi muitas ideias e reflexões.

²⁷ Tratando de problemática semelhante que envolve uma característica da historiografia tradicional, qual seja, de não reconhecer a cientificidade da história oral, adotando como únicas fontes as escritas, João Pacheco de Oliveira observa que: “(...) o Brasil se constituiu como ponto de convergência de grupos populacionais oriundos de três continentes, portadores de grande diversidade cultural interna. Tanto indígenas americanos quanto aqueles provindos do continente africano são grupos de tradição oral: suas histórias constam não em códices escritos, mas sim de uma memória apreendida, exercida e reelaborada coletivamente. O processo de conquista e colonização estabeleceu entre esses três grupos uma relação assimétrica de poder. A verdade se tornou monopólio dos grupos de origem européia, expressando-se por meio da escrita. Apesar de todas as transformações ocorridas na sociedade brasileira, nota-se a persistência de traços do pensamento colonial quando se continua a atribuir status de verdade somente a documentos escritos, em detrimento da tradição oral. Desse modo, privilegia-se a forma de registro histórico proveniente de apenas um dos continentes, desprezando o aporte oriundo dos dois outros grupos formadores da nacionalidade. Ao historiador – e especialmente ao antropólogo – cabe conduzir uma crítica da naturalização dessa lógica etnocêntrica e explicar as escolhas políticas que ela supõe”. (OLIVEIRA, João Pacheco de. *Os Caxixó do Capão do Zezinho: uma comunidade indígena distante da imagem da primitividade do índio genérico*. In: SANTOS, Ana Flávia Moreira; OLIVEIRA, João Pacheco de. **Reconhecimento étnico em exame: dois estudos sobre os Caxixó**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2003, p. 152).

²⁸ Usarei indistintamente os termos Ação Popular e Petição para referir-me ao processo que tramitou no STF acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sob o n. 3388.

²⁹ Como não havia, no Programa de Pós-Graduação, professores próximos à temática dos direitos indígenas, acabei apresentando outro projeto, sobre os mecanismos de flexibilização de patentes de medicamentos no contexto do

As disciplinas cursadas no primeiro semestre do mestrado não respondiam aos meus questionamentos sobre como os direitos indígenas deveriam ser interpretados. Igualmente não abordavam teorias que me possibilitassem problematizar o julgamento sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo STF, que ocorreu em março de 2009. A decisão, embora tivesse reconhecido a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, culminou com a edição de 19 (dezenove) condicionantes ao exercício dos direitos indígenas reconhecidos na Constituição Federal de 1988.

Os questionamentos que havia formulado, ainda com um cunho embrionário, começaram a ser parcialmente aclarados a partir de maio de 2009, com a constituição do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Boaventura de Sousa Santos no Ceará³⁰. Esse aporte teórico inicial, baseado nas obras de Boaventura e na sua compreensão sobre a modernidade ocidental e sobre o colonialismo, foi essencial para que eu buscasse compreender os tribunais e suas decisões sobre direitos indígenas, a partir de uma sociologia das ausências e das emergências e do não desperdício da experiência³¹. A partir dessas chaves analíticas, foi possível classificar

tratamento de HIV/AIDS, o qual se transformou, posteriormente, em um artigo: NÓBREGA, Luciana Nogueira. A proteção da propriedade intelectual e os mecanismos de flexibilização das patentes no contexto do direito à saúde. In: Onélia Silva Guimarães. (Org.). **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2009. Concomitantemente ao meu ingresso no mestrado, a Professora Dra. Raquel Lenz Coelho César estava retornando de um período na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, passando a compor o quadro de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, o que me permitiu desenvolver o projeto inicialmente pensado sobre os direitos dos povos indígenas e o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

³⁰ O Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Boaventura de Sousa Santos no Ceará foi uma iniciativa de Martha Priscylla Monteiro Joca Martins que procurou a Prof. Dra. Alba Maria Pinho de Carvalho, da Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal do Ceará e orientanda de Pós-Doutoramento do Prof. Dr. Boaventura de Sousa Santos no Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, para fundar o grupo em maio de 2009. A turma inicialmente foi constituída de alunos da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, tendo logo em seguida agregado estudantes de outras universidades e da Graduação e Pós-Graduação de Ciências Sociais da UFC.

³¹ Boaventura de Sousa Santos identifica que a racionalidade moderna ocidental produz ou legitima socialmente diversas ausências ou não existências, que são formas sociais desqualificadas de existir e consideradas apenas como obstáculos em relação às realidades que contam como importantes, sejam elas realidades científicas, avançadas, superiores, globais ou produtivas. “A produção social destas ausências resulta na subtração do mundo e na contracção do presente e, portanto, no desperdício da experiência. A sociologia das ausências visa identificar o âmbito dessa subtração e dessa contracção de modo a que as experiências produzidas como ausentes sejam libertadas dessas relações de produção e, por essa via, se tornem presentes” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 104). Já a sociologia das emergências “consiste em proceder a uma ampliação simbólica dos saberes, praticas e agentes de modo a identificar neles as tendências de futuro (o Ainda-Não) sobre as quais é possível actuar para maximizar a probabilidades de esperança em relação à probabilidade de frustração”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 118). Ambas as sociologias seriam úteis para evitar o desperdício da experiência no mundo que, muitas vezes é negada e invisibilizada pela racionalidade que funda a modernidade ocidental. Assim, “enquanto a sociologia das ausências expande o domínio das experiências sociais já disponíveis, a sociologia das emergências expande o domínio das experiências sociais possíveis. As duas sociologias estão estreitamente associadas, visto que quanto mais experiências estiverem hoje

essas decisões como aquelas que dialogam ou não com outras formas de conhecimento possíveis e disponíveis no mundo.

Conhecer o pensamento de Boaventura foi, para mim, o próprio exercício de uma sociologia das ausências e das emergências. Por se tratar de um autor que foi negligenciado no curso de graduação em Direito, o encontro com a obra de Boaventura tornou visível uma prática científica alternativa, passível de ser explorada e de ser articulada com saberes estritamente jurídicos. Além disso e por isso, revelou uma multiplicidade de conhecimentos disponíveis, aptos ou não a explicitar minhas angústias, ampliando o campo das pistas ou sinais, os quais, na radicalidade do pensar, poderiam ir, inclusive, além do próprio conhecimento ocidental, a abarcar os conhecimentos indígenas.³²

Foi então que decidi, no segundo semestre de 2009, cursar duas disciplinas: Pluralismo Jurídico e de Antropologia Jurídica, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Ambas as disciplinas me forneceram elementos e instrumental teórico importantes para que eu pudesse tentar verbalizar minhas angústias enquanto assessora jurídica do movimento indígena, ao mesmo tempo, permitindo-me compreender melhor o meu objeto de estudo: a ação que tratava da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. As leituras de etnografias como a de Evans Pritchard, sobre os Nuer, além de obras específicas sobre socioambientalismo e antropologia jurídica, reforçaram o entendimento de que o direito estatal era extremamente limitado para compreender o modo de organização e a dinâmica das sociedades indígenas. Paralelo a isso, a minha participação, durante os meses em que estudei na UFSC, do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias – NEPE possibilitou-me conhecer autores, no marco das abordagens pós-coloniais/descoloniais³³, que investigavam o

disponíveis no mundo mais experiências são possíveis no futuro”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 120).

³² A modernidade Ocidental e os seus cânones, o direito e a ciência, constituíram-se sob a negação de várias outras formas de existência, conhecimentos e normatividades, tornando-se, a partir dessa negação, universal. No âmbito da crítica a esse paradigma, o pensamento de Boaventura de Sousa Santos tem se destacado nos últimos anos não só por contestar os cânones da modernidade ocidental, mas por propor um paradigma outro, conectado com as experiências dos povos e nações que foram colocados à margem da modernidade, que vivenciaram a violência, a exclusão e a discriminação que a modernidade/colonialidade lhes impôs.

³³ Uso o termo pós-coloniais/descoloniais tendo em vista as críticas de alguns autores descoloniais ao uso da terminologia pós-coloniais, por entenderem que o uso do prefixo pós mantém as discussões ainda em torno das dicotomias que são típicas da modernidade. Outra crítica apontada, essa por autores latino-americanos, é que o pós-colonialismo não traz em si uma opção política clara no que tange à ruptura da lógica colonial/moderna que orienta o sistema-mundo, podendo cair nas mesmas armadilhas que o pós-moderno: reivindicando o espaço colonial, pode permanecer na bricolagem e nas análises fragmentadas, celebrando a sociedade resultante da modernidade. Nesse sentido, propõe-se outras terminologias, tais como estudos descoloniais ou epistemologias decoloniais (WALSH,

modo como a nossa racionalidade ocidental é míope e produz sua própria miopia, pois não enxerga outras racionalidades no mundo, tornando-as invisíveis, ou quando muito, taxando-as como experiência, subordinadas ao conhecimento científico (ocidental), esse sim o conhecimento verdadeiro.

Os estudos pós-coloniais/descoloniais, nas suas acepções principais, podem ser entendidos, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, como “um conjunto de práticas (predominantemente performativas) e discursos que desconstruem a narrativa colonial, escrita pelo colonizador, e procuram substituí-la por narrativas escritas do ponto de vista do colonizado”³⁴. Tais estudos tem como fundamento a compreensão de que o fim dos regimes político-jurídicos coloniais (independência das antigas colônias) não implicou no fim do colonialismo como relação social³⁵. A forma como o poder e as ciências é pensada, o modo como mulheres, negros e índios são tratados reforçam a percepção de que a classificação social e a hierarquia entre o que é cientificamente válido e o que não é toma como base um modelo de conhecimento e de cultura, a Ocidental, colocando todas as demais formas de relações sociais, culturais e de conhecimento no campo do invisível, do impensável.

A idéia central do pós-colonialismo é discutir o lugar em que a modernidade e seus cânones, o direito e a ciência, atribuiu ao não-ocidental: um lugar de negação e invisibilidade; um

Caterine. ¿Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales. *Nómadas*. n. 26, abr. 2007. Universidad Central: Colombia). Entendendo que as questões que esses estudos enfrentam são importantes demais para me perder em discussões em torno do melhor nome para defini-los, adoto esse modelo inclusivo (pós-colonial/descolonial), que embora reconheça não ser perfeito, indica que autores que se identificam mais com o termo pós-colonial e aqueles que se identificam mais com o termo descolonial foram considerados para formar o cabedal teórico indispensável com o qual percorri o caminho na construção da presente dissertação.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 233. Outro conceito de pós-colonialismo proposto pelo autor pode ser encontrado na Introdução à obra “A Gramática do tempo”: “entendo por pós-colonialismo um conjunto de correntes teóricas e analíticas, com forte implantação nos estudos culturais, mas hoje presentes em todas as ciências sociais, que tem em comum darem primazia teórica e política às relações desiguais entre o Norte e o Sul na explicação ou na compreensão do mundo contemporâneo” (SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 28).

³⁵ Aníbal Quijano diferencia colonialismo de colonialidade. Para o autor. “colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido do padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social quotidiana e da escala societal”. Já o colonialismo “refere-se estritamente a uma estrutura de dominação/exploração onde o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade e cujas sedes centrais estão, além disso, localizadas noutra jurisdição territorial”. (QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010). Não obstante colonialidade e colonialismo não se confundirem, é inegável que a ideologia que sustentou o colonialismo enquanto relação política foi a relação desigual de saberes e poderes, fundada na classificação social e na exclusão do Outro.

lugar do não possível, do não existente, do inferior. Não se limitando a discutir o lugar, os estudos pós-coloniais propugnam outras formas de conhecimento, outros modos de ser, fazer e produzir. Nesse sentido, Walter Mignolo escreve que:

Minha preocupação é enfatizar a ideia de que o “discurso colonial e pós-colonial” não é apenas um novo campo de estudo ou uma mina de ouro para a extração de novas riquezas, mas condição para a possibilidade de se construírem novos *loci* de enunciação e para a reflexão de que o “conhecimento e compreensão” acadêmicos devem ser complementados pelo “aprender com” aqueles que vivem e refletem a partir de legados coloniais e pós-coloniais (...). Do contrário, corremos o risco de estimular a macaqueação, a exportação de teorias, o colonialismo (cultural) interno, em vez de promover novas formas de crítica cultural de emancipação intelectual e política – de transformar os estudos coloniais e pós-coloniais em um campo de estudo em vez de um *lócus* de enunciação liminar e crítico.³⁶

Na América Latina, tem emergido um conjunto de reflexões que propugnam a existência de um modo de ver o mundo, de interpretá-lo e de agir sobre ele que constitui propriamente uma *episteme* com a qual o Outro latino-americano está exercendo sua capacidade de conhecer, ver e fazer de uma perspectiva distinta do legado colonial/moderno.³⁷

No contexto desse novo paradigma latino-americano, é possível identificar as seguintes idéias centrais: 1) uma concepção de comunidade e de participação, igualmente de saber popular, como formas de constituição e ao mesmo tempo de uma *episteme* de relação; 2) a ideia de libertação através da práxis, que pressupõe a mobilização da consciência e um sentido crítico que conduz à desnaturalização das formas canônicas de aprender-construir-ser no mundo; 3) a redefinição do papel do pesquisador social³⁸, o reconhecimento do Outro como Si Mesmo e, portanto, a do sujeito-objeto da investigação como ator social e construtor do conhecimento.³⁹

Paralelamente, no que se refere à temática dos povos indígenas e o Direito, a América Latina tem gestado importantes institutos jurídicos, que tem sido incorporado nas Constituições dos países, os quais propondo um modelo mais horizontal de relação entre os povos indígenas e o

³⁶ MIGNOLO, Walter. **Histórias locais / projetos globais**: colonialidade. Saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 35-36.

³⁷ Ilustra essa afirmativa a obra LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

³⁸ Sobre o papel do pesquisador e do intelectual pós-colonial, Boaventura de Sousa Santos escreve que “é necessário repensar a posição do intelectual e da crítica: os discursos pós-coloniais procuram superar a distinção entre crítica e política. O lugar do crítico pós-colonial tem de ser construído de modo a que se possa interromper eficazmente os discursos hegemônicos ocidentais que, através do discurso da modernidade, racionalizaram ou normalizaram o desenvolvimento desigual e diferencial das histórias, das nações, raças, comunidades ou povos”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 235).

³⁹ Essas ideias são desenvolvidas por LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 39.

Estado, distanciam-se das imagens européias de um Estado-nação monocultural e monoétnico. O ápice desse novo constitucionalismo latino-americano pode ser observado nas Constituições do Equador e da Bolívia.⁴⁰

O pulsar desse conhecimento a partir do Outro, proposto pelos estudos descoloniais/pós-coloniais, e as infinitas possibilidades que se abrem a partir dele geraram em mim uma sensação de estar em casa. Encontrei espaço teórico e político para manifestar minhas angústias sobre o lugar subalterno dos conhecimentos indígenas frente ao direito estatal e para pensar em saídas para essa teia que a racionalidade moderna, da qual o direito é expressão, impõe. Confortou-me o sentimento de não estar só.

Por fim, o atual e último momento dessa digressão em torno do encontro e aprofundar da temática indígena e o Direito iniciou-se em outubro de 2010, quando passei a integrar os quadros da Fundação Nacional do Índio, tendo optado em assumir o cargo de indigenista especializada no Estado do Amapá, estado que tem o maior percentual proporcional de área de floresta amazônica preservada. A escolha em trabalhar em um estado integrante da Amazônia Legal foi motivada por uma necessidade de conhecer melhor a realidade dos povos indígenas dessa região, suas semelhanças e dissensos em relação aos povos do Nordeste, com os quais eu estava mais habituada.

Com essa apresentação do lugar de enunciação, pretendi demonstrar que o meu encontro com os povos indígenas iniciou há algum tempo na minha vida e vem motivando minhas escolhas pessoais e profissionais, desde então.

1.2. OS CAMINHOS PERCORRIDOS E AS PREOCUPAÇÕES METODOLÓGICAS

Em 2008, ano comemorativo do 60º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) realizou uma pesquisa nacional de opinião sobre o que significa direitos humanos para o cidadão brasileiro. Os dados da pesquisa, no que tange à questão indígena, foram bastante instigantes, como mostram Márcio Meira e Paulo Pankararu:

⁴⁰ Importante obra a respeito desse movimento em torno do que vem sendo chamado de “constitucionalismo latino-americano” é VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

Os dados [...] revelam que a sociedade brasileira faz pouca associação entre os temas de direitos indígenas, direitos humanos e cidadania. Também mostram a quase ausência de conhecimento do público em geral de que os direitos indígenas estão preconizados na Constituição Federal e em legislação infraconstitucional.

[...]

Por outro lado, um dado relevante da pesquisa é que a maioria expressiva dos entrevistados (61%) discordou plenamente da falácia de que há muita terra para poucos indígenas assim como da afirmação de que as terras indígenas devem ser extintas. Na mesma linha, 67% dos respondentes concordam totalmente que as terras indígenas devem ser respeitadas [...], 73% consideram que é muito importante o respeito às tradições e ao desenvolvimento das comunidades indígenas, bem como 69% consideram a demarcação dos territórios indígenas muito importante.⁴¹

Esses números demonstram que, embora a sociedade brasileira não associe a temática dos direitos indígenas ao conjunto dos direitos humanos, devido, talvez, a um desconhecimento sobre esses direitos e o modo como eles estão normatizados no Brasil, adota uma postura bastante favorável no que tange aos direitos territoriais indígenas, considerando importante a demarcação das terras, o respeito às tradições e ao desenvolvimento das comunidades indígenas.

É importante destacar que a pesquisa acima mencionada foi realizada no momento em que a tónica dos direitos indígenas ganhava um destaque, nunca antes observado, na mídia brasileira. Diversas reportagens sobre o processo que tramitava na Corte Máxima sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foram exibidas e trechos das audiências de julgamento passavam ao vivo durante a programação normal das emissoras. Esse excesso de visibilidade, acompanhado por declarações de juristas, dava a impressão de que este não seria apenas o julgamento de um caso específico, mas iria orientar a demarcação de todas as terras indígenas no país, as em curso e as futuras.

Isso porque, no processo, o Supremo Tribunal Federal, após ouvir diversos sujeitos envolvidos no conflito de terras que incluíam parlamentares, o Estado de Roraima, municípios e grandes produtores do agronegócio do arroz, de um lado, e indígenas, a Funai e a União, do outro, decidiu por manter a demarcação no modelo que havia sido homologado pelo Decreto Presidencial, estabelecendo, no entanto, 19 condicionantes ao exercício dos direitos territoriais indígenas. Para chegar a tal veredito, os Ministros do STF revisitaram diversas teorias, analisaram dispositivos constitucionais e legais, concluindo por uma configuração peculiar ao exercício dos direitos indígenas.

⁴¹ MEIRA, Marcio Augusto Freitas; PANKARARU, Paulo. Direitos humanos e Povos Indígenas no Brasil. In: VENTURINI, Gustavo (Org.). **Direitos humanos: percepções da opinião pública – análises de pesquisa nacional**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 131-132.

Comprovando que a orientação consignada na Ação Popular n. 3388 seria aplicada em outros casos, além da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em dezembro de 2009, no bojo da Ação Civil Pública n. 0016918.38.2009.4.05.8100, proposta pelo Ministério Público Federal no Ceará perante a 10ª Vara Federal, objetivando resguardar a Terra Indígena Anacé até a conclusão dos estudos de identificação e delimitação pela Funai, o juiz federal responsável pelo caso indeferiu a liminar pleiteada, arguindo que os indígenas Anacé não ocupavam a área reivindicada em 5 de outubro de 1998 (data da promulgação da Constituição), sendo a cadeia dominial que recaia sobre os imóveis anterior à essa data, sendo tal argumento um dos inaugurados pela Petição n. 3388.

Diante disso, firmou-se em mim a convicção sobre a necessidade de realizar um estudo de caso sobre o processo que tramitava no STF, visando identificar e analisar criticamente as implicações juridico-políticas da adoção das 19 condicionantes na concretização dos direitos territoriais indígenas no Brasil.

Para tanto, idealizei um plano de trabalho que envolvia ter acesso ao Processo n. 3388/STF; fazer levantamento dos processos judiciais e administrativos que tratavam de demarcações de terras indígenas em que as condicionantes haviam sido determinantes para implicar em decisões favoráveis/desfavoráveis aos índios; realizar uma análise crítica dessas condicionantes, a partir das suas implicações, na concretização dos direitos territoriais indígenas no Brasil.

Durante o caminhar na execução desse plano de trabalho, uma sensação começou a me angustiar. Embora a ação tivesse ganhado enorme destaque na mídia, tornando-se tema quase que obrigatório das conversas entre indígenas, acadêmicos, juristas, antropólogos, sociólogos, produtores rurais, trabalhadores sem terra e tantos outros, após o seu julgamento, que ocorreu em março de 2009, as notícias começaram a rarear, as conversas foram se direcionando para outros assuntos, e as condicionantes pareciam ter ficado consolidadas, como se a decisão não pudesse ser diferente. Na verdade, para os povos indígenas, a ação era vista como uma vitória deles frente ao agronegócio, a um modelo de desenvolvimento predatório, a uma negação da identidade e dos direitos territoriais que a Constituição lhes havia reconhecido. Havia um tom celebratório do julgamento. E eu me sentia a única a questionar.

Nesse contexto, no início de 2010, agendei uma viagem à Brasília e após ter acesso aos vinte primeiros volumes do processo (de um total de cinquenta e sete), constatei que a questão

era muito mais complexa do que o que eu imaginava. A ação era o cume de uma pirâmide de outros processos que envolviam a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, estando assentada em uma pilha de papéis, em laudos e contra laudos periciais, e, acima de tudo, em mais de trinta anos de luta dos povos indígenas da Raposa Serra do Sol (Ingarikó, Patamona, Wapixana, Macuki, Taurepang) pela demarcação de um território contínuo. Diante disso, qualquer meia vitória, já seria uma vitória.

O fato de ter trazido comigo de Brasília essa compreensão não acalmou a minha angústia, pelo contrário, aprofundou. Isso me colocava um desafio instigante enquanto pesquisadora: como discutir sobre um processo em que parece que só você identifica problemas; como questionar as condicionantes e suas implicações sem deslegitimar ou sem diminuir a vitória que esse julgamento representou para os povos indígenas da Raposa Serra do Sol? Esses desafios poderiam ser resumidos nas reflexões sobre qual o papel político do pesquisador.

Buscando responder a esses questionamentos, fugi dos livros e do processo e, dos dias 14 a 24 de abril de 2010, fui a Roraima acompanhar as comemorações de um ano do julgamento da Ação Popular n. 3388.

Na oportunidade, passei alguns dias na capital do Estado, Boa Vista, quando pude senti que, embora o julgamento tivesse ocorrido há um ano, os conflitos ainda permaneciam inscritos em muros e *outdoors*. Frases ofensivas às organizações não governamentais de apoio à causa indígena, à Igreja Católica e até ao governo Lula, então Presidente da República, podiam ser lidas nas ruas da cidade (ex: “Fora ONGs”). Aproveitei a oportunidade para reunir-me com Jankiel de Campos, analista pericial em Antropologia do Ministério Público Federal em Roraima, solicitando que ele me concedesse uma entrevista sobre o contexto sociopolítico antes, durante e depois do julgamento do caso Raposa Serra do Sol. Essa entrevista teve o intuito maior de me preparar para o campo, sendo uma prévia da minha submersão no objeto de estudo.

No dia 17 de abril, dirigi-me, acompanhada de dois indígenas Wapixana⁴², à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na região das Serras, Aldeia Maturuca, município de Uiramutã,

⁴² A ida à Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a minha participação nesse momento festivo, cujos convites eram bastante restritos, só foram possíveis porque, no final de 2009, havia conhecido David de Souza Maia, advogado, que cursava comigo a disciplina de Antropologia Jurídica na Universidade Federal de Santa Catarina, como ouvinte. David era filho de Delta Maria de Souza Maia, indígena Wapixana, professora do curso de História da Universidade Federal de Santa Catarina. Ele me acompanhou durante a minha estadia em Boa Vista e foi comigo para a Aldeia Maturuca. A outra indígena que me acompanhava era Nena Wapixana, sua tia.

onde ocorreu a festa da “Vitória dos Netos de Makunaimí⁴³”. O acesso à aldeia era bastante difícil para quem trafegava de carro. Um aspecto chamou minha atenção: havia diversas pontes quebradas, o que dificultava ainda mais a viagem de quase cinco horas até o local em que ocorreria o evento. Essas pontes, conforme narrou-me minha anfitriã, Nena Wapixana, eram resultado de manifestações anti-indígenas e contrárias à demarcação que permaneciam ocorrendo, mesmo após um ano da decisão do STF sobre o caso.



Entrada da Aldeia de Surumu, palco de diversos conflitos entre indígenas e fazendeiros (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)

O momento na Terra Indígena Raposa Serra do Sol era festivo. O objetivo era comemorar o fim do processo e a retirada dos posseiros, em especial, produtores de arroz. Nesse sentido, houve apresentações de dança, música e uma série de outras atividades culturais. Para além das festas, conforme constava no convite, elaborado pelo Conselho Indígena de Roraima – CIR, e entregue aos participantes:

[...] o evento tem um significado importante, pois não se trata apenas de uma festa de comemoração, mas sim de um momento para relembrar e gravar na memória dos nossos povos a luta que tivemos para fazer valer os nossos direitos garantidos por Lei e, ainda, planejar o futuro dos povos indígenas que ali habitam.

⁴³ Makunaimí é uma figura central nas cosmologias e mitologias dos povos que habitam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. É o herói criador, responsável pela vida no mundo. Suas peripécias deram origem, entre outras coisas, à paisagem, às formações rochosas na região e ao majestoso Monte Roraima, o berço da vida da humanidade.



Apresentações culturais (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Faixa de agradecimento à advogada indígena Joênia Wapixana, que defendeu os interesses de algumas comunidades indígenas no processo que discutia a demarcação contínua da TI Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)

Na Aldeia da Maturuca, estavam presentes, aproximadamente, duzentos indígenas de diversas aldeias e etnias. Ingarikó, Patamona, Makuxi, Taurepang e Wapixana compartilhavam danças tradicionais, como o *parixara*; bebidas, como o *caxixi*; e comidas, como a *damorida*. Compartilhavam falas e esperanças. Contava-se também com a presença de indígenas

Yanomami, que compareceram para confraternizar e apoiar a luta dos povos da Raposa Serra do Sol, além de representantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST.

No dia 18 de abril, os militares começaram a chegar ao local do evento, de modo a preparar a vinda do Presidente da República, que chegaria no dia seguinte. O então Presidente Luis Inácio Lula da Silva, que estava acompanhado pelo Chefe Maior da FUNAI, por Ministros, deputados federais e senadores, discursou por alguns minutos, mencionando o modo como foi “demonizado” pelas elites de Roraima. Na sua fala, frisou as mediações políticas que tiveram de ser feitas para reduzir os conflitos na região, afirmando que havia repassado seis milhões de hectares de terras ao Estado para atender aos não índios que “insistiam em produzir na terra que não era deles”.⁴⁴

No dia seguinte retornei à Boa Vista. Objetivava conversar com o Padre Vantuhy, da Diocese de Roraima, que teve uma participação crucial para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Entretanto, a entrevista não foi possível. Permaneci em Boa Vista até o dia 24 de abril. No intervalo do dia 20 a 23 estive na Universidade Federal de Roraima, buscando coletar informações sobre a questão indígena no Estado.

A ida a Roraima me permitiu compreender melhor o meu campo de análise, levando-me a crer na possibilidade de discutir o tema das condicionantes impostas na Petição n. 3388, sem que isso implicasse em uma deslegitimação da luta dos povos da Raposa Serra do Sol. A vitória deles foi realmente incontestável, mas a pretensão, consignada nos meios televisivos e em entrevistas dadas pelos Ministros do STF, é de que as condicionantes não se apliquem somente a eles. Após conhecer um pouquinho da realidade dos povos da Raposa Serra do Sol, uma coisa ficou clara: problematizar o processo e o julgamento não implica em diminuir a luta dos povos indígenas no Brasil. Não era para eles que eu tinha de olhar, mas para nós, os não índios. Era para o modo como nós decidimos a vida deles que era o problema.

Mais tranqüila de como deveria conduzir meu estudo, submeti-me à banca de qualificação em agosto de 2010, com um projeto de pesquisa intitulado “*Anna Pata, Anna Yan: nossa terra, nossa mãe*”: Implicações político-jurídicas do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol na concretização dos direitos territoriais indígenas no Brasil, o qual foi aprovado com algumas ressalvas pela seguinte banca: Prof. Dr. João Luis Nogueira

⁴⁴ Discurso do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva, em 19 de abril de 2010. Aldeia Maturuca. Terra Indígena Raposa Serra do Sol, Roraima.

Matias, coordenador da Pós-Graduação em Direito, Profa. Dra. Raquel Lenz Coelho César, professora orientadora, e Profa. Dra. Isabelle Braz Peixoto da Silva, antropóloga vinculada ao Departamento de Ciências Sociais da UFC.

Em setembro de 2010, houve uma mudança radical na minha vida. Ao assumir o concurso da Funai, para o cargo de indigenista especializada, mudei-me para a cidade de Macapá, onde passei a acompanhar as demandas de povos indígenas em áreas de fronteira na região amazônica. Refiro-me, especificamente, dos povos indígenas em Oiapoque/AP (cerca de 7 mil índios, das etnias Karipuna, Galibi Kali'na, Galibi Marworno e Palikur, que vivem na fronteira do Brasil com a Guiana Francesa) e dos povos indígenas que vivem na Terra Indígena Parque do Tumucumaque (região norte do Pará, fronteira com o Suriname, onde vivem índios das etnias Waiana, Apalai, Tiriyó, Kaxuyana, Txikuyana). Essa mudança foi imprescindível para que eu vivenciasse questões relacionadas aos povos indígenas em área de fronteira, assemelhadas às vividas pelos povos da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Em dezembro de 2010, estive duas vezes no Supremo Tribunal Federal para fotocopiar os demais volumes da Petição 3388 e tentar conversar com o Ministro Carlos Aires Britto, relator da ação, sobre como foram construídas as condicionantes, já que o Ministro Menezes Direito, em cujo voto consta a maioria delas, tinha falecido no ano anterior. As tentativas de entrevistar o Ministro não foram frutíferas.

Voltei para casa em Macapá, iniciando o ano de 2011 com uma tarefa hercúlea. Analisar cinquenta e sete volumes, em um total de aproximadamente dezessete mil páginas de pontos de vista, opiniões, interpretações de dispositivos legais e constitucionais e documentos. Ao deparar-me com a quantidade de dados, concluí que não havia possibilidade de realizar, na integralidade, o projeto de pesquisa que tinha sido qualificado. Era necessário recortar o objeto, delimitando o meu campo de investigação.

A partir desse momento, passei a redefinir o meu trabalho. Ao invés de investigar as implicações político-jurídicas do julgamento da Petição n. 3388 (que era, embora eu não tivesse percebido, um atestado de que essas condicionantes estavam consolidadas), centrei-me em um exercício etnográfico do processo em si, buscando investigar as diversas interpretações, argumentos, teorias e compreensões que foram utilizadas pelos sujeitos processuais (autor, réu, assistentes, Ministério Público, Ministros do STF), no intuito de construir um caso emblemático para a questão indígena no nosso país. O objetivo era saber como de uma questão específica

(uma ação popular que solicitava a declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade da Portaria e do Decreto que homologou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), os Ministros do STF chegaram a uma solução que pretende abranger todas as demarcações de terras indígenas no Brasil. Que conflitos foram travados ao longo do processo, que mediações tiveram que ser feitas, quais teorias foram revisitadas e quais foram construídas, como se deu a participação indígena no processo, como o STF concluiu por normatizar os direitos territoriais indígenas no Brasil, são questões que pretendo responder ao longo dessa dissertação.

Mas o estudo proposto vai além de um simples estudo de caso, já que busca compreender temas relativos ao processo em si, relacionando-os a teorias gerais sobre a configuração de direitos territoriais indígenas (que incluem desde temas típicos da Antropologia, em especial, da Antropologia Jurídica, até a legislação nacional e internacional), enquadrando o processo em um contexto mais amplo das teorias descoloniais/pós-coloniais do Direito. De acordo com Antonio Chizzotti, “os estudos de caso visam explorar um caso singular, situado na vida real contemporânea, bem delimitado e contextualizado em tempo e lugar para realizar uma busca circunstanciada de informações sobre um caso específico”.⁴⁵ Entendendo que o estudo oferece bases para generalizações, até porque o próprio julgamento se construiu nesse sentido, a modalidade de pesquisa “estudos de caso” não é suficiente para qualificar minha pretensa abordagem, a qual pode ser melhor classificada como um exercício etnográfico, pautando-se em uma descrição densa dos acontecimentos, das estratégias discursivas e de ação engendradas pelos sujeitos processuais (autor, réu, assistentes, Ministério Público e Ministros), concentrando o foco no discurso dos Ministros do STF.

Nesse sentido, valho-me das análises de Roberto Kant de Lima sobre a Antropologia do Direito no Brasil. De acordo com o autor, a utilização do método etnográfico pode exercer-se “não só sobre fenômenos sociais de que participa diretamente o observador como também sobre quaisquer produtos culturais de uma dada sociedade, o que inclui tanto discursos orais como escritos”. Assim, “a reflexão etnográfica sobre textos também tem seu lugar no saber antropológico”. Para tanto, deve o pesquisador utilizar-se do familiar para estabelecer diferenças

⁴⁵ CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa qualitativa em Ciências Humanas e Sociais**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 136.

e dele descobrir significados insuspeitados, que aparecem por contraste onde haviam sido confundidos pelo olhar opaco da familiaridade cotidiana.⁴⁶

Sendo um saber “ancorado em uma experiência específica, na qual se descobrem aspectos inusitados dos significados que se quer interpretar”,⁴⁷ a Antropologia, em especial a Antropologia do Direito, tem muito a nos auxiliar na investigação da Petição n. 3388, podendo contribuir para tornar “conscientes processos que se ocultam atrás de formalismo que apenas podem servir ao reforço do arbítrio”⁴⁸.

Embora a dissertação se apresente como um exercício etnográfico, é inegável que o objeto de análise – a Petição n. 3388, que tramitou perante o STF – situa-se em um campo específico, qual seja, o campo judicial, um campo sujeito à influência de todas as ordens (econômica, política, social, etc.), mas que tem como grande característica o fato de levantar a bandeira da neutralidade. Nessa senda, os estudos de Bourdieu sobre o campo judicial são cruciais. Segundo o autor, o campo judicial seria:

o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente relado entre profissionais que atuam por procuração e que tem de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo – mesmo quando se trata daquelas que é preciso conhecer para vencer a letra da lei (em Kafka, o advogado é tão inquietante como o juiz).⁴⁹

Em outra passagem:

[...] é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.⁵⁰

Essa especialização do conhecimento jurídico, a que se refere Bourdieu, autorizado apenas a alguns, acaba gerando uma percepção de que o sistema das normas jurídicas seria totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra, já que inscrito apenas no campo da técnica, não sujeito às influências políticas e econômicas. Ficar circunscrito à técnica seria dever de todo e qualquer juiz, garantindo um suposto estado de ascetismo social, essencial para a eficácia simbólica das decisões. A própria sistematização e racionalização a que

⁴⁶ LIMA, Roberto Kant de. Por uma Antropologia do Direito, no Brasil. In: CERQUEIRA, Daniel Torres; FRAGALE FILHO, Roberto (Orgs.). **O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica**. Millenium, 2007, p. 97.

⁴⁷ KANT DE LIMA, Roberto. op. cit., 2007, p. 99.

⁴⁸ Idem, 2007 p. 101.

⁴⁹ BOURDIEU, Pierre. op. cit., 2010, p. 229.

⁵⁰ Idem, 2010, p. 212.

as normas jurídicas submetem as decisões judiciais e as regras invocadas para as fundamentar ou as justificar, “confere o *selo da universalidade*, fator por excelência da eficácia simbólica, a um ponto de vista sobre o mundo social que, como se viu, em nada de decisivo se opõe ao ponto de vista dos dominantes”.⁵¹ Em uma sociedade hierarquizada e desigual, “o efeito de universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se preferir, a imposição da legitimidade de uma ordem social”.⁵²

Nesse campo judicial, sobreleva-se o valor do discurso, principal ferramenta de trabalho daqueles que prestam serviços jurídicos. Daí porque o exercício etnográfico a que me proponho realizar se baseará não só em métodos comparativos e em uma descrição densa dos acontecimentos e das relações entre os sujeitos processuais, mas principalmente de uma análise crítica dos discursos contidos nos diversos pronunciamentos realizados, principalmente, pelos Ministros do STF, a quem compete “dizer o direito”, em última instância, cravando nesse *dito* a marca da definitividade.

Tal análise necessita dos ensinamentos de Foucault, para quem, o discurso em sua realidade material de coisa pronunciada ou escrita é um importante instrumento de poder⁵³, já que pode reverberar e proliferar independentemente do orador original. Por isso, supõe que “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e terrível materialidade”.⁵⁴ Esses procedimentos, que objetivam o controle dos discursos, são identificados como aqueles que determinam as condições para o seu funcionamento, que impõe aos indivíduos que os

⁵¹ Idem, 2010, p. 245. O autor aprofunda sua reflexão no seguinte trecho: “a prática dos agentes encarregados de produzir o direito ou de o aplicar deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, e isto não obstante os conflitos de competência que os podem opor. A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus*, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões do mundo. Segue-se aqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas tem poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o *ethos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes”. (BOURDIEU, Pierre. op. cit., 2010, p. 242).

⁵² Idem, 2010, p. 246.

⁵³ De acordo com Foucault, “[...] o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é 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 por que, pelo que se luta, o poder do qual nós queremos apoderar”. (FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 18. ed. São Paulo: Loyola. 2009, p. 10).

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. op. cit., 2009, p. 8-9.

pronunciam certo número de regras, limitando aqueles que teriam acesso a ele⁵⁵. No caso dos Tribunais, essas interdições na produção do discurso jurídico são primeiramente encontradas nos regulamentos que regem o rito a ser seguido, os quais definem competência, momentos oportunos para a fala das partes, limitações à decisão dos juízes, etc.

As interdições, no contexto da linguagem jurídica, apresentam-se como necessárias para que o resultado do trabalho jurídico seja tido como um resultado apenas técnico, produzindo, a partir daí, os efeitos da neutralização e da universalização, os quais são característicos de um “espírito jurídico” ou “sentido jurídico”. De acordo com Bourdieu:

o efeito de *neutralização* é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo em que imparcial e objetivo. O efeito de *universalização* é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc.); o uso de indefinidos (“todo o condenado”) e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transubjetivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais.⁵⁶

Mesmo no interior do campo judicial, pode-se observar uma espécie de desnivelamento entre os discursos, a justificar a minha escolha de centrar o olhar no discurso produzido pelos Ministros na Petição n. 3.388. Embora todos os discursos emanados por juízes integrem uma categoria especial de discursos que, como enunciou Foucault, “estão na origem de certo número de atos novos de fala que os retomam, os transformam ou falam deles, ou seja, os discursos que, indefinidamente, para além de sua formulação, *são ditos*, permanecem ditos e estão ainda por dizer”⁵⁷, o discurso proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem uma força reverberante maior, ou, para usar termos bourdianos, são dotados de maior *eficácia simbólica*. Talvez porque a própria Constituição os tenha dotado de um poder-dever de guardar e zelar pelas suas normas (art. 102, Constituição Federal de 1988), ou talvez, porque os Ministros tenham nos últimos anos se arvorado cada vez mais do poder de dizer o direito em última instância e grau de jurisdição, o que acaba fazendo, não raras vezes, com que o discurso do Supremo Tribunal

⁵⁵ “Rarefação, desta vez, dos sujeitos que falam; ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer as certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo”. (FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 36-37).

⁵⁶ BOURDIEU, Pierre. op. cit., p. 215-216.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 22.

Federal (aqui entendido como aquele obtido a partir de um consenso entre os Ministros) ganhe mais importância que o texto constitucional *per se*.

Independentemente de uma maior eficácia simbólica das decisões do STF, é sempre possível colocá-las à prova, analisando os discursos inseridos no bojo do processo que as produziu, as mediações realizadas e as estratégias dos seus atores que podem extrapolar ou não as páginas processuais. É essa a tarefa que me dispus a fazer, mergulhando em dezessete mil páginas de papéis que tratam de existências, de conflitos, de incompreensão, de saberes subalternizados, de resistências, de formas de ser, fazer e produzir distintas, de esperança e de perspectivas de futuro.

Destaco, no entanto, que, de modo a permitir as comparações e a crítica do discurso, fez-se necessário analisar não só a forma com que ele é dito, mas, principalmente, o conteúdo do discurso dito, escrito. Busco, nesse ponto, investigar os discursos dos ministros do STF nessa ação, refletindo sobre duas questões:

- a) Quem são os indígenas a quem o processo se remete, beneficiários ou não dos direitos constitucionais assegurados nos arts. 231 e 232?
- b) Como são compreendidos, definidos e operacionalizados os direitos territoriais indígenas pelos Ministros?

Para fins da presente dissertação, os direitos territoriais indígenas, os quais a Constituição qualifica como *originários*, no art. 231, serão aqui entendidos como o conjunto de direitos que a Constituição de 1988 e outras legislações reconheceram às populações indígenas e que se relacionam com o território por eles ocupado, utilizado para atividades produtivas, necessários à preservação dos recursos ambientais e à reprodução física e cultural. Nesse conjunto, estão contidos: a) os direitos relativos à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas (o que implica em um dever do Estado em demarcá-los); b) relativos à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas e relativos à promoção de políticas públicas e de ações no contexto da gestão ambiental e territorial das terras indígenas já demarcadas (o que implica em um dever do Estado, da sociedade envolvente e dos próprios indígenas de proteger e fazer respeitar todos os bens socio-

ambientais⁵⁸ cuja expressão se manifeste nessa terra indígena demarcada); c) o direito à compensações e indenizações pelo uso do território por não indígenas, incluindo a União, os Estados e Município, toda vez que esse uso implicar em dano ou supressão territorial; d) direito ao regresso, em caso de remoção necessária.

O destaque ao discurso sobre esses direitos territoriais indígenas, em vez do discurso sobre segurança nacional e federação, cuja análise também seria possível, deriva da compreensão encontrada em José Afonso da Silva, para quem

[...] a questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza – como lembra Manuela Carneiro da Cunha – constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. Da Constituição se extrai que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incidem os direitos de propriedade e os direitos de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas.⁵⁹

Nesse contexto, a presente dissertação divide-se em cinco capítulos, além dessa longa introdução. No capítulo seguinte, discorro sobre a legislação indigenista voltada para a temática territorial indígena adotada no Brasil e no direito internacional, realizando uma comparação entre esses direitos reconhecidos e o atual estágio da matéria nos demais países latino-americanos.

No capítulo 3, inicio a análise sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situando-a no longo processo de territorialização que os povos Macuxi, Ingarikó, Patamona, Taurepang e Wapixana passaram. Apresento, ainda, algumas ações judiciais que antecederam a Petição n. 3388, que igualmente tratavam da demarcação da referida Terra Indígena.

No capítulo 4, introduzo as reflexões sobre a Ação Popular n. 3388, apresentando, inicialmente, o quadro de possibilidades que o rito desse tipo de ação a priori estabelece. Posteriormente, passo a discorrer sobre os caminhos percorridos no decorrer da Pet. 3388, centrando minha análise nos argumentos desenvolvidos pelas partes e assistentes para fazer valer seus interesses a favor ou contrários à demarcação. Por fim, comento as outras estratégias utilizadas, para além do ajuizamento da ação popular, no sentido de manter ou revogar a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

⁵⁸ Sobre o socioambientalismo, Juliana Santilli esclarece que ele “foi construído com base na ideia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental.” (SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 34).

⁵⁹ AFONSO DA SILVA, José. **Comentários contextuais à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 869.

No capítulo posterior, abordo o discurso contido em cada um dos onze votos pronunciados que culminaram na edição de 19 condicionantes aos direitos territoriais indígenas no Brasil.

No último capítulo, demonstro que o entendimento consignado pelo STF na Ação Popular n. 3388 reverberou para além desse processo, atingindo algumas ações em tramitação no STF e gerando a adoção de algumas providências pela Funai e pelo Ministério da Justiça. Em seguida, analiso criticamente cada uma dessas condicionantes destacando a racionalidade que orientou a sua edição. Ao final, procuro promover o salto antropológico, articulando esse conteúdo com as teorias sobre descolonização e interculturalidade, propondo uma hermenêutica a ser utilizada em casos de conflito entre direitos indígenas e aqueles forjados no direito moderno capitalista ocidental.

2. O ESTADO DA ARTE ACERCA DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA

Os direitos indígenas no Brasil, não obstante terem ganhado um capítulo específico na Constituição Federal de 1988 (CF/88), não representam uma área de estudos muito valorizada no âmbito das pesquisas jurídicas. Poucas são faculdades e cursos de Direito que contam com uma disciplina específica de Antropologia Jurídica ou que abordam a questão indígena nas disciplinas de Direito Constitucional⁶⁰. A consequência disso é uma lacuna na formação dos juristas, implicando, muitas vezes, em uma dificuldade de atuação dos magistrados, procuradores da república, promotores de justiça e advogados diante de um caso que envolva conflitos entre índios ou entre índios e não índios.

Ciente dessa limitação na formação do jurista e considerando que a temática abordada na presente dissertação diz respeito à configuração dos direitos territoriais indígenas na interpretação dos sujeitos processuais da Petição n. 3388, em que se discutiu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, faz-se necessário discorrer sobre os conceitos e caminhos trilhados para a definição do objeto de estudo.

2.1. O DIREITO DOS POVOS⁶¹ INDÍGENAS AO TERRITÓRIO TRADICIONALMENTE OCUPADO NO BRASIL

Os direitos territoriais indígenas, entendidos como os direitos relativos à demarcação e à gestão ambiental e territorial de terras já demarcadas, não são uma novidade da Constituição de 1988. Em verdade, desde o período colonial, havia normatizações editadas pela metrópole portuguesa ora reconhecendo, ora negando esses direitos às populações autóctones.⁶² De modo mais sistemático, podemos indicar como fontes normativas importantes para a regulamentação da

⁶⁰ Em 29 de setembro de 2004, por deliberação do Conselho Nacional de Educação e da Câmara de Educação Superior, foi instituída a Resolução CNE/CES n. 9/2004, que estabeleceu as diretrizes curriculares nacionais do curso de Graduação em Direito, tornando obrigatório o conteúdo de Antropologia, no seu eixo de formação fundamental.

⁶¹ “Povos” aqui não tem o sentido que o Direito Internacional confere ao termo. Trata-se de uma categoria antropológica, de pertença a um grupo étnico, não podendo ser confundido com laços jurídicos e políticos necessários à constituição de um Estado soberano. Em verdade a afirmação das populações indígenas como povos foi um dos principais entraves para a aprovação da Convenção 169/OIT e da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, conforme mencionaremos adiante. Para fins do presente estudo, utilizarei indistintamente os termos comunidades, populações, povos e grupos indígenas.

⁶² Nesse sentido, ver COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

temática o Alvará Régio de 1680⁶³, no período colonial, e, no período pós-independência, as Constituições de 1934⁶⁴, 1946, 1967, a Emenda Constitucional n. 1/69 e a própria Constituição de 1988.⁶⁵

Não obstante a ausência de ineditismo, a Constituição de 1988 é identificada, por estudantes e pesquisadores nas áreas do Direito e da Antropologia, como o grande marco no reconhecimento dos direitos indígenas brasileiros. Tal epíteto é justificado na medida em que, anteriormente à promulgação da Carta Magna, vigorava no ordenamento jurídico brasileiro uma lógica assimilacionista e homogeneizadora da sociedade, que entendia que os índios estavam em uma condição transitória – a barbárie, competindo à legislação encaminhá-los ao caminho “seguro” e “evoluído” da civilização. Visava-se anular toda e qualquer diferença étnica, sendo aos índios, por exemplo, negada a plena capacidade jurídica pela legislação civilista⁶⁶. Assim, os povos indígenas, percebidos como seres humanos menores e atrasados na escala evolutiva, estavam submetidos a um destino único: o da integração à sociedade nacional.

O próprio Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/1973, nessa mesma ordem de compreensão, estabelecia no artigo 1º que “esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e **integrá-los, progressiva e**

⁶³ O Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmou o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. A esse direito de reserva, identifica-se o instituto do indigenato, tradicional instituição jurídica luso-brasileira, que constitui a fonte primária e congênita da posse territorial, diferindo da ocupação que é um título adquirido, dependendo de requisitos posteriores que a legitimem.

⁶⁴ Não me refiro às Constituições de 1891 e 1924 uma vez que nelas não constavam referências expressas à questão indígena no Brasil, embora tivessem recepcionado expressamente a legislação anterior sobre a temática indígena, já que compatíveis com as suas disposições.

⁶⁵ Embora tenha havido o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, os contornos e as definições jurídicas desses direitos se operaram, de distintas formas, no Alvará Régio de 1680, nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional n. 1/69. Essa análise, no entanto, não será feita no texto nessa dissertação.

⁶⁶ O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), que vigorou até o início de 2003, estabelecia no art. 6º que: “são incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: [...] III - os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, **o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País**”. (grifos nossos).

O imaginário que colocava os índios em uma condição inferior na escala evolutiva pode ser observado na forma como a própria legislação os tratava: eram os silvícolas, ou seja, os habitantes da selva.

O Código Civil de 2002, por seu turno, não previu expressamente a plena capacidade dos índios, remetendo à legislação especial a regulamentação da matéria, embora tenha feito tal previsão no parágrafo único do art. 4º, que trata da incapacidade relativa. Vejamos:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

harmoniosamente, à comunhão nacional". (grifos nossos). Nesse sentido, o Estatuto distinguia os índios integrados, em via de integração e os isolados, nos termos do 4º:

Art. 4º. Os índios são considerados:

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

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

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

O objetivo do Estatuto, conforme enuncia Thaís Luzia Colaço, “seria garantir temporariamente alguns direitos, eliminando aos poucos o elemento índio, já que, com o passar do tempo, iria perder sua cultura original, deixando de ser índio e de ter direitos como tal a partir da sua incorporação à sociedade nacional”.⁶⁷ Isso significa que as disposições constantes na Lei n. 6.001/1973 objetivavam tornar a própria legislação, que reconhecia minimamente direitos indígenas, supérflua, já que, com o passar dos anos, os índios já estariam integrados à sociedade nacional, perdendo, portanto, a sua condição de indígena, não fazendo jus a direitos específicos.⁶⁸

A assimilação absoluta, contudo, nunca ocorreu. Nos anos de 1987 e 1988, com o desenvolvimento dos trabalhos da Assembléia Constituinte, o movimento indígena organizado pressionou para que o paradigma jurídico da integração⁶⁹ chegasse ao fim.

A promulgação da Constituição de 1988 foi marcada pela pressão popular pelo fim do Regime Militar e a instauração de um Estado Democrático de Direito. Após vinte anos do julgo de um regime autoritário, os diversos setores da sociedade brasileira, inclusive os povos e comunidades indígenas, se organizaram para elaborar uma nova Constituição, que, diferentemente das Constituições anteriores, deveria se pautar pela defesa da democracia e do pluralismo, trazendo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

⁶⁷ COLAÇO, Thaís Luzia. *op. cit.*, 2003, p. 87.

⁶⁸ Nesse sentido, ver OLIVEIRA, João Pacheco de. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et al. (org). **Sociedades indígenas e o Direito**. Florianópolis: Ed. UFSC/CNPq, 1985, p. 25.

⁶⁹ Por paradigma da integração, Helder Girão Barreto denomina a corrente de pensamento que dominou, inclusive, a antropologia até a primeira metade do século XIX, a qual se baseando nos estudos evolucionistas, defendia que a cultura desenvolvia-se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável supor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas. Nesse sentido, caberia à legislação encaminhar o índio ao caminho seguro da civilização, ao estágio evolutivo superior, integrando-o à comunhão nacional. (BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas – vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 35-36).

Dentre os movimentos que participaram da elaboração da Constituição de 1988, cita-se a participação ativa do movimento indígena brasileiro e de entidades e organizações governamentais e não governamentais de apoio⁷⁰. Embora não tivessem conseguido eleger nenhum parlamentar constituinte, o protagonismo indígena, nesse período, resultou na inserção no texto constitucional de um capítulo dentro do Título VII – Da Ordem Social, tratando dos direitos indígenas. Tais direitos, chamados por alguns doutrinadores de “novos” direitos indígenas⁷¹, tinham como principal característica o fato de o Estado estar reconhecendo direitos coletivos às populações indígenas⁷², adotando a perspectiva de que essas sociedades não estavam nem estão em um estágio evolutivo inferior, simplesmente porque “não existem sociedades na infância”, mas sim “formas diferentes de sociedades, cada uma com seu valor próprio e cada uma com projetos próprios de futuro”.⁷³

Desse modo, a Constituição inaugurou novos tempos para os povos indígenas no Brasil, tendo reconhecido o seu direito a uma identidade coletiva própria, respeitando sua especificidade étnico-cultural a partir do reconhecimento de direitos diferenciados⁷⁴. A Constituição marcou, assim, uma reviravolta do ser índio na sociedade brasileira: de indivíduo e grupo estigmatizado, passaram a ser vistos, ao menos pelo texto constitucional, como coletividades importantes para a formação da sociedade brasileira.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 passou a prever dispositivos específicos para garantia dos direitos indígenas no Estado brasileiro, rompendo com a lógica

⁷⁰ Conforme enuncia João Pacheco de Oliveira: “se nós recuássemos no tempo poderíamos acompanhar durante o segundo semestre de 1987 e o primeiro de 1988 um singular processo de mobilização dos indígenas de várias regiões do país em torno da definição dos princípios constitucionais que iriam necessariamente re-qualificar a legislação indigenista em vigor, que fora elaborada no regime militar, em 1973”. (OLIVEIRA, João Pacheco. Sem a tutela, uma nova moldura de nação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores/ANPOCS, 2008, p. 252). Para aprofundar essa questão, ler SANTOS, Silvio Coelho dos. **Povos Indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC/Movimento, 1989.

⁷¹ Nesse sentido, ver COLAÇO, Thais Luzia. *op. cit.*, 2003.

⁷² Sobre o reconhecimento de direitos coletivos às populações indígenas, ver SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renacer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

⁷³ CUNHA, Manuela Carneiro da. Os índios no Direito Brasileiro hoje. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 14-15.

⁷⁴ De acordo com Ana Valéria Araújo Leitão, “a nova mentalidade [trazida pela Constituição de 1988] 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, Ana Valéria N. Araújo. Direitos Culturais dos Povos Indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Fabris, 1993, p. 228).

assimilacionista e integracionista⁷⁵, afirmando a condição do Brasil de Estado de Direito Democrático e Pluriétnico⁷⁶. Exemplificativamente, cito os seguintes artigos:

Art. 210. [...].

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

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.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.⁷⁷

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS:

Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.⁷⁸

⁷⁵ Helder Barreto afirma que a Constituição, ao romper com a lógica assimilacionista e integracionista, inaugurou o “paradigma da interação”, ao reconhecer aos índios seus costumes, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, “desde então as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a se dar no plano da horizontalidade e, não mais no plano da verticalidade”. (BARRETO, Helder Girão. *op. cit.*, 2009, p. 104). Em sentido convergente, Márcio Meira e Paulo Pankararu apontam que “diante do reconhecimento da identidade cultural diferenciada dos povos indígenas pela Constituição de 1988, a proposta integracionista perdeu o respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Não se pretende mais integrar os indígenas à comunhão nacional, mas assegurar a manutenção dos seus usos e costumes com uma política indigenista que garanta a proteção de suas terras e promova o seu desenvolvimento social e cultural”. (MEIRA, Marcio Augusto Freitas; PANKARARU, Paulo. *op. cit.*, 2010, p. 135).

⁷⁶ Nas palavras de Antonio José Guimarães Brito, “Estado de Direito Pluriétnico é entendido [...] como um modelo de Estado que reconheça a diversidade étnica, construindo espaços públicos e políticos de diálogo, apara que uma determinada cultura ou identidade não se encontre diminuída ou violentada”. (BRITO, Antônio José Guimarães. *Etnicidade, alteridade e tolerância*. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 48).

⁷⁷ A previsão de que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos seus direitos e interesses, nos termos do art. 232/CF, fortalece a autonomia indígena e põe fim, definitivamente, ao instituto da tutela que vigorava até então. A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), desse modo, deixa de ser a interlocutora e intérprete imprescindível às demandas dos índios perante o Estado brasileiro, já que estes podem, sem a intermediação do órgão indigenista, recorrer ao Judiciário sempre que houver ameaça ou lesão aos seus direitos. Compare, nesse sentido, o art. 232 da CF com o art. 35 da Lei n. 6001/73: “cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”.

⁷⁸ Destaco que o prazo de cinco anos previsto no art. 67 do ADCT refere-se apenas aos territórios reivindicados pelos povos indígenas antes do advento da CF/88. É óbvio que o marco de 1988 não impede a reivindicação de territórios indígenas posteriormente ao advento da Constituição, sendo o prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações, nesse caso, uma orientação para a duração máxima do processo administrativo demarcatório.

Como se verifica, a Constituição Federal de 1988 criou todo um conjunto normativo coerente que reconfigurou ao mesmo tempo em que consolidou e reafirmou os direitos indígenas. Nesse sentido, a diversidade da sociedade brasileira deixou de ser vista como algo negativo, a ser superado, um entrave à construção da sociedade nacional, para ser compreendida e valorizada como a riqueza mesmo da sociedade brasileira. É a pluralidade, a diversidade, a multiplicidade que nos torna únicos diante do mundo e de nós mesmos. Em função desta guinada radical, aponta João Pacheco de Oliveira, “as políticas públicas e assistenciais doravante deveriam contribuir para a manutenção⁷⁹ e fortalecimento das culturas indígenas”.⁸⁰

A Constituição reconheceu direitos diferenciados a todos os povos indígenas, independentemente se mais ou menos em contato com a sociedade nacional. Isso porque o constituinte compreendeu que a questão da identidade indígena não está relacionada ao fato de usar celular, computador, ter casa de alvenaria. O ser índio é uma identidade individual e coletiva⁸¹ que se traduz na auto-afirmação étnica: “indígenas são pessoas que pertencem a toda

⁷⁹ Manutenção aqui não tem o sentido literal de imutabilidade, uma vez que as culturas são dinâmicas e manifestam-se de forma processual e relacional. Como afirma Hall, as identidades culturais não são “naturais”, “essenciais”, elas envolvem não somente um passado em comum, mas uma visão para o futuro, estando sujeita a transformações (HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p. 108). Compreendendo a cultura como um conceito dinâmico, produto da história e do poder, é possível percebermos sua desestruturação e desconfiguração não como processos negativos, mas como etapas iniciais de processos que culminam em reconstruções e reconfigurações. As culturas não ficam estáticas nas paredes de museus, elas reagem a acontecimentos, que podem ser interpretados e apropriados pelo esquema cultural de uma dada sociedade, adquirindo *significância histórica*. Reforçando essa análise, Marshall Sahlins critica a dicotomia clássica entre estabilidade e mudança, enfatizando que “a cultura funciona como uma síntese de estabilidade e mudança, de passado e presente, de diacronia e sincronia. Toda mudança prática é também uma reprodução cultural”. Ilustrando sua tese, o autor cita o exemplo da chefia havaiana que, enquanto incorporava elementos estrangeiros, reproduzia o status cósmico do chefe como um ser celestial: “No final, quanto mais as coisas permaneciam iguais, mais elas mudavam, uma vez que tal reprodução de categorias não é igual. Toda reprodução da cultura é uma alteração” (SAHLINS, Marshall. **Ilhas de História**. Trad. Barbara Sette. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 180-181).

⁸⁰ OLIVEIRA, João Pacheco. *op. cit.*, 2008, p. 253.

⁸¹ Para Castells, a identidade pode ser definida como um “processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda, um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual(is) prevalece(m) sobre outras fontes de significado”. Nesse sentido, a identidade não se confunde com os papéis sociais desempenhados pelo indivíduo. Enquanto os segundos são definidos heteronomamente, ou seja, por normas das instituições e organizações sociais, as identidades são definidas pelos próprios sujeitos, construídas por meio de processos de individuação (CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. V. II. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 22-23). No caso indígena, a problemática da identidade me parece ser um pouco mais complexa, uma vez que a identidade étnica parece ser definida não apenas individualmente, ou seja, o indivíduo indígena deve se reconhecer como tal, mas também é coletiva, na medida em que o grupo étnico deve reconhecê-lo como pertencente ou integrante desse conjunto identitário. De qualquer modo, a definição identitária é autônoma se considerarmos que, nesse caso, não é um elemento estranho ao conjunto que vai definir essa identidade e sim um membro e toda a coletividade identitária quem deve fazê-lo. Viveiros de Castro traz compreensão diferente da que esbocei acima. O autor, em entrevista concedida ao Instituto Socioambiental (ISA), ressaltou que: “o adjetivo ‘índio’ não designa um indivíduo, mas especifica um certo tipo de coletivo. Nesse sentido,

coletividade que por suas categorias e circuitos de interação se distingue da sociedade nacional, e se reivindica como indígena”.⁸²

Se a Constituição não diferenciou os povos indígenas para fins de lhes retirar direitos, não cabe ao intérprete fazê-lo. Logo, a classificação de índios isolados, em vias de integração e integrados, constante no art. 4º do Estatuto do Índio, não tem mais aplicabilidade para reconhecimento ou não de direitos após a Constituição de 1988. Todos os povos indígenas tem direito à terra tradicionalmente ocupada, à educação e saúde diferenciadas, independentemente de serem mais ou menos integrados. Diante dessa percepção, muitos dispositivos do Estatuto do Índio e da legislação infraconstitucional deixaram de ter validade jurídica, vez que incompatíveis com a Constituição Federal promulgada.⁸³

No que tange aos direitos territoriais, destaco o *caput* do art. 231, que assegura os direitos dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas: “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.”

O conceito de terras tradicionalmente ocupadas foi expresso no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo. Nos parágrafos seguintes, o constituinte de 1988 estabeleceu a afetação constitucional desses territórios e suas características:

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

(...)

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

não existem índios, apenas comunidades, redes (d)e relações que se podem chamar indígenas”, indicando, portanto, que a identidade indígena é definida apenas coletivamente. (CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, tomo mundo é índio, exceto quem não é. Entrevista à equipe do ISA. In: Instituto Socioambiental. **Povos Indígenas no Brasil: 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 41-49.)

⁸² PACHECO, João Pacheco de. *op. cit.*, 2008, p. 260.

⁸³ Nesse sentido, faz-se necessária a elaboração e aprovação de uma legislação que regulamente as disposições constitucionais referentes aos direitos indígenas, de modo a viabilizar a sua concretização. Tramita no Congresso Nacional, desde 1991, o projeto de Lei n. 2.057/91, que trata do Estatuto das Sociedades Indígenas, que visa a substituir a Lei n. 6.001/73.

Chamo a atenção para o fato de que o conceito de terras tradicionalmente ocupadas não se restringe às terras nas quais os índios estabelecem suas casas, suas residências permanentes para fins de ocupação. O conceito constitucional não está restrito à noção de aldeias, que pressupõe uma inamovibilidade das famílias, englobando as terras habitadas pelos índios em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar das populações indígenas e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Nesse sentido, embora não expresso, trata-se de direito ao território, conceito o qual pressupõe a mobilidade e a dinamicidade do uso e da ocupação da terra pelos indígenas.

Ao mencionar terras tradicionalmente ocupadas, o constituinte de modo algum fez referência a terras imemoriais. Nesse sentido, posiciona-se José Afonso da Silva:

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 tem espaços mais amplos em que se deslocam, etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições”.⁸⁴

O elemento central escolhido pela Constituição, portanto, não foi a circunstância temporal, mas uma circunstância modal: o modo tradicional como esses povos utilizam, ocupam, produzem, significam e ressignificam a terra, constituindo-a em um território. Para essa caracterização, devem-se tomar como referências as próprias definições indígenas, já que a relação com o território se dá “segundo seus usos, costumes e tradições”.

Pelo modelo desenhado na Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são propriedade da União Federal (nos termos do art. 20, inciso XI, CF/88), sendo destinadas à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como aponta Carlos Frederico Marés, afasta a possibilidade de apropriação individual das terras indígenas, seja por

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE/Núcleo dos Direitos Indígenas, 1993, p. 47.

um índio ou não, atribuindo essa “propriedade” à União, como terras públicas. As terras indígenas, no entanto, não se tratam de bens públicos, classificados como bens de uso comum do povo, bens de uso especial ou bens dominicais, nos termos do art. 99 do Código Civil de 2002:

Longe dessas três categorias, a terra indígena é indisponível ao poder público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, mas tão somente ao uso do próprio povo indígena, segundo seus usos, costumes e tradições. Não é, portanto, categoria de terra pública. Não é tampouco terra particular, privada, da comunidade ou povo indígena. Sendo assim, não se enquadra no conceito dogmático de propriedade, propriedade não é.⁸⁵

Nesse sentido, quando a Constituição mencionou que os índios tem direito às terras que tradicionalmente ocupam assegurou, em verdade o direito ao território, que não se confunde com o conceito de terra na visão produtivista ou da propriedade civilista. Esclarecendo a distinção entre propriedade e território, Carlos Frederico Marés aponta que “o território é jurisdição sobre um espaço geográfico, a propriedade é um direito individual garantido pela jurisdição”.⁸⁶ No Brasil, nos termos da CF/88, o direito à terra tradicionalmente ocupada se dá de acordo com os usos, costumes e tradições dos povos indígenas, indicando que as terras indígenas no Brasil se constituem como territórios, embora sem soberania. Não chegam a ser entes federados, embora também não sejam propriedades na visão civilista.

A força do reconhecimento constitucional do direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam pode ser vislumbrada no parágrafo 6º do art. 231, que, seguindo o art. 198 da Constituição anterior, estabeleceu a nulidade e a inexistência de efeitos jurídicos dos atos que visem à ocupação, ao domínio e à posse das terras indígenas:

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

O reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas implica, de acordo com o que dispõe a Constituição Federal de 1988, no reconhecimento de três conseqüências jurídicas: a identificação do caráter originário, a indicar que quaisquer títulos

⁸⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *op. cit.*, 2009, p. 123. É possível, no entanto, que no interior dos territórios indígenas se constitua propriedade privada, individual, segundo os usos, costumes e tradições do povo indígena, ou seja, desde que de acordo com as normas jurídicas próprias daquele povo indígena.

⁸⁶ *Ibid.*, 2009, p. 122.

sobre essas terras são nulos de pleno direito; a indisponibilidade do direito sobre esses territórios e a inamovibilidade forçada das populações indígenas.

O caráter originário é, sem dúvida, o elemento marcante para a identificação e demarcação das terras indígenas, segundo a sistemática trazida pela Constituição Federal de 1988. Significa que nenhum título ou registro, por mais antigo ou legítimo que seja, pode ser oposto contra o direito dos índios às terras.

A indisponibilidade é outra característica dos direitos sobre as terras indígenas. Em que pese a Constituição estabelecê-las como bens da União (art. 20, XI), vimos que a outorga da Lei Maior visa a resguardar esses territórios do poder político e do poder econômico, possibilitando que as presentes e as futuras gerações indígenas possam exercer seus direitos em plenitude.

No mesmo intuito de proteção ao liame essencial existente entre os povos indígenas e o território que ocupam tradicionalmente, preocupou-se o legislador constituinte em assegurar a inamovibilidade forçada dos índios, nos termos do art. 231, § 5º: “é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”.

Ressalto que, a relação entre os povos indígenas e o território que ocupam tradicionalmente não pode ser regida pelas normas do Código Civil, uma vez que extrapola a esfera privada, não se constituindo como uma utilização para simples exploração, mas para sobrevivência física e cultural, exercida de forma coletiva. Carlos Frederico Marés escreve que, na dicotomia entre direito público e privado:

os direitos territoriais dos povos indígenas ficam no meio, e por ser uma dicotomia, excluídos. Evidentemente que as terras indígenas não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinadas a um fim estatal, nem a um uso público geral. Muito menos são privadas, porque não há sobre elas um ou muitos titulares de direitos definidos. Sobre ela não incidem nem podem incidir, os institutos clássicos do direito privado, como a compra e venda, sucessão hereditária, prescrição, registro, etc.⁸⁷

A terra, para os povos indígenas, não é um objeto que serve meramente à sustentação econômica ou à especulação financeira, em uma lógica estritamente produtivista. A terra é um complexo sistema vital no qual se interrelacionam seres espirituais, rios, árvores, animais, seres

⁸⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *op. cit.*, 2009, p. 65 e 66.

humanos.⁸⁸ Assim, toda a área utilizada pelos índios em qualquer manifestação cultural, os locais a eles místicos, os cemitérios, os aldeamentos, os locais de caça, pesca e cultivo, ou seja, todas as atividades de manutenção de sua organização social e econômica é que determina a posse de terras e os limites do território indígena.⁸⁹

De modo a declarar tais limites das terras tradicionalmente ocupadas, efetivando o direito dos povos indígenas à posse permanente e ao usufruto exclusivo, o art. 19 do Estatuto do Índio determina ao órgão federal de assessoria aos povos indígenas⁹⁰ que estabeleça administrativamente a demarcação desses territórios, de acordo com decreto estabelecido pelo Poder Executivo. Dentre os Decretos aprovados para fins de regulamentação do dispositivo, está em vigor o Decreto n. 1775/1996⁹¹, que estabelece o procedimento para a demarcação das terras indígenas, o qual apresenta diversas fases, iniciando com os estudos de identificação.

Primeiramente, a FUNAI nomeia um antropólogo com qualificação reconhecida para elaborar estudo antropológico de identificação da terra indígena em questão num prazo determinado. Tal investigação fundamentará o trabalho do grupo técnico especializado que realizará estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além de levantamento fundiário, com vistas à delimitação da terra indígena⁹². O grupo

⁸⁸ Ilustrando tal afirmação, cito o exemplo do povo indígena Anacé, que ocupam tradicionalmente uma terra situada nos Municípios de São Gonçalo do Amarante e Caucaia, região metropolitana de Fortaleza. Durante os anos em que assessoriei o grupo étnico na luta pela demarcação de seu território, pude constatar que a relação dos Anacé com os seus ancestrais é entretida com a relação que eles mantêm com o território que ocupam: uma relação permeada pelo sagrado. Segundo Antonio Freire de Andrade, Anacé de Matões, em entrevista ao jornal Porantim, os índios que morreram na luta se encantaram e assim “surgiu a corrente dos encantados que vai do Gregório ao Morro do Sirica. Passa por cima do Jirau, Baixa das Carnaúbas, Baixa da Almeixa e aí ‘brenha’ na mata. Quem tiver força e poder de receber, é só passar por baixo. Eles dão força, ajuda” (PICANÇO, Marcy. **A luta do povo Anacé em meio ao complexo industrial do CE**. Jornal Porantim, dezembro de 2006, p. 6). A corrente dos encantados, portanto, tem uma materialidade geográfica, física. Não se trata de uma construção apenas metafórica, mas essas linhas, esses encantados estão, para os Anacé, fisicamente encravados no território por eles reivindicado.

⁸⁹ Para aprofundar essa análise consultar BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

⁹⁰ O órgão federal de assessoria aos povos indígenas é, atualmente, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada em 1967, pela Lei n. 5.371/67, em substituição ao Serviço de Proteção ao Índio (SPI).

⁹¹ O referido diploma normativo substituiu o Decreto n. 22/91, acrescentando a necessidade de observância do princípio do contraditório nos processos demarcatórios, o que significa dizer que proprietários e instituições públicas passaram a ter a possibilidade de apresentar contestações que deverão ser apreciadas pela FUNAI. Além da possibilidade de contraditório na demarcação, por observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do direito de ação, pode qualquer interessado ajuizar ação perante o Poder Judiciário questionando a demarcação da terra indígena, o que tem tornando os processos de demarcação demorados, em virtude do “excesso de defesas” de posseiros e outros interessados nas terras indígenas. Sobre os Decretos do Poder Executivo, anteriores ao n. 1775/1996, consultar SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *op. cit.*, 2009, p. 151 a 153.

⁹² Norbert Rouland esclarece que os povos autóctones possuem um “elo privilegiado” entre território e história que envolve os múltiplos processos de conquista e colonização. (ROULAND, Norbert. **Direitos das minorias e dos**

deverá ser coordenado por um antropólogo e composto preferencialmente por técnicos do quadro funcional do órgão indigenista. Ao final, o grupo deverá apresentar à FUNAI relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas, no qual deverão constar os elementos e dados específicos estabelecidos pela Portaria/FUNAI n. 14, de 9 de janeiro de 1996⁹³, bem como a caracterização da terra indígena a ser demarcada.

De acordo com Maria Dorothea Post Darella e Flávia Cristina de Mello, o estudo antropológico de identificação:

[...] corresponde metodologicamente ao fazer clássico de um antropólogo: a etnografia. Os dados que devem constar no laudo, indicados na Portaria 14/96, fazem parte dos dados básicos de uma pesquisa etnográfica: é preciso observar as relações cotidianas das pessoas entre si e delas com o lugar onde vivem (ou viviam), realizar levantamentos censitários, genealógicos, descrever aspectos cosmológicos do grupo, suas práticas e áreas de usos rituais, cemitérios, lugares sagrados, a relação socioeconômica e cosmológica do grupo com tais locais, descrever as atividades econômicas, as relações com a sociedade envolvente ou outros grupos indígenas etc.⁹⁴

Destaco que os limites físicos do território devem ser propostos a partir da indicação da comunidade indígena, observando-se as diretrizes estabelecidas no art. 231, parágrafo 1º da CF/88, para a composição do conceito de terras tradicionalmente ocupadas, a saber: a) áreas habitadas pelos índios em caráter permanente; b) áreas utilizadas para suas atividades produtivas; c) áreas necessárias à sua reprodução física e cultural; d) áreas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar do povo indígena; tudo de acordo com os seus usos, costumes e tradições.

povos autóctones. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 20-22). Nesse sentido, o papel do Grupo de Trabalho instituído para demarcar terras indígenas é demonstrar esse elo, valendo-se muitas vezes da história oral partilhada pelo grupo. Tratando da problemática do não reconhecimento de cientificidade da história oral pela historiografia tradicional, Vanessa Caldeira afirma que “os relatos de memória não tem necessariamente que repetir os dados apresentados pela historiografia oficial. As diferenças, muitas vezes presentes, entre o escrito oficial e a memória oral ou entre as memórias de diferentes grupos não implicam em falsidade de uma das fontes. Contextualizadas e analisadas, todas apresentam uma compreensão dos fatos; no caso de memórias coletivas, elas representam a compreensão do passado de um grupo a partir do seu presente, ou seja, sua releitura da vida”. (CALDEIRA, Vanessa A. **Caxixó: um povo indígena feito de mistura.** Dissertação em Ciências Sociais/Antropologia. São Paulo, PUC-SP, 2006, p. 49).

⁹³ A Portaria/FUNAI n. 14/96 pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Portaria_FUNAI_n14_de_09_01_1996.pdf. Interessante estudo sobre a Portaria 14 poder ser lido em BARRETTO FILHO, Henyo Trindade. *Disciplinando a diversidade cultural: uma perspectiva antropológica sobre a Portaria 14.* In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARRETTO FILHO, Henyo Trindade. (Orgs.). **Antropologia e identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002.** Rio de Janeiro: ContraCapa Livraria/LACED, 2005.

⁹⁴ DARELLA, Maria Dorothea Post; MELLO, Flávia Cristina de. *Laudos antropológicos e sua contribuição ao Direito.* In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 176.

O relatório deve ser aprovado pelo Presidente da FUNAI, que, no prazo de 15 dias fará com que seja publicado o seu resumo no Diário Oficial da União (DOU) e no Diário Oficial das unidades federadas correspondentes (Estados, Municípios e Distrito Federal).

Do início do procedimento até 90 dias após a publicação do relatório no DOU, todo interessado, inclusive Estados e municípios, poderão manifestar-se, apresentando ao órgão indigenista suas razões, acompanhadas de todas as provas pertinentes, com o fim de pleitear indenização ou demonstrar vícios existentes no relatório. Interessante se perceber que, nos últimos anos, tem se tornado cada vez mais comum que as contestações se baseiem na controversa figura de um contra-laudo, ou seja, um laudo elaborado, muitas vezes, por profissional habilitado ou não em Antropologia, com o objetivo de refutar o relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena, contestando total ou parcialmente o direito territorial indígena assinalado pelo grupo técnico⁹⁵. A FUNAI tem 60 dias, após os 90 dias, para elaborar respostas às manifestações dos interessados e encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça, o qual terá 30 dias para: a) expedir portaria, declarando os limites da área e determinando a sua demarcação física; b) prescrever diligências para serem cumpridas em mais 90 dias; ou c) desaprovar a identificação, publicando decisão fundamentada no art. 231 parágrafo 1º da CF.

Declarados os limites da área a FUNAI promove sua demarcação física, assentando os marcos que delimitam a terra indígena, enquanto o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, em caráter prioritário, procederá ao reassentamento de eventuais ocupantes não-índios.

O procedimento de demarcação deve, por fim, ser submetido ao Presidente da República para homologação por decreto. A terra demarcada e homologada será registrada, em até 30 dias após a homologação, no cartório de imóveis da comarca correspondente e no Serviço de Patrimônio da União.

Como se verifica, o procedimento de demarcação é ato jurídico complexo, envolvendo diversos órgãos do Executivo federal: uma fundação pública (FUNAI), um Ministério (Ministério da Justiça) e a própria Presidência da República por seu chefe maior.

No processo de demarcação, a consulta e a participação ativa, em todas as fases, do povo indígena cujo território será demarcado é absolutamente necessária porque, como aponta Carlos

⁹⁵ Sobre os laudos antropológicos, ver SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria (Orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

Frederico Marés, a Constituição subordina o conceito de terras indígenas aos usos, costumes e tradições do povo que a habita.⁹⁶

Geralmente, os processos de demarcação são bastante lentos, não só pelo número de fases, e pela falta de estrutura da FUNAI, órgão responsável pela realização das demarcações, mas principalmente pelos interesses econômicos que disputam, com os povos indígenas, a posse dos territórios. O regime jurídico das terras indígenas no Brasil é bastante complexo, por ser complexo, tem gerado controvérsias, que costumam ser aproveitadas por aqueles que tem interesses nas terras indígenas, tais como empreendimentos nas áreas de mineração, combustíveis fósseis, madeiras, rodovias, ferrovias, hidrelétricas, transposição do Rio São Francisco, complexos portuários e tantos outros.

Sempre que uma comunidade indígena possuir direitos sobre uma determinada área, nos termos do § 1º do Artigo 231 da CF, o poder público terá a atribuição (o dever) de identificá-la e delimitá-la, de realizar a demarcação física dos seus limites, de registrá-la em cartórios de registro de imóveis e protegê-la contra qualquer tipo de turbação ou esbulho. É dever do Estado, através da União, demarcar os territórios indígenas.

Destaco que a demarcação das terras indígenas não visa à definição de quem é índio. O papel do Grupo de Trabalho constituído pela FUNAI não é definir se o grupo étnico é ou não indígena. O critério vigente no Brasil para essa definição está consubstanciado no art. 1º. da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, qual seja, o da auto-definição⁹⁷. É, portanto, a consciência da identidade indígena ou tribal que define o grupo étnico como indígena ou não.⁹⁸ Nesse sentido, Viveiros de Castro aponta que o papel do antropólogo não é definir quem é índio, já que essa é uma pergunta jurídica, “um problema posto e resolvido pelo Estado”, mas sim “criar condições teóricas e políticas para permitir que as comunidades interessadas articulem sua indianidade”.⁹⁹

Ademais, importa ressaltar que o ato administrativo de demarcação do território indígena tem natureza meramente declaratória. Isto significa que o Estado apenas reconhece os

⁹⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *op. cit.*, 2009, p. 149.

⁹⁷ A Convenção 169/OIT será analisada no próximo tópico.

⁹⁸ Desde 2003, a Fundação Nacional do Índio não mais produz laudos de identificação étnica, adotando o critério da auto-declaração como procedimento suficiente para o reconhecimento étnico oficial.

⁹⁹ CASTRO, Eduardo Viveiros de. *op. cit.*, 2005.

direitos dos povos indígenas à terra que tradicionalmente ocupam.¹⁰⁰ Não se trata, pois, de constituir tal direito com a demarcação, ele preexiste e se legitima independentemente do reconhecimento oficial. Nesse sentido, Raimundo Sérgio Barros Leitão esclarece:

A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la.¹⁰¹

Nessa ordem de idéias, não é da demarcação que decorre qualquer direito indígena ou se reveste de título de posse e nem da ocupação das terras, conforme assevera José Afonso da Silva: “os direitos dos índios sobre essas terras independe de demarcação. Esta é constitucionalmente exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União não em prejuízo dos índios, mas para proteger seus direitos e interesses”¹⁰². Por sua vez, dispõe o art. 25 da Lei nº 6.001, de 19.12.1973, Estatuto do Índio:

Art. 25 - O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Logo, pode-se afirmar que o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam independe do processo de demarcação que visa, apenas, a conferir segurança jurídica (valor presente no ordenamento jurídico da sociedade nacional), no sentido de fixar os contornos territoriais. A defesa desses territórios afetados constitucionalmente à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas é possível, portanto, ainda que não ultimado o processo de demarcação.

É exatamente nesse ponto, conferir segurança jurídica aos marcos físicos e simbólicos dos territórios indígenas, que Direito e Antropologia mais se encontram, mas também mais se distanciam. Explico. O ordenamento jurídico brasileiro optou por atribuir a tarefa da demarcação a um grupo de trabalho chefiado por um antropólogo, a quem compete estabelecer, com base em

¹⁰⁰ O caráter declaratório do procedimento de demarcação de terras indígenas é reflexo do caráter originário do direito desses povos ao território, competindo ao Estado apenas reconhecê-los e não constituir-los.

¹⁰¹ LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE / Núcleo de Direitos Indígenas, 1993, p. 67.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 871.

estudos de natureza antropológica, etno-histórica, jurídica, fundiária, os limites territoriais da área tradicionalmente ocupada por um povo indígena. Desse estudo, o Direito exige precisão, certeza, segurança. João Pacheco de Oliveira, no entanto, chama a atenção para a complexidade dessa tarefa:

O antropólogo pode efetivamente assegurar que um determinado grupo humano é (ou não) “indígena”, isto é, mantém relações de continuidade com populações pré-colombianas? Ou ainda, pode o antropólogo estabelecer, tendo em vista tal grupo étnico, qual é precisamente o território que lhe corresponde? O antropólogo certamente dispõe da competência específica para discorrer e analisar tais assuntos. Mas é importante indagar se o seu pronunciamento estará sendo interpretado como legitimamente o permite a pesquisa antropológica, ou se inversamente, as injunções e expectativas contidas no texto de um laudo pericial, o transformam em algo estranho à própria Antropologia. Estas são questões muito complexas do ponto de vista antropológico, mas para as quais juízes, procuradores e advogados aguardam por respostas precisas. É por isso que qualificam como “perícia” as investigações (que o antropólogo chamaria de “pesquisa”) empreendidas para a elaboração de “um laudo” ao qual é intrinsecamente atribuído um elevado grau de exatidão técnico-científica.¹⁰³

A quem interessa essa certeza e definição dos limites territoriais indígenas? Aos povos indígenas ou à sociedade nacional? De quem é o valor “segurança jurídica”? Esse é um valor perseguido pelos povos indígenas? Eles orientam suas ações e condutas para uma estabilidade das relações ou suas preocupações sociais são distintas? Essas são questões que apontam para dificuldades no encontro entre essas duas ciências, já que a intenção do Direito, com os laudos antropológicos de demarcação, é que os antropólogos tirem uma foto da realidade indígena que pretensamente será a mesma daqui há vinte, trinta anos. Enquanto os antropólogos tem a difícil tarefa de dizer que isso não é possível. A exatidão científica, o rigor científico exigido, para o Direito, levaria a uma imutabilidade da situação, enquanto para a Antropologia a um reconhecimento de que o consenso é provisório.

Ao mesmo tempo, esses questionamentos nos apresentam a percepção de que a demarcação, por si só, já é um elemento estranho às sociedades indígenas. Como afirmam Carolina Mota e Bianca Galafassi:

[...] limites territoriais apenas materializam regras de um ordenamento a eles [aos índios] infligido – ordenamento este que repousa sobre a noção de propriedade, também alheia à cosmologia indígena. Aceitar que tais limites sejam definidos segundo os critérios dos

¹⁰³ OLIVEIRA, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria (Orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: EdUFSC, 1994, p. 116.

próprios índios, permitindo que eles participem das decisões que também lhes dizem respeito, é o mínimo que uma sociedade plural e tolerante pode fazer.¹⁰⁴

É inegável, entretanto, que a territorialização, antes imposta aos povos indígenas com os aldeamentos e vilas¹⁰⁵, passou a ser ressignificada pelos povos indígenas que, diante das pressões de todas as ordens exercidas pela sociedade capitalista ocidental, passaram a defender, como bandeiras de luta, a demarcação de seus territórios, não como medida de isolamento ou integração forçada de antigamente, mas no sentido de assim garantirem suas existências diferenciadas e a reprodução de seus modos de ser, fazer e produzir. Nesse sentido, as demarcações devem necessariamente considerar os saberes indígenas e suas próprias definições do território (“segundo seus usos, costumes e tradições”), sob pena de implicar em nova imposição. Nesse sentido, de acordo com Carlos Frederico Marés:

[...] o direito à terra, entendida como o espaço da vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos. É evidente que a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo.¹⁰⁶

Alcida Rita Ramos, por sua vez, enuncia que “para as sociedades indígenas a terra é muito mais do que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural mas – e tão importante quanto este – um recurso sociocultural”¹⁰⁷

Ricardo Weibe Nascimento Costa (Weibe Tapeba) corroborando com as falas anteriores afirma, a partir do olhar do movimento indígena, que “a terra vem sendo considerada pelo movimento indígena brasileiro como a condição necessária para acessar os demais direitos, tais como: educação e saúde diferenciada, meio ambiente, projetos de sustentabilidade, etc., haja vista que há necessidade do direito à terra para que esses outros direitos sejam verdadeiramente

¹⁰⁴ MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo; GONGORA, Majói Fávero; MARTINS, Renato; PATEO, Rogério Duarte do. (Org.). **Makunaima grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009, p. 124.

¹⁰⁵ A expressão “vilas de índios” visa fazer remissão ao Diretório Pombalino, instituído pelo Marquês de Pombal.

¹⁰⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *op. cit.*, 2009, p. 119-120.

¹⁰⁷ RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. 2. Ed. São Paulo: Ática, 1988.

efetivados”.¹⁰⁸ A palavra de ordem do movimento indígena no Ceará resume esse sentido do território para os povos indígenas no Brasil: “terra demarcada, vida garantida!”.

O quadro recente das demarcações de terras indígenas no Brasil apontam para 604 áreas reconhecidas como indígenas no Brasil, o que compreende 12,5% do território nacional (106.359.281 hectares), com significativa concentração na Amazônia legal.¹⁰⁹ Boa parte dessas terras, no entanto, apresentam áreas de interesse ambiental, havendo superposições entre terras indígenas e áreas de preservação ambiental (APA) ou de preservação permanente (APP), o que reduz as possibilidades de utilização do território pelos povos indígenas, já que a legislação ambiental conta com regras para uso e manejo de APAs e APPs¹¹⁰, embora conciliáveis com o usufruto exercido pelos indígenas.

De forma geral, é possível afirmar que as finalidades do processo de demarcação são: a) resgatar uma dívida histórica com os primeiros habitantes destas terras; b) propiciar as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos; e c) preservar a diversidade cultural brasileira, tudo isso em cumprimento ao disposto no art. 231 da Constituição Federal.

Entendo que o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas possibilita que processo de organização do grupo étnico se dê, dentro de um espaço territorial eleito pelo povo indígena, de acordo com seus usos, costumes e tradições, evitando a subjugação ou uma inserção subalterna na sociedade envolvente, tendo, claramente uma importância para o futuro.

Os direitos sobre as terras indígenas, portanto, constituem o ponto central dos direitos constitucionais dos índios, na medida em que a sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas depende essencialmente da posse permanente de suas terras. Nesse sentido, a posse permanente dos índios sobre as terras que ocupam tradicionalmente não significa um pressuposto no passado, representando, em verdade, uma garantia para o futuro.¹¹¹

Destaco, entretanto, que tais visões não são partilhadas por todos os juristas brasileiros, havendo quem considere que a demarcação de terras indígenas no Brasil visa a atender interesses estrangeiros. Nessa linha, registramos a opinião de Paulo Bonavides:

¹⁰⁸ COSTA, Ricardo Weibe do Nascimento. O movimento indígena no Brasil. In: PEIXOTO DA SILVA, Isabelle Braz; AIRES, Max Maranhão Piorsky (Orgs.). **Direitos Humanos e a questão indígena no Ceará**: Relatório do Observatório Indígena Biênio 2007-2008. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2009, p. 175.

¹⁰⁹ PAIXÃO, Marcelo. **Manifesto Anti-Racista** – idéias em prol de uma utopia chamada Brasil. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 126.

¹¹⁰ Nesse sentido ver RICARDO, Fany. (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza** – o desafio das superposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, 2007, p. 832.

Não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não corresponde aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulada do espaço amazônico e na preparação e proclamação da independência das tribos indígenas como Nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam. Essa demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional.¹¹²

Corroborando com essa posição e indo mais além, Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos escrevem que

[...] o constituinte brasileiro garantiu ao índio dez por cento do território nacional para que ele não evolua, visto que, para manter uma *Disneyworld* primitiva, preservará, todo seu ambiente pré-histórico, a fim de que suas crenças, costumes e tradições continuem os mesmos, proibidos de evoluir para os costumes civilizados do século XX/XXI, uma vez que o objetivo do constituinte foi preservar no tempo o atraso do indígena.¹¹³

Tais opiniões não são apenas de juristas abalizados. Recentemente, a Revista Veja (ano 43, nº 18, de 05/05/2010) publicou matéria intitulada “A farra da antropologia oportunista”, tratando da demarcação de terras indígenas e da titulação de comunidades quilombolas. Nesta reportagem se afirma que: “critérios frouxos para a delimitação de reservas indígenas e quilombos ajudam a engordar as contas de organizações não governamentais e diminuem ainda mais o território destinado aos brasileiros que querem produzir”. Aponta-se ainda que “áreas de preservação ecológica, reservas indígenas e supostos antigos quilombos abarcam, hoje, 77,6% da extensão do Brasil”, não se indicando, contudo, nenhum critério que teria sido usado para chegar a esse total.¹¹⁴

Isso demonstra que as disposições da Constituição de 1988 disputam espaço com compreensões sobre a questão indígena que se baseiam em fundamentos anteriores ao advento do texto constitucional. Os índios como ameaças à integridade nacional, tão ingênuos e desprovidos de qualquer reflexão crítica que seus interesses não são seus, mas sim de grupos internacionais, ou ainda, os índios como inferiores na escala evolutiva, atrasados e pré-históricos são qualificações que vigoravam no modelo integracionista e assimilacionista do Estado brasileiro, um modelo baseado em uma idéia de evolucionismo cultural, modelo esse superado tanto no âmbito jurídico quanto nos estudos antropológicos recentes.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183.

¹¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 8 v. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1049-1050.

¹¹⁴ COUTINHO, Leonardo; PAULIN, Igor; MEDEIROS, Juliana de. **A farra da antropologia oportunista**. Disponível em <http://veja.abril.com.br/050510/farra-antropologia-oportunista-p-154.shtml>. Acesso em 15 de mai. 2010.

A convivência entre o paradigma assegurado pelo constituinte de 1988 e essas visões acerca dos povos indígenas no Brasil torna o campo da concretização de direitos uma tarefa bastante árdua para os povos indígenas e seus apoiadores, tarefa essa que pretendo analisar no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

2.2. OS DIREITOS INDÍGENAS NA ORDEM INTERNACIONAL

Os direitos indígenas, durante muitos anos, não lograram ocupar um espaço específico no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. As normatizações existentes até o final do século XX garantiam muito mais o direito das metrópoles européias de invadir territórios do que assegurar direitos específicos às populações que sofriam a violência matricial da colonização. Nesse sentido, mesmo na ordem jurídica internacional, a questão indígena ficou durante muitos anos invisibilizada.

As questões relativas ao reconhecimento de direitos aos povos indígenas só começou a ganhar força na agenda dos direitos humanos em meados dos anos de 1960, embora a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas tivesse criado, mais de uma década antes, uma Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias¹¹⁵.

Um dos primeiros documentos internacionais de direitos humanos que previu expressamente os direitos de minorias foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹¹⁶, que consagrou um dispositivo importante no caminho do reconhecimento desses novos direitos. Tratava-se de seu art. 27, o qual estabelecia que:

¹¹⁵ “Para compreender a ênfase atual que a UNESCO e outras agências internacionais dão ao papel positivo que a diversidade cultural pode desempenhar para o desenvolvimento social e econômico é preciso começar com uma breve descrição do papel histórico que a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CNUDH) teve no reconhecimento inicial dos "direitos culturais", inclusive os dos povos indígenas e de outras minorias étnicas e raciais. Em seguida à aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, a Comissão de Direitos Humanos criou especialmente uma Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias mas, apesar disso, foi só a partir de meados dos anos 1960 que a agenda internacional dos direitos humanos começou a sistematicamente incluir questões relativas ao reconhecimento dos direitos culturais das minorias étnicas, dos povos indígenas e de outros grupos historicamente excluídos e discriminados”. (DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. Mana, Rio de Janeiro, vol.14, no.2, out. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132008000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 Set 2009).

¹¹⁶ Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554>. Acesso em: 03 set. 2009.

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

O dispositivo citado, entretanto, não acarretou uma mudança substancial na situação das minorias ao redor do mundo. Alguns motivos podem ser identificados para isso: a) o artigo prevê apenas uma postura absenteísta dos Estados, os quais não podem privar as minorias de ter sua própria vida cultural; b) trata apenas de direitos culturais, a ter uma religião própria e usar sua própria língua, e não de direitos que exijam uma contrapartida estatal, como de educação diferenciada, saúde diferenciada ou ao território, não trazendo grandes “incômodos” aos Estados; c) a referida norma estava inserida em um conjunto normativo amplo: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, sendo os direitos ditos “mais gerais” privilegiados no que tange a sua efetivação e concretização.

Diante dessas questões, em 1989, foi aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) a Convenção n. 169, que assegurou direitos aos povos indígenas e tribais. Essa Convenção reafirmou e ampliou o rol de direitos reconhecidos aos povos indígenas brasileiros pela Constituição Federal de 1988.¹¹⁷ Uma das mais importantes inovações da Convenção foi assegurar, no contexto jurídico, algo já demonstrado por correntes importantes da antropologia brasileira: que a identidade indígena assenta-se exclusivamente no critério da auto-definição¹¹⁸. Diz a Convenção, no seu art. 2º, que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

No que diz respeito aos direitos territoriais indígenas, a Convenção da OIT nº 169, de 07/06/89, assegurou que:

Artigo 13 - 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.

A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

¹¹⁷ Em 2004, a Convenção, homologada pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20/07/2002, foi incorporada à legislação interna brasileira através do Decreto Presidencial n. 5051/2004.

¹¹⁸ Sobre a questão da identidade étnica ver ATHIAS, Renato. **A noção de identidade étnica na Antropologia brasileira**. De Roquette Pinto a Roberto Cardoso de Oliveira. Recife: Editora da UFPE, 2007.

Artigo 14 - 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.

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.

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

Artigo 15 - Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

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

Outro dispositivo de extrema relevância presente na Convenção 169/89, da OIT, foi o art. 7º, que traz a previsão ao direito à auto-determinação, que compreende o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.¹¹⁹ Nesse sentido, faz-se necessário que os Estados, ao estabelecerem medidas judiciais, administrativas, legislativas, suscetíveis de afetar os povos indígenas, garantam o direito à consulta livre, prévia e informada¹²⁰.

¹¹⁹ Dois estudos interessantes sobre o direito à auto-determinação podem ser lidos em BARBOSA, Marco Antonio. **Auto-determinação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001 e ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madri: Editorial Trotta/Universidad internacional de Andalucía, 2005.

¹²⁰ Sobre o direito à consulta livre, prévia e informada ver GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. No intuito de estabelecer um canal de diálogo entre o executivo federal e os povos indígenas no Brasil, foi criada, em 22 de março de 2006, a Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), integrada à estrutura do Ministério da Justiça e com composição paritária, cuja principal missão era elaborar uma proposta de estatuto que viria a substituir o ainda vigente Estatuto do Índio. Com a sua instalação, o papel da CNPI foi, entretanto, alargado, passando a ter como missão o planejamento, o monitoramento e a avaliação das ações desenvolvidas pelos órgãos da Administração Pública federal, bem como propor a atualização da legislação e acompanhar a tramitação de proposições legislativas. Nesse sentido, para que a CNPI seja consolidada como espaço de diálogo entre o governo federal e as comunidades indígenas, foi encaminhado ao Congresso o projeto de lei n. 3.571/08, que cria o Conselho Nacional de Política Indigenista, em substituição à CNPI. Em maio de 2010,

Como se observa, a Convenção 169/OIT preocupou-se em garantir um rol amplo de direitos indígenas, exigindo que os governos adotem medidas necessárias e cabíveis à concretização desses direitos, dando passos importantes no diálogo entre os povos indígenas e os Estados aos quais eles se encontram vinculados.

Ampliando-se o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no âmbito da legislação internacional, em 2007, foi aprovada, pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que estabeleceu princípios e diretrizes a serem adotados pelos Estados-Membros na relação com os povos indígenas, apontando, inclusive, limites da atuação dos governos em ações que atinjam estes povos.¹²¹

Embora a Declaração não tenha a mesma força coercitiva e impositiva de uma Convenção, que deve ser vinculada à legislação interna dos países membros que a adotam, a aprovação da Declaração pela ONU já indicou um passo importante na defesa dos direitos indígenas, a nível mundial, reconhecendo a especificidade dessa questão no contexto dos direitos humanos, inaugurando novas disposições relativas aos povos indígenas, sempre em uma

participamos do 1º Seminário Regional sobre Empreendimentos que afetam Terras Indígenas, realizado pela CNPI, em Fortaleza/CE.

¹²¹ Raquel SpareMBERGER relata o histórico de aprovação da Declaração da ONU. De acordo com a autora, “em 22 anos de luta, impasses e greve de fome, a ONU vem trabalhando no sentido de estabelecer uma Declaração sobre direitos dos povos indígenas desde 1985. Anos de negociações em um Grupo de Trabalho sobre populações indígenas fizeram surgir uma proposta com a participação de governos, representantes indígenas e da sociedade civil. Esta proposta foi galgando degraus na burocracia internacional, passou por uma Subcomissão de Prevenção e Discriminação e Proteção de Minorias da ONU, em 1994, e desde então estava emperrada na Comissão de Direitos Humanos. Em 1993, a Assembléia Geral da ONU proclamou a primeira Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo para o período entre 1995 e 2004. O objetivo principal nesse tempo era a aprovação da Declaração. Em 2004, diante do impasse nas negociações e do risco de o processo esfriar, lideranças indígenas chegaram a fazer greve de fome em frente ao prédio da ONU para pressionar os países por uma segunda Década, que foi enfim aprovada a partir de 2005 até 2014. Em 29 de junho de 2006, os países chegaram a um consenso junto aos representantes indígenas quanto ao teor da Declaração, aprovando-a na Comissão de Direitos Humanos. Durante todo esse processo, a estratégia do movimento indígena foi preferir estender o tempo de negociação a ceder suas reivindicações básicas ante os países contrários, capitaneados pelos Estados Unidos. A Declaração já aguardava aprovação final da Assembléia Geral da ONU desde novembro de 2006, mas um grupo de países africanos apoiados pelos Estados Unidos e Canadá levantou de última hora objeções quanto ao alcance de termos como ‘povos’ e ‘autodeterminação’. Os argumentos se referiam ao suposto risco de criar divisões e conflitos étnicos, bem como ameaça às fronteiras dos países. Por fim, após intensa pressão de representantes indígenas e de outros países africanos e americanos, a Declaração veio a ser finalmente adotada pela Assembléia Geral da ONU, com 143 votos a favor, onze abstenções e quatro votos contrários (Estados Unidos, Nova Zelândia, Canadá e Austrália)”. (SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Antropologia e diferença: quilombolas e indígenas na luta pelo reconhecimento do seu lugar no Brasil dos (des)iguais*. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 145-146). Antonio José Guimarães Brito ressalta que “o pavor de muitos Estados em relação à auto-determinação dos povos reflete o medo de criação de comunidades políticas independentes que ameacem a soberania nacional. Esses mesmos Estados, contudo, não vacilam diante dos interesses financeiros das transnacionais, estas sim perigosas para a soberania dos Estados”. (BRITO, Antonio Jose Guimarães. *Estado nacional, etnicidade e autodeterminação*. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 70).

perspectiva de respeito à sua condição de povos culturalmente diferenciados. A Declaração amplia direitos assegurados na Convenção, em especial no que tange ao direito à livre determinação¹²² e o direito ao território¹²³. Segundo Fernando Mathias e Érika Yamada, a Declaração reflete o conjunto das reivindicações atuais dos povos indígenas em todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os Estados, tendo, ainda, o importante papel de estabelecer parâmetros mínimos para outros instrumentos internacionais e legislações nacionais.¹²⁴

No caso brasileiro, o mérito da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU foi expor de maneira clara e definitiva sobre vários temas incluídos no nosso texto constitucional, mas que, por estarem, muitos deles, apenas no âmbito normativo dos princípios, geram controvérsias interpretativas, o que acaba por esvaziar o conteúdo constitucional.

De acordo com Mathias e Yamada, os principais pontos da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas são:

- **Auto-determinação:** os povos indígenas têm o direito de determinar livremente seu status político e perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, incluindo sistemas próprios de educação, saúde, financiamento e resolução de conflitos, entre outros. Este foi um dos principais pontos de discórdia entre os países; os contrários a ele alegavam que isso poderia levar à fundação de “nações” indígenas dentro de um território nacional.
- **Direito ao consentimento livre, prévio e informado:** da mesma forma que a

¹²² Na Convenção 169 da OIT assegurava-se o direito à auto-determinação. Já na Declaração da ONU surge o conceito de livre-determinação. Para alguns autores não houve diferença de conteúdo, sendo que ambos os conceitos significariam a mesma coisa, ou seja, inexistência de direito à secessão ou ameaça à integridade dos Estados, significando o oposto de integração forçada ou assimilação. Considero, contudo, que devemos buscar o conceito de livre-determinação em outros documentos internacionais de Direitos Humanos. Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no art. 1º, estabelece que o direito à livre determinação corresponde ao direito de estabelecer livremente sua condição política e prover o seu desenvolvimento econômico, social e político. Nesse sentido, embora concorde que a Declaração da ONU não tenha dado uma permissão para fundação de novos Estados independentes, assegurando o direito de secessão, entendo que ela foi além da Convenção 169/89, já que esta, ao estabelecer auto-determinação, restringiu-a às diretrizes máximas do país, que normalmente são ou foram estabelecidas por não-índios, enquanto a livre-determinação implicaria em uma exigência de um pacto político complexo em que as diretrizes máximas seriam dadas pela heterogeneidade étnica que compõe aquele Estado. Nesse sentido, cito os artigos 4, 5 e 18da Declaração da ONU: “Artigo. 4. Os povos indígenas no exercício do seu direito a livre determinação, têm direito à autonomia ou ao auto-governo nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, assim como os meios para financiar suas funções autônomas. Artigo 5. Os povos indígenas têm direito a conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo por sua vez, seus direitos em participar plenamente, se o desejam, na vida política, econômica, social e cultural do Estado. [...] Artigo 18. Os povos indígenas têm direitos, a participar na adoção de decisões em questões que afetem seus direitos, vidas e destinos, através de representantes eleitos por eles, em conformidade com seus próprios procedimentos, assim como manter e desenvolver suas próprias instituições de adoção de decisões.”.

¹²³ A Convenção 169 da OIT só fazia referência às terras indígenas.

¹²⁴ MATHIAS, Fernando; YAMADA, Érika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Disponível em <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>. Acesso em 20 de jun. 2010.

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração da ONU garante o direito de povos indígenas serem adequadamente consultados antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluindo obras de infra-estrutura, mineração ou uso de recursos hídricos.

• **Direito a reparação pelo furto de suas propriedades:** a declaração exige dos Estados nacionais que reparem os povos indígenas com relação a qualquer propriedade cultural, intelectual, religiosa ou espiritual subtraída sem consentimento prévio informado ou em violação a suas normas tradicionais. Isso pode incluir a restituição ou repatriação de objetos cerimoniais sagrados.

• **Direito a manter suas culturas:** esse direito inclui entre outros o direito de manter seus nomes tradicionais para lugares e pessoas e de entender e fazer-se entender em procedimentos políticos, administrativos ou judiciais inclusive através de tradução.

• **Direito a comunicação:** os povos indígenas têm direito de manter seus próprios meios de comunicação em suas línguas, bem como ter acesso a todos os meios de comunicação não-indígenas, garantindo que a programação da mídia pública incorpore e reflita a diversidade cultural dos povos indígenas.¹²⁵

A Declaração da ONU foi bastante pródiga no que tange à previsão de direitos territoriais aos povos indígenas. Exemplificativamente, podemos citar os seguintes dispositivos:

Artigo 10

Os povos indígenas não serão retirados pela força de suas terras ou territórios. Não se procederá a nenhuma remoção sem o consentimento livre, prévio e informado, dos povos indígenas interessados, nem sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, à opção do regresso.

Artigo 25

Os povos indígenas têm direito em manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente têm possuído ou ocupado e utilizado de outra forma, e a assumir a responsabilidade que a esse propósito lhes incumbem respeito, às gerações vindouras.

Artigo 26

1. Os povos indígenas têm direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído, ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido.

2. Os povos indígenas têm direitos a possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma de tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma.

3. Os Estados assegurarão o reconhecimento e proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. O referido reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas.

Artigo 28

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

2. Exceto quando os povos interessados hajam conveniado livremente em outra coisa, a indenização consistirá em terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica ou, em uma indenização monetária ou outra reparação adequada.

Artigo 30

¹²⁵ Ibid. Disponível em <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>. Acesso em 20 de jun. 2010.

1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que o justifique uma razão de interesse público pertinente, ou que o aceitem ou solicitem livremente os povos indígenas interessados.
2. Os Estados celebrarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, para os procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.

Artigo 32

1. Os povos indígenas têm direitos a determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.
2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados na condução de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação com o desenvolvimento, a utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.
3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa por essas atividades, e se adotarão medidas adequadas para mitigar suas conseqüências nocivas de ordem ambiental, econômica, social, cultural ou espiritual.

Como a própria Declaração apresenta no art. 44, esses direitos reconhecidos constituem normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e bem estar dos povos indígenas do mundo.

2.3 UMA ANÁLISE COMPARADA: O MOVIMENTO INDÍGENA NA AMÉRICA LATINA E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TERRITORIAIS

A lógica assimilacionista e integracionista, a que fiz referência no tópico 2.1, não são exclusividade da legislação brasileira. Os demais países da América Latina, além da África e alguns países da Ásia que passaram por processos de colonização, também se constituíram a partir da negação da alteridade. No intuito de construir o Estado-nacional, era preciso anular toda e qualquer diferença étnica, adotando o modelo de um só povo, uma só língua, um só território, uma só nação. Conforme apresenta Antônio Brito, a pretensão de unidade étnica do Estado moderno, construído à imagem de um único povo e de uma única nação, levou a que muitos grupos étnicos fossem obrigados a participar desse projeto de Estado, no qual poucos, em detrimento de muitos, detinham o poder político e ditavam a imagem que deveria ter esse povo.¹²⁶

Assim, os Estados que se constituíram pós-independência acabaram sendo formados à imagem e semelhança dos antigos colonizadores: um Estado único com um Direito único.¹²⁷

¹²⁶ BRITO, Antonio José Guimarães. *op. cit.*, 2008, p. 60.

¹²⁷ A postura desses novos Estados de negar outras sociabilidades e normatividades é refletida por Carlos Frederico Marés, quando esclarece que o “esquecimento” dos Estados latino-americanos tinha um propósito, já que, na

Para tanto, reprimiu-se de forma violenta ou sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, estado ou condição.¹²⁸

A partir da década de 1970¹²⁹, os diversos grupos étnicos indígenas da América Latina perceberam a importância de uma articulação de suas lutas de forma a traçar estratégias coletivas de resistência e de reivindicações políticas. Nesse momento, surgem diversas organizações, redes e articulações indígenas que tinham como principais objetivos lutar pela garantia de direitos diferenciados e do reconhecimento pelos Estados de suas identidades étnicas.

Como reflexo dessas lutas, as Constituições latino-americanas promulgadas no final da década de 1980 e início da década de 1990 passaram a prever direitos específicos, superando a

concepção de Estado em vigor, “não se podia conceber enclaves de grupos humanos com direitos próprios de coletividade, não reconhecidos nem integrados no sistema do Direito estatal. Os povos indígenas deveriam ser esquecidos, para dar lugar a cidadãos livres, sempre individuais, sempre com vontade individual, sempre pessoa. Sendo pessoa, o Estado ou o indivíduo indígena, seria titular de direitos e os teria garantidos. O índio, não o seu grupo, sua comunidade, sua tribo ou seu povo”. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *op. cit.*, 2009, p. 62). Ao que nos parece, a necessidade de excluir o diferente, o destoante, se devia ao fato de que o modelo de Estado que estava sendo implementado na América Latina era um modelo baseado na realidade européia. É obvio que a América Latina não era nem nunca vai ser a Europa, a indicar que tinha especificidades que não se encaixavam no desenho institucional a ser instituído. Ao invés de pensar e propor um outro modelo Estatal mais adequado à realidade latino-americana, era mais fácil negar, invisibilizar e excluir os elementos destoantes. Esse processo pode ser observado não apenas no modelo de Estado implementado, mas também no direito dele decorrente, o qual negava o caráter jurídico a todas as outras normatividades não produzidas pelo Estado. De acordo com Rouland, o direito ocidental é dotado de um sistema de representações específicas em que “as diferenças são negadas em nome da justiça e da igualdade, a unidade tende a confundir-se com uniformidade”. (ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83).

¹²⁸ Michel Mialle escreve que “[...] os colonizadores europeus encontraram nos territórios em que se instalavam formas de organização social que ignoravam a noção universalizante e abstrata de sujeito de direito; pelo contrário, as relações pessoais de dependência eram muito fortes, num universo de solidariedade social representado por grupos que iam da família à tribo. [...] foi preciso destruir esta organização social e transformar os indivíduos em sujeitos de direitos, capazes de vender sua força de trabalho. (MIALLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Moraes, 1979, p. 112). Seguindo o mesmo entendimento, Carlos Frederico Marés aponta que: “a partir da constituição do estado livre e soberano, com uma Constituição que garante direitos individuais, não se poderia mais falar de povos integrantes deste Estado, mas somente de um povo, que corresponderia a toda a população daquele território, este é o dogma do estado contemporâneo. Os povos minoritários passaram a ser oprimidos, ter suas manifestações culturais proibidas, perderam seus direitos de povo e, no máximo, adquiriram direitos individuais de cidadania e de integração. É a versão constitucional da política integracionista”. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *op. cit.*, 2009, p. 77).

¹²⁹ Tal período coincide com o *boom* dos movimentos identitários. Scherer-Warren escalerece que os movimentos sociais surgidos entre 1960 e 1980, como os movimentos de gênero e étnicos, visavam especialmente “à afirmação de suas identidades específicas, o reconhecimento público de seus valores, o respeito às diferenças culturais e a conquista de novos direitos”. (SCHERER-WARREN, Ilse. *Movimentos em cena...e as teorias por onde andam?* In: _____ (Org.). **Cidadania e multiculturalismo: a teoria social no Brasil contemporâneo**. Florianópolis: UFSC, 2000, p. 41). Destaque-se que esses novos movimentos sociais se diferenciavam dos movimentos tradicionais não só por trazerem reivindicações culturais, mas também por atuarem não pelas vias institucionais formais, ou seja, pelos sindicatos e partidos, trazendo à tona outras formas de “fazer política”. Para um aprofundamento dessa temática, ler GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais – paradigmas clássicos e contemporâneos**. 6. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

idéia de transitoriedade, construindo, assim, um novo pacto social, assentado no reconhecimento da diferença e da multiculturalidade. Nesse sentido, cita-se, exemplificativamente, a Constituição colombiana de 1991, que reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação; a reforma constitucional mexicana de 1992, que reconhece que o país “tem uma composição pluricultural sustentada originalmente em seus povos indígenas”; a Constituição paraguaia de 1992, que reconhece que o país é “pluricultural e bilíngüe”; a reforma constitucional da Bolívia em 1994 que considera a sociedade multiétnica e pluricultural; a Constituição peruana de 1993, que assegura a toda pessoa o “direito a sua identidade étnica e cultural”; e a Constituição brasileira de 1988 que defende e reconhece aos povos indígenas a sua organização social, os costumes, a língua, as tradições, as crenças, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam¹³⁰.

O advento da Convenção 169/1989, da OIT, e a promulgação da Declaração dos Povos Indígenas da ONU refletiram nas legislações de países latino-americanos, culminando, em especial, nas modificações das Constituições da Bolívia e do Equador. A Constituição da Bolívia, promulgada em fevereiro de 2009, após referendo popular, estabeleceu um Estado Plurinacional, assegurando a plena autonomia dos povos indígenas no território que ocupam. Assegurou, inclusive, que os sistemas indígenas de Justiça terão o mesmo *status* do sistema oficial existente. Já a Constituição Equatoriana, aprovada por referendo em outubro de 2008, traz o reconhecimento do direito da natureza, a Pachamama (Mãe Terra, em *quechua*) e a incorporação das línguas maternas *quechua* e *Shuar* como idiomas oficiais de relação intercultural.

Embora a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU não tenha força vinculante no âmbito internacional, as Constituições Boliviana e Equatoriana conseguiram materializar as disposições da Declaração, adequando-as ao seu próprio contexto social. A Constituição Equatoriana de 2008, por exemplo, reconheceu a autoridade da jurisdição indígena, cujas decisões devem ser respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Lembrando que, desde a Constituição de 1998, o Equador era dividido em circunscrições territoriais indígenas, o que foi mantido pelo art. 257 da nova Constituição.

¹³⁰ Para consulta do texto das referidas Constituições, ver SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. As Constituições americanas e os povos indígenas. In: RICARDO, Carlos Alberto (Org.). **Povos Indígenas no Brasil: 1991/1995**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996, p. 29-31.

A Constituição boliviana de 2007 reconheceu as formas de governo próprias dos povos indígenas, suas economias, sistemas jurídicos, medicina, educação e reprodução cultural. Em decorrência, modificou a estrutura organizacional do Estado no sentido de estabelecer a Assembléia Legislativa Plurinacional, garantindo a participação proporcional dos povos e nações indígenas; reconheceu a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena, que gozarão de igual hierarquia; criou o Tribunal Constitucional Plurinacional, do Conselho Eleitoral Plurinacional; e, por fim, organizou territorialmente o Estado com base em um sistema autônomo de vários níveis, incluindo a autonomia dos territórios indígenas.

Ao reconhecer a autonomia dos territórios indígenas, a Constituição Boliviana propõe-se a uma distribuição de poder entre unidades políticas diferenciadas que se inter-relacionam, encontrando-se associadas a uma unidade sistêmica superior, que por sua vez, é igualmente plural.¹³¹

O que fazem essas novas constituições latino-americanas é convocar os povos indígenas a participar da formulação de novos Estados, a se tornarem co-responsáveis pelos destinos comuns da sociedade, a serem sujeitos de sua própria história. Nesse sentido, propõem uma modificação nos clássicos conceitos de Estado vigentes desde o século XVIII: ao discutirem território diferenciado para além das fronteiras fictícias dos países; ao trazerem à tona novas definições de cidadania e de sujeito de direitos, para além do indivíduo; ao problematizarem a noção de povo e nação como categorias que tantas vezes os excluíram da formação e da constituição da sociedade política; ao porem em questão a nacionalidade, assentada não em um sentimento de pertença e de relação diferenciada com o território, o movimento indígena contribui definitivamente para uma reflexão sobre o Estado moderno e sobre as pactuações políticas necessárias para a convivência comum em um Estado Plural.

A perspectiva dessas novas constituições latino-americanas não parece ser a de simples inclusão das diferenças étnicas nos princípios fundadores do Estado, que permaneceriam inalterados. O modelo de organização política que se funda com essas Cartas Político-Jurídicas

¹³¹ Nesse sentido, a Constituição Boliviana representa uma releitura das ideias de Mancini, um dos teóricos do princípio da nacionalidade, que defende a livre e espontânea constituição interna da nação, criticando severamente a união forçada dos povos em nome da Constituição dos Estados. Nas palavras do autor: “um Estado em que muitas viçosas nacionalidades são sufocadas numa união forçada, não é um corpo político, mas um monstro incapaz de transmitir vida. As nações que não possuem governo saído das próprias entranhas e que servem a leis impostas de fora não tem mais vontade jurídica, já se tornaram meios dos fins de outrem e, portanto, coisas”. (MANCINI, Pasquale Stanosloao. **Direito Internacional**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Inijuí, 2003, p. 63).

parece ser distinto do Estado de anos atrás, do Estado moderno implementado na América Latina, copiado da realidade européia. O que essas novas constituições propugnam é uma transformação no modelo de Estado, propondo novos arranjos políticos que promovam uma convivência interétnica do ponto de vista de uma democracia ampla e profunda que só quem viveu a violência da colonização poderia ousar em criar.

Esse novo arranjo político está assentado no reconhecimento da autonomia dos povos indígenas. Nesse sentido, destaca Villoro:

Enquanto formos nós quem decide por eles, continuarão sendo objeto da história que outros fazem. A verdadeira libertação do índio é reconhecê-lo como sujeito, em cujas mãos está o seu próprio destino; sujeito capaz de nos julgar segundo seus próprios valores, como nos os temos sempre julgado; sujeito capaz de exercer a sua liberdade sem restrições, como nós exigimos exercê-la. Ser sujeito pleno é ser autônomo. O problema indígena só tem uma solução definitiva: o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas.¹³²

Carlos Frederico Marés aponta que:

O Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente. O exemplo de cada um dos países latino-americanos, porém, com a existência de várias Nações Indígenas com maior ou menor contato com a sociedade, faz por desmentir esta concepção. Não há país na América latina que possa se dizer constituído de um único povo, a diversidade cultural é imensa e cada povo mantém com maior ou menor rigor sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica.¹³³

Diante da conquista normativa de direitos, a luta dos povos indígenas, não só no Brasil como na América Latina, passa a ser, nos dias atuais, para inserir no plano da vida e da prática social os direitos assegurados constitucionalmente. No campo das dinâmicas sociais, a luta do movimento indígena se apresenta tantas vezes árdua, havendo avanços e retrocessos no que tange à concretização das disposições normativas.

¹³² VILLORO *apud* RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos Povos Indígenas: da Nova Espanha até a modernidade. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América Indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 238

¹³³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *op. cit.*, 2009, p. 71.

3. UM “MONTE RORAIMA” DE PROCESSOS

3.1 OS PROCESSOS DE TERRITORIALIZAÇÃO

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com cerca de 1.743.000 hectares, localiza-se no nordeste do Estado de Roraima, fazendo fronteira com a Venezuela e a Guiana, entrecortada pelos rios Maú, Tacutu, Surumu, composta de savanas e serras, além de áreas montanhosas. Integrando essa área, encontra-se o Parque Nacional do Monte Roraima, com seus mais de 2.739 metros de altura¹³⁴. A esse território físico e geográfico se sobrepõe um território social e cultural definidor de seus marcos, cujos usufrutuários e guardiães são os povos indígenas Macuxi, Wapixana, Patamona, Ingarikó e Taurepang.¹³⁵

É preciso esclarecer, no entanto, que as definições da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não foram sempre as mesmas. Elas decorreram de processos de territorialização¹³⁶ específicos, gestados no jogo de forças entre as potências coloniais e os povos indígenas, definindo uma ocupação que ora aproximou ora compeliu as populações indígenas, através da

¹³⁴ “O Monte Roraima faz parte de um terreno montanhoso com centenas de outras montanhas e montes chamados de Tepuis localizado ao Sul da Venezuela (área escalável), extremo Norte do Brasil e Oeste da Guiana constituindo a tripla fronteira. Fica na Serra de Pacaraima, é o ponto mais alto da Guiana, e a décima maior formação rochosa brasileira, com 2.739,30 metros de altitude. O Roraima destaca-se por possuir características únicas. Estima-se que tenha se erguido há mais de 2 bilhões de anos, período em que nem sequer os continentes tinham se separado e adquirido a forma que possuem atualmente. Uma das peculiaridades que mais o diferenciam de quaisquer outros montes é o fato de se parecer com uma imensa ‘mesa’, ou seja, seu topo é plano (e possui cerca de 90 km de extensão). Além disso, escorrem do monte milhões de litros de águas formando várias cachoeiras; na Venezuela os índios a chamam de ‘mãe das águas’”. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Monte_Roraima. Acesso em 20 de maio de 2011.

¹³⁵ Usaremos de forma indistinta os etnônimos Wapixana ou Wapichana e Macuxi ou Makuxi, uma vez que não há um consenso entre os etnólogos e etnolinguistas sobre a correta grafia desses termos.

¹³⁶ Fundamentado no pressuposto de que a presença colonial instaura uma nova relação da sociedade com o território, deflagrando transformações de múltiplos níveis de sua existência sociocultural, João Pacheco de Oliveira formulou a idéia de processos de territorialização, “definida como um *processo de reorganização social* que implica: i) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; ii) a constituição de mecanismos políticos especializados; iii) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; iv) a reelaboração da cultura e da relação com o passado”. O objetivo foi compreender que a territorialização não é um fato estanque, é antes processual. Daí a importância de se falar em processos de territorialização, tendo certo que “a atribuição a uma sociedade de uma base territorial fixa se constitui em um ponto-chave para a apreensão das mudanças porque ela passa, isso afetando profundamente o funcionamento das suas instituições e a significação de suas manifestações culturais”. (OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena**. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2004, p. 22).

escravidão, descimentos e aldeamentos, para dentro ou às margens do sistema produtivo colonial.¹³⁷

Não sendo a minha intenção realizar um estudo histórico sobre esses processos de territorialização, destacarei apenas alguns documentos e relatos de modo a indicar presença dos povos indígenas Macuxi, Taurepang, Ingarikó, Patamona e Wapixana na região e confrontos que se deram com a instalação de não índios nesse território.¹³⁸

A ocupação indígena na área é relatada em diversos documentos, principalmente a partir do ano de 1774, quando os portugueses tomaram posse efetiva do vale do rio Tacutu, com a expulsão de um destacamento militar espanhol na foz do Rio Mau, empreitada que contou com o apoio dos indígenas locais (Macuxi). No ano seguinte, os portugueses se estabeleceram em caráter definitivo nesta área, com a construção do Forte de São Joaquim, na confluência dos rios Tacutu e Uraricoera, o qual contou com mão-de-obra indígena.

Nesse período, a estratégia da colônia portuguesa era aldear a população indígena e estimular confrontos entre os diversos grupos, de modo a aumentar o contingente de mão-de-obra indígena e escrava. Além disso, esse aldeamento representava a garantia incontestada da soberania de Portugal sobre o território do vale do Rio Branco.¹³⁹ Nesse sentido, desde os primeiros anos de ocupação colonial, já se podia detectar uma grande mudança na composição étnica e demográfica da região do alto Rio Branco. Como relatam Nádya Farage e Paulo Santilli, a ocupação portuguesa acarretou graves processos de depopulação indígena e a extinção de alguns povos, com o conseqüente fortalecimento de outros. Os grupos que resistiram a esse processo acabaram

¹³⁷ Uma narrativa importante desses processos de territorialização entre os Macuxi da área hoje correspondente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol pode ser lida em SANTILLI, Paulo. **Pemongon Patá**: território Macuxi, rotas de conflito. São Paulo: Unesp, 2001.

¹³⁸ Para estudos aprofundados sobre história dos povos da Raposa Serra do Sol ver FARAGE, Nádya. **As muralhas dos Sertões**: os povos indígenas no Rio Branco e a colonização. Rio de Janeiro: Paz e Terra/ANPOCS, 1991; VIEIRA, Jaci Guilherme. **O Rio Branco se enche de História**. Boa Vista: Editora UFRR, 2008; VIEIRA, Jaci Guilherme. **Missionários, Fazendeiros e índios em Roraima**: a disputa pela terra – 1777 a 1980. Roraima: Editora UFRR, 2005.

¹³⁹ O aldeamento de indígenas era uma método de concentração da população nativa com o objetivo de permitir a colonização do território, liberando as áreas tradicionais de ocupação indígena aos fins da empresa colonial. Na região do Rio Branco, porém, os aldeamentos tinham muito mais o objetivo de resguardar as possessões de Portugal das invasões de holandeses e espanhóis, tendo, portanto, feição nitidamente estratégico-militar.

vivendo processos marcantes de fusão, ou seja, de reelaboração social e cultural, bem como um refluxo territorial marcante.¹⁴⁰

De modo a assegurar a soberania portuguesa nesse território, frente às incursões holandesa, espanhola e inglesa, o governo colonial adotou a iniciativa explorar economicamente os campos do alto Rio Branco, introduzindo a pecuária extensiva, concomitantemente com a fundação da Fazenda do Rei, sob a administração do contingente militar do Forte de São Joaquim.¹⁴¹

O modelo de ocupação da região se manteve no período imperial, tendo sido criadas três fazendas nacionais na região: São Bento, São José e São Marcos, que abrangiam quase toda a extensão dessas terras e eram confinantes com os domínios estrangeiros, garantindo o domínio e a propriedade estatal da área. O gado, usado como instrumento de ocupação e conquista territorial, também serviu para expulsar os indígenas de sua terra, agora vista como terras do Estado, em uma tentativa de integrá-los à sociedade nacional, através de sua utilização como mão-de-obra barata, como peões e vaqueiros.

Em meados do século XIX, o naturalista Schomburgk apresentou as primeiras descrições mais detalhadas referentes ao território de ocupação Macuxi, Ingarikó e Patamona, localizando, com precisão, dezenas de aldeias, situadas nos vales dos rios Contigo, Mau (Ireng), Tacutu e Rupunini.¹⁴² No século seguinte, o etnólogo Koch-Grünberg, ao elaborar um estudo bastante volumoso sobre os povos indígenas na região do Rio Branco, relatou os limites da área de ocupação Macuxi:

[...] seu território principal se encontra como na época do seu primeiro contato com os europeus, desde fins do século XVIII, entre o Tacutu, seu afluente direito, o Mahú ou Ireng e o Rupununi, o grande afluente esquerdo do Alto Essequibo, no território fronteiro entre Brasil e Guiana Inglesa, onde eles habitam principalmente a grande serra Canucu, coberta pela selva. Desde aí se estendem pelo oeste-noroeste até o Contigo e mais adiante em povoações isoladas por ambas as margens do Surumu e pelo sul deste na savana ondulada até a região do Alto Parimé-Amruá ao lado dos Wapixana.¹⁴³

¹⁴⁰ FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. Estado de Sítio. Territórios e identidades no vale do Rio Branco. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). **História dos Índios do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/FAPESP, 1992, p. 268-269.

¹⁴¹ Esse período e as estratégias do governo português para manter sua soberania na região são narrados por NABUCO, Joaquim. **O direito do Brasil**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1941.

¹⁴² SANTILLI, Paulo. **Parecer Antropológico**. Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 1993, p. 5.

¹⁴³ KOCH-GRÜNBERG, T. **Del Roraima al Orinoco**. Caracas: Ediciones Del Banco Central de Venezuela. v. III. 1982, p. 20.

Diante da presença indígena na região, foi instalada uma sede da Inspeção Regional do Serviço de Proteção ao Índio na Fazenda São Marcos (propriedade do Estado), situada à margem direita do rio Tacutu, tendo jurisdição sob todo o vale do Rio Branco. À época, funcionários da instituição relataram ao capitão Alípio Bandeira, diretor da 1ª Inspeção do SPI, que:

Ora, a inspeção do Serviço de Proteção aos índios ao estabelecer sua ação nos territórios do rio branco e seus afluentes, encontrou a maior parte da região acima, somente, exclusivamente, de fato sob a posse dos índios, ainda completamente selvagens uns, outros já em contato freqüente com os civilizados, porém vivendo com seus usos, costumes e linguagem.¹⁴⁴

Em 16 de outubro de 1917, o Governador do Estado do Amazonas¹⁴⁵, Pedro de Alcântara Barcelar, editou a Lei n. 941, em que o autorizava a conceder, “como posses imemoriais por ocupação primária, todas as terras possuídas atualmente por índios selvagens e semi-civilizados”. Esta Lei estabelecia, no art. 5º, *a*, a reserva para o domicílio e o aproveitamento dos índios Macuxis e Jaricunas, aí estabelecidos com pequena agricultura e criação de gado, a região compreendida entre os rios Surumu e Contigo e as serras Mairary e Conopiáepim, no município de Boa Vista do rio Branco¹⁴⁶.

Consoante o Relatório da Inspeção do Serviço de Proteção aos Índios do Estado do Amazonas e Território do Acre, de 02 de março de 1925, foi procedida a medição da área reservada na lei estadual, pelo ajudante Dagoberto de Castro e Silva. Entretanto, remetido o processo para expedição do competente título de concessão, o Desembargador Cesar do Rego Monteiro, então governador do Estado do Amzonas, entendeu de anulá-lo, tendo, inclusive, editada lei, em 1922, que revogou a Lei n. 941/17.

Em 1927, a Comissão de Inspeção de Fronteiras, instituída pelo Ministério da Guerra, percorreu, sob o comando do General Cândido Rondon, o cursos dos rios Tacutu, Surumu, Contigo e Maú (ou Ireng), tendo encontrado as proximidades de suas margens ocupadas por dezenas de aldeias Macuxi, Ingarikó, Patamona e, ao sul, Wapixana. Apesar da migração forçada

¹⁴⁴ Memorandum enviado pelo ajudante da 1ª Inspeção do SPI, Augusto Zany, ao diretor, capitão Alípio Bandeira. Manaus, 15 de janeiro de 1914. Atualizei o teor do documento para o português atual, de modo a facilitar a leitura e a compreensão.

¹⁴⁵ Na época, a área correspondente ao atual Estado de Roraima estava sob a jurisdição do Estado do Amazonas.

¹⁴⁶ Em 1858, Boa vista foi transformada na sede da então criada Freguesia de Nossa Senhora do Carmo do Rio Branco. Em 1890, a sede da Freguesia se transforma em Município de Boa Vista do Rio Branco, pertencente ao Estado do Amazonas.

dos índios para lugares ermos e para o território guianense, fomentada com a chegada de colonos civis, o que, aliás, despertou também a atenção e a preocupação dos estrategistas militares, a região ainda permanecia povoada quase que exclusivamente pelos indígenas.¹⁴⁷

Com o declínio da exploração da borracha na Amazônia, no início do século XX, os trabalhadores que se dirigiram àquela região em busca de melhores condições de vida acabaram migrando para Roraima, iniciando, efetivamente, o processo de ocupação colonizadora na região do Rio Branco. A situação se agrava com a descoberta do ouro, em 1930, no rio Maú, por Severino Pereira da Silva, ou Severino Mineiro. Tem início, assim, uma romaria de garimpeiros de diversas partes do país, notadamente da própria Amazônia e do nordeste, que ali pouco a pouco foram estabelecendo posses particulares em terras pertencentes ao Estado e/ou de ocupação indígena.

Tais posses particulares passaram a receber respaldo jurídico pelo governo do estado do Amazonas, que detinha jurisdição sobre as terras do Rio Branco, com as expedições de títulos de propriedade privada, as quais deveriam incidir sobre terras devolutas. Ocorre que, como dificilmente era realizada medição e inspeção em loco, muitas terras do Estado e de ocupação indígena acabaram sendo “loteadas”, repassando-se os títulos correspondentes a particulares. Com a criação do Território Federal de Roraima, em 1943, o controle da política fundiária na região retorna para as mãos do governo federal.

Destaco que a presença de garimpeiros, a partir da década de 1930, se dá de modo disperso e esporádico. Somente a partir de 1990, a ocupação não índia ganhou mais força, principalmente devido à chegada dos garimpeiros que foram retirados da Terra Indígena Yanomami durante a operação “Selva Livre”, do governo federal.

A presença crescente dos garimpeiros na região trouxe impactos de diversas ordens na dinâmica sociocultural dos povos indígenas e ao meio ambiente. Dentre esses impactos, cito: a) poluição das águas dos rios com óleo e mercúrio utilizados pelos garimpeiros; b) destruição das várzeas e matas ciliares pela atuação de maquinários; c) propagação de doenças não conhecidas dos indígenas; d) formação de “corrutelas” (pequenos vilarejos) para servir de apoio aos garimpeiros; e) introdução e aumento do consumo de bebida alcoólica; f) casos de violência

¹⁴⁷ RONDON, Cândido Mariano da Silva. **Diário de Inspeção de Fronteiras realizada pelo General Cândido Mariano da Silva Rondon**. 1928, p. 69-71.

cometidos por garimpeiros contra indígenas; g) prestação de trabalhos exaustivos pelos indígenas em troca de gêneros manufaturados, implicando em uma menor dedicação à agricultura e à caça e maior dependência de gêneros alimentícios industrializados; h) prostituição de mulheres Macuxi e desagregação de famílias.¹⁴⁸

Em 1993, os indígenas, resistindo a essa situação, fecharam a estrada que passa pela Aldeia Maturuca, utilizada pelos garimpeiros para acessar os locais de extração de minérios, formando uma barreira humana, bloqueando o trânsito de veículos. A ação objetivava chamar a atenção do Poder Público para a necessária retirada dos garimpeiros da terra indígena.

Em fevereiro de 1998, devido à intensificação dos conflitos com garimpeiros, formou-se uma comissão de representantes dos índios, dos fazendeiros, da Prefeitura Municipal e da Câmara de Vereadores do Município de Uiramutã, Funai, Polícia Federal e Procuradoria do Estado, para evitar novos confrontos entre índios e não índios no processo de reocupação, pelas comunidades indígenas, de áreas anteriormente invadidas por garimpeiros.¹⁴⁹

Paralelamente à presença dos garimpeiros, as terras ocupadas pelos indígenas na área da Raposa Serra do Sol, desde a instalação das Fazendas Nacionais, vinham sofrendo restrições com a criação extensiva de gado, consistindo no pastoreio do gado pelos campos naturais, sendo a política pecuarista desenvolvida pelo Estado para resguardar o território uma ameaça à sobrevivência física dos povos indígenas, implicando em redução de áreas agricultáveis e diminuição de áreas de caça.

A criação extensiva de gado implementada por particulares nos séculos seguintes reforçou essa ameaça. A estratégia utilizada por posseiros para conquistar a confiança indígena e apropriar-se das terras é descrita no Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

¹⁴⁸ Essas conseqüências dos garimpos na área de ocupação tradicional dos indígenas Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona são relatadas em SANTILLI, Paulo. **Laudo pericial antropológico da Carta Precatória n. 93.000969-9, componente do Processo n. 91.13363-9.** Justiça Federal da 1ª. Região. Roraima. Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 1994, p. 875.

¹⁴⁹ No mesmo mês (fevereiro de 1998), a Funai, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal realizaram operação para retirada de garimpeiros na região dos rios Quinô, Quém, Xiriqui e Suapi. Sobre esse episódio, o Coordenador Geral do Conselho Indígena de Roraima, Jerônimo Pereira da Silva, escreveu, em Carta n. 139/98/CIR, de 05 de maio de 1998, que “após a operação, as vilas Socó, Água Fria, Mutum e Surumu e a sede do Município de Uiramutã, que são habitadas por garimpeiros e dependem do garimpo ilegal como fonte de renda, tornaram-se insustentáveis economicamente e desabitadas, transformando-se em verdadeiras vilas fantasmas”.

O primeiro invasor, geralmente, ao chegar na região pedia autorização ao tuxaua¹⁵⁰ para morar numa velha choupana nas proximidades de um sítio antigo abandonado pelos índios. O tuxaua dava permissão. Com o passar dos anos, o posseiro veio a se transformar num criador de gado. Com isso, a caça vai ficando cada vez mais rara na região, mas como o posseiro às vezes dava um pouco de leite e um pedaço de carne para os índios, havia uma acomodação à situação sem que houvesse conflitos manifestos. Com o tempo, a região foi transformada em um “depósito de gado”, o que significa, a nível regional, um lugar para a engorda do rebanho [...] Por essa ocasião, o posseiro não pedia mais autorização ao tuxaua para tomar qualquer decisão sobre a terra. Era ele quem decidia o que fazer, aonde o gado devia passar e quem deveria morar na choupana que outrora pertencia à comunidade [...]. Vendendo suas benfeitorias a novos posseiros, os índios passam a ser considerados invasores, confinados a faixas de terra nas encostas das serras. A terra que o posseiro julga ser dono é cercada.¹⁵¹

O trecho acima relata como a relação inicial entre posseiros e indígenas não implicava na perda do domínio do território pelos segundos. Havia uma espécie de contrato verbal¹⁵² em que o posseiro se comprometia a fornecer leite e carne enquanto os indígenas iam permitindo que ele ocupasse as terras tradicionalmente ocupadas por eles. Com o tempo, essa relação de compadrio foi sendo substituída e os indígenas passaram a ser os ocupantes ilegais das terras que nunca deixaram de ser deles¹⁵³. Nesse novo quadro de relações, Nádía Farage e Paulo Santilli escrevem que:

[...] a população indígena se circunscreve às margens das fazendas, ou os índios são vistos como “agregados” a elas, termo que define, em suma, aqueles a quem não mais se reconhecia o direito à posse das terras. Quadro *sui generis* como se vê, a ocupação de terras em muito se baseava na imposição de uma outra ordem de realidade sobre aquela dos povos indígenas e seus territórios, assim como, em termos espaciais, o desenho das aldeias.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Tuxaua é o nome dado pelos indígenas de Roraima para o líder político da aldeia. Em outros povos indígenas, essa figura é conhecida como cacique.

¹⁵¹ MELO, Maria Guiomar de. **Lauda Antropológico**. Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 1993, p. 32.

¹⁵² Na visão da classe empresarial de Roraima, incluindo pecuaristas e rizicultores: “as fazendas, sítios ou qualquer outra forma de estabelecimento rural sempre foram implantados com total consentimento dos antigos habitantes da região, numa espécie de aliança verbal, na qual o novo produtor se comprometia a fornecer carne bovina, quando fosse necessário, gratuitamente ou como forma de pagamento de mão-de-obra. São quase dois séculos de convivência pacífica entre índios e não índios e, ao longo desses anos, numa necessária e insubstituível simbiose. As fazendas foram multiplicando-se, assim como as malocas (hoje comunidades indígenas) e a amplidão de nossos campos gerais ou lavrados sempre pode abrigar a todos, numa harmonia produtiva que até hoje persiste e se faz necessária”. (Documento da Associação Comercial e Industrial de Roraima – CT/ACIR/n. 060/91, de 23 de maio de 1991. Processo Administrativo n. 3233/77, p. 1149).

¹⁵³ Na obra coletiva elaborada pelos professores indígenas da Região das Serras, Terra Indígena Raposa Serra do Sol, há relatos da entrada dos fazendeiros na terra indígena: “eles diziam que queriam ter um lugar para viverem juntos com a gente, pareciam ser todos bons. Mas o que queriam era se apossar das nossas terras”. (CLEMENTINO, Alcelino et all. **Filhos de Makunaimi** – vida, história e luta. Ou vai ou racha, a luta continua... Boa Vista: Loyola, 2004, p. 26).

¹⁵⁴ FARAGE, Nádía; SANTILLI, Paulo. *op. cit.*, p. 276.

Após um longo período de dependência, os indígenas começaram a reagir à situação imposta, reconquistando o seu território com o mesmo instrumento que foi usado para que não-indígenas se apossassem e os expulsassem de suas terras: o gado. Incentivados por missionários da Consolata, que estavam na região desde 1940¹⁵⁵, os indígenas começaram a criar gado. Sobre a experiência de criação de gado, os povos indígenas da Raposa relatam:

O projeto do gado nasceu de um acordo e do compromisso das comunidades makuxi da Região das Serras com a Diocese de Roraima, onde a Diocese e a comunidade se comprometem em manter a decisão de cuidar do gado. O projeto é composto por 50 matrizes e 02 reprodutores que é repassado de uma comunidade para a outra no prazo de 05 anos, responsabilizando-se pelo cuidado e trato às próprias custas e o resultado da procriação destes fica para a comunidade. Tem como objetivo oferecer soluções para o problema da terra e alimentação dentro de um trabalho comunitário para a autonomia do nosso povo, melhorando a nossa qualidade de vida.¹⁵⁶

Outra decisão que refletiu no fortalecimento político dos indígenas da Raposa Serra do Sol foi a de criação de um Conselho Indígena mais amplo que os conselhos regionais, que tinha como objetivo articular o movimento indígena a nível nacional e internacional. Assim, em 1987, foi fundado o Conselho Indígena do Território de Roraima (CINTER). Posteriormente, com a transformação do Território de Roraima em Estado¹⁵⁷, o CINTER mudou o Estatuto, passando a se chamar Conselho Indígena de Roraima (CIR).¹⁵⁸

No final da década de 1980 e início da década de 1990, as posses rurais dos particulares expandiram-se significativamente, não só movidas pela pecuária extensiva, mas também pela

¹⁵⁵ Antes deles, nos primeiros anos do século XX, os Beneditinos já realizavam trabalhos missionários com os Macuxi. Em 1962, os Missionários da Ordem da Consolata construíram a primeira escola na Aldeia Maturuca, passando a concentrar os trabalhos pastorais nas próprias comunidades indígenas e não mais nas fazendas.

¹⁵⁶ CLEMENTINO, Alcelino et al. *op. cit.*, 2004, p. 41.

¹⁵⁷ A Constituição Federal de 1988 transformou o Território de Roraima em Estado da Federação, conforme o art. 14 do ADCT. Desde a sua criação, portanto, o Estado de Roraima conta com a presença de numerosos grupos indígenas, sendo a população indígena ali residente a terceira maior do país, ficando atrás apenas dos Estados do Amazonas e de Mato Grosso.

¹⁵⁸ Os objetivos do Conselho Indígena de Roraima elencados no art. 2º do Estatuto da organização são: defender os direitos e interesses dos povos indígenas; fortalecer a autonomia dos povos indígenas de Roraima; respeitar e proteger judicial e extrajudicialmente os interesses indígenas, bem como o meio ambiente, o indígena como consumidor e o patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico e cultural; estimular e apoiar a autonomia cultural, econômica e social dos povos indígenas; desenvolver atividades nas áreas de saúde, educação, cultura, subsistência, desenvolvimento econômico e bem estar social dos povos indígenas; promover ações e acompanhar a demarcação, regularização e garantia dos territórios indígenas; estimular e promover a valorização das tradições culturais dos povos indígenas; promover iniciativas que assegurem respeito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e todas as demais formas de manifestação cultural dos povos indígenas.

produção de grãos em larga escala (agronegócio)¹⁵⁹. Se a pecuária extensiva já causava prejuízos aos povos indígenas imagine quando as terras começaram a ser cercadas e se estabeleceu a exclusividade de passagem e permanência em determinadas glebas.

De acordo com Vincenzo Lauriola, Arnaldo Carneiro Filho, Jorge da Costa e Gecimar Morais Malheiro, dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), de 1987 a 2005, sobre o território indígena Raposa Serra do Sol demonstraram que o ano de 1992 foi o primeiro em que a presença de lavouras de grande porte é detectada nas imagens geradas pelos satélites Landsat 5 e 7.¹⁶⁰ Nos anos seguintes, no entanto, houve uma enorme expansão dessas fazendas. Nesse sentido, os autores afirmam que:

Nas imagens de satélite, as lavouras aparecem nitidamente dentro da terra indígena, pela primeira vez, em 1992, apresentando área total de 2.111,83 ha. Em 1997, elas já ocupam, em conjunto, 6.294,8 ha, área que aumenta para 7.585,26 ha em 1998 e para 10.348,59 ha em 2001, até alcançar 14.444,04 ha em 2005. Portanto, mesmo considerando a primeira portaria demarcatória (de 1998) como possível divisor de águas entre a boa e a má-fé, pode-se afirmar que pelo menos metade da área total das lavouras em 2005 é de má-fé.¹⁶¹

Como se vê, em 2005, as áreas de lavouras eram 7 vezes maior que no ano de 1992, gerando, com esse crescimento e além dele, diversos crimes ambientais, que certamente constituirão um passivo arcado pelas comunidades indígenas. Dentre esses crimes estão a eliminação da vegetação nativa, inclusive em áreas de preservação permanente (provocando perda local de biodiversidade) e mudança na estrutura dos recursos hídricos (represamento de rios e igarapés, mudanças no curso de rios, aterramento de lagoas).

Essas fazendas, entretanto, contaram com o apoio do Estado de Roraima e do Governo Federal com infra-estrutura (construção das rodovias n. 174 e 210), assessoria técnica e incentivos fiscais. Além disso, as glebas onde se instalaram foram, na maioria, titularizadas junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Assim, o Estado, com a sua política de desenvolver a região, acabou promovendo o esbulho indireto ao conceder títulos e incentivos

¹⁵⁹ No Processo Administrativo n. 3233/77/FUNAI, que objetivava a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, consta que os registros de posse dessas fazendas, principalmente as voltadas para a produção de grãos, foram viabilizados junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária a partir de 1988, depois do início da identificação da área indígena em questão. (Processo Administrativo n. 3233/77/FUNAI, p. 1728).

¹⁶⁰ LAURIOLA, Vincenzo; CARNEIRO FILHO, Arnaldo; COSTA, Jorge da; MALHEIRO, Gecimar. **A invasão das monoculturas**. Revista Ciência Hoje, v. 41, n. 244, dezembro de 2007, p. 53.

¹⁶¹ LAURIOLA, Vincenzo; CARNEIRO FILHO, Arnaldo; COSTA, Jorge da; MALHEIRO, Gecimar. *op. cit.*, 2007, p. 54.

fiscais para a instalação de atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente e que implicaram em restrição ao usufruto dos povos indígenas que sofrerão os impactos ambientais por muitas gerações.

Em dezembro de 1998, com a publicação da Portaria n. 820/98 do Ministério da Justiça, declarando como indígena uma área de 1.678.800 hectares, os conflitos entre ocupantes não índios e indígenas se intensificaram.

Objetivando diminuir esses conflitos e retomar o seu território, os povos indígenas da Raposa Serra do Sol passaram a indenizar as benfeitorias dos fazendeiros com recursos próprios. Essa estratégia, conforme narrou o Coordenador Geral do Conselho Indígena de Roraima, Jerônimo Pereira da Silva em Carta n. 139/98/CIR, dirigida à Administração Regional da Funai em Boa Vista, implicou em uma diminuição no número de ocupantes não índios, tendo diversas fazendas sido desativadas, reincorporando-se suas áreas ao patrimônio indígena.

A estratégia dos indígenas, entretanto, não diminuiu os conflitos, que passaram a encontrar na arena judicial o espaço para sua expressão. Diversas ações foram protocoladas, principalmente, na Justiça Federal em Roraima e perante o Supremo Tribunal Federal.

Tão importante quanto discorrer sobre os elementos contidos na historiografia oficial é tecer comentários sobre o modo como os povos da Raposa Serra do Sol se relacionam com o território que ocupam. Identificar como cada marco geográfico é conhecido pelos grupos, estando inserido dentro de uma dinâmica sociocultural própria, é a principal “prova” da ocupação tradicional desses povos que, além de dilargada no tempo, é qualificada no espaço sociocultural.

Os povos indígenas que tradicionalmente ocupam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol compreendem-se como povos que se auto-identificam como *Kapon* e *Pemon*, unidades étnicas mais amplas de filiação linguística Carib. Os Kapon são constituídos de dois subgrupos: os Akawaio e os Patamona, sendo que, no Brasil, os Akawaio são conhecidos como Ingarikó. Sob a designação Pemon, identificam-se os Macuxi e Taurepang. Na região da Gran Sabana e das terras baixas adjacentes, no território venezuelano, ocupam tradicionalmente outros dois subgrupos dos Pemon: Kamarakoto e Arekuna¹⁶². Além desses, também ocupam tradicionalmente a região os

¹⁶² Acerca da identificação das etnias, Nádía Farage esclarece que: “sabe-se que a etnonímia, via de regra, representa um problema metodológico para a história indígena que se vale de fontes escritas: um só etnônimo pode encobrir vários grupos étnicos e, reversamente, vários etnônimos podem estar sendo utilizados nas fontes para designar um mesmo étnico”. (FARAGE, Nádía. *op. cit.*, 1991, p. 19).

indígenas Wapixana, que falam língua do tronco linguístico Aruak. Dentre esses grupos, a população Macuxi é, sem dúvida, a mais numerosa, tendo aproximadamente 12 mil indivíduos, de um total de 19 mil que ocupam hoje a terra indígena Raposa Serra do Sol.

Embora distintos do ponto de vista da distribuição espacial e da identidade cultural, os *Kapon* e os *Pemon* guardam afinidade quanto à organização social, sistema de valores, crenças e cosmologias¹⁶³. A prolongada convivência, embora nem sempre pacífica¹⁶⁴, aproximou-os culturalmente a ponto de criar-se uma intrincada e complexa rede de trocas, alianças e vínculos, geradora de intensos e estreitos laços de inter-relacionamento.

Casamentos, formas de produção e ligação com seres míticos, somados com muitos outros elementos típicos da investigação antropológica, justificam, portanto, a demarcação de um território contínuo com a dimensão proposta. De acordo com Paulo Santilli,

[...] os Macuxi, os Ingaricó e outros povos de filiação linguística Carib na região das Guianas apresentam uma forte tendência uxorilocal, isto é, a prática tradicional do casamento associado à residência posterior do casal na aldeia da família da esposa. De acordo com essa tendência, as mulheres, com o casamento, permanecem vivendo na aldeia de origem, ao passo que os homens deslocam-se no espaço físico e social, durante sua trajetória de vida. Com o casamento, o marido deve mudar-se para as proximidades, ou mesmo para a residência da família da esposa, e se dispor a prestar serviços aos sogros, trazendo caça, pesca, participando dos trabalhos na roça, na construção ou reparo da casa, na coleta de fibras vegetais, na fabricação de utensílios domésticos, enfim, em todas as atividades masculinas. A partir da concepção dos primeiros filhos, o jovem casal deve abrir uma área própria de cultivo, construir uma casa separada da família da mulher, formando assim um novo grupo doméstico relativamente autônomo.¹⁶⁵

Os povos da Raposa Serra do Sol são eminentemente agricultores, produzindo alimentos básicos que compõem a sua dieta a partir da agricultura de coivara, técnica de rotatividade de

¹⁶³ Nas narrativas dos povos da Raposa, a figura mítica de Makunaimê é central: “Makunaimê foi um homem sábio, inteligente e tinha o poder de fazer coisas extraordinárias. Tudo o que pedia, era atendido. Quando acontecia uma tempestade bastava falar, a tempestade parava. Ressuscitava até os mortos. Makunaimê foi um pajé muito forte. Desde lá até hoje nós, o povo Makuxi, temos nossos pajés, graças a Makunaimê. Aquele que nos deixou o dom da saúde. Ensinou a seus dois filhos a viver. [...] Com desenhos deixou sinalizado nas pedras onde seus descendentes deviam morar perturbações. Nas terras onde vivemos temos esses desenhos deixados por Makunaimê por isso lutamos por elas. São nossas e são as terras que o nosso grande pajé nos deixou”. (CLEMENTINO, Alcelino et all. *op. cit.*, 2004, p. 13).

¹⁶⁴ Delta Maria de Souza Maia relata que as relações entre os Wapixana e os Macuxi nem sempre foram pacíficas. Entretanto, desde o século XX, buscaram estreitar suas diferenças belicosas, “numa união de forças para o favorecimento de suas lutas, agora organizacionais, visando a manutenção e a preservação de seus patrimônios culturais”. (MAIA, Delta Maria de Souza. **União como opção**: de tradicionais adversários a atuais aliados, Wapixana e Macuxi na luta pelos direitos de cidadania dos povos indígenas em Roraima – 1900/1988. Capítulos de Tese inéditos. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007, mimeo, p. 13).

¹⁶⁵ SANTILLI, Paulo. *op. cit.*, 1994, p. 826.

culturas que prevê um período de “descanso” do solo, para reposição de nutrientes. Cultivam, sobretudo mandioca, batata e milho. As tarefas que exigem maior esforço, como é o caso da derrubada das matas ou a colheita de algum gênero, como o milho, são feitas de forma coletiva, reunindo em mutirão (*ajuri*¹⁶⁶) indivíduos de diversas aldeias.

As expedições de caça, pesca e coleta de frutos, tubérculos, resinas e fibras silvestres também são realizadas coletivamente, por grupos de indivíduos que vivem em aldeias distintas. Essa interação entre aldeias abrange também a celebração de festas e rituais, como os bailes parixara e Aleluia, relacionados com os ciclos anuais de atividades e com os rituais xamanísticos de cura, durante as sessões de pajelança.

As condições climáticas locais e a pouca fertilidade levam à exaustão do solo em poucos anos obrigando a aldeia a um sistema de rodízio de áreas cultiváveis e a uma mobilidade relativa, restrita à área de uso da comunidade. Tal sistema implica na dispersão populacional. Cada aldeia, composta, no máximo, por duzentas pessoas, distancia-se de outras aldeias entre 10 a 30 km, distância necessária à preservação dos recursos ambientais.

Não há, contudo, vazios entre as aldeias. Todo e qualquer espaço na Terra Indígena Raposa Serra do Sol é preenchido de sentido, um sentido, óbvio, culturalmente situado. Nessa toada, é relevante enfatizar a existência de uma infinidade de caminhos e trilhas que ligam os locais de caça, pesca, de roças e as diversas aldeias. Esses caminhos passam a ser intensamente percorridos, como afirma Santilli,

[...] durante a estiagem, quando visitam os parentes, estabelecem relações de troca, de reciprocidade, de afinidade, e mesmo reforçam os vínculos de intercâmbio e de aliança política entre as parentelas, nas festas e celebrações rituais que se realizam preferencialmente nesta ocasião.¹⁶⁷

É justamente essa dinâmica de deslocamento dos índios pela região que se configura como imprescindível para a sobrevivência física do grupo e para a manutenção das formas próprias de organização social.

Os pontos geográficos que identificam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol constituem componentes destacados da tradição oral Macuxi e Ingaricó, referências da memória oral através

¹⁶⁶ O *ajuri* é um sistema de trabalho comunitário que funciona da seguinte forma: quando um membro da comunidade tem necessidade de realizar o seu trabalho, ele convida pessoas para ajudá-lo, fornecendo, em contrapartida, a comida e a bebida.

¹⁶⁷ SANTILLI, Paulo. *op. cit.*, 1994, p. 822.

dos quais os indígenas identificam as antigas aldeias, as povoações antecedentes, “permitindo aos indivíduos identificar sua posição social, reconhecer os vínculos de descendência com seus ancestrais [...], os laços de consaguinidade e afinidade que os vinculam aos seus contemporâneos e vizinhos”.¹⁶⁸

Nesse contexto, um marco geográfico assume relevo especial: o Monte Roraima, associado ao centro indiferenciado e primordial do universo. De acordo com as narrativas indígenas, a atual configuração do mundo foi forjada pelos irmãos Macunaíma e Insikiran que cortaram a grande árvore da vida, isto é, a árvore Wazaká, onde cresciam todas as plantas conhecidas. Uma vez cortada, os galhos da Wazaká espalharam-se pelos locais onde crescem as árvores atualmente. O tronco da árvore da vida, que permanece no solo, é precisamente o Monte Roraima, situado na serra Pacaraima. Desse tronco jorrou, a partir de então, uma torrente de água que deu origem aos rios atuais, nitadamente o Maú (Ireng), o Contigo, o Miang, o Surumu e Tacutu, que atravessam o território indígena. Os dois irmãos, ancestrais míticos dos indígenas atuais, nas suas peripécias por esse mundo, também criaram as pragas, as doenças que afligem os homens e os procedimentos de cura que as neutralizam.¹⁶⁹

Tais semelhanças entre os grupos permitem que se estabeleça entre as diversas aldeias uma intensa rede de trocas e alianças políticas, geradora de uma unidade territorial própria que foi forjada a partir de processos de territorialização específicos, que a proposta de demarcação busca preservar.

3.2 OS TRABALHOS DE DEMARCAÇÃO

Os trabalhos de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol começaram em 1975, quando a Funai, dando cumprimento ao art. 198, da Emenda n. 1, de 1969, editou a Portaria n. 77/P, de 4 de fevereiro de 1975, constituindo Grupo de Trabalho para a definição de terras indígenas no Território Federal de Roraima.

Como esse grupo não concluiu os trabalhos, o então Delegado da 10ª Delegacia Regional da Funai, José Carlos Alves, encaminhou, em março de 1977, ao Diretor Geral de

¹⁶⁸ Idem. 1994, p. 939.

¹⁶⁹ SANTILI, Paulo. *op. cit.*, 2001.

Operações da Funai, o Ofício n. 078, no qual solicita: “gestões junto aos órgãos competentes da Funai para a criação da citada reserva antes que o Território seja invadido pelos colonos, vindos de outras partes do Brasil, o que ocorrerá tão logo seja aberta ao tráfego, a estrada BR 174 – Manaus/Boa Vista”.

Dessa forma, iniciou-se a tramitação do Processo Administrativo n. 3233/77, no âmbito da Fundação Nacional do Índio, para identificação e delimitação da Área Indígena Raposa Serra do Sol, tendo sido publicada nova Portaria (n. 111/77, seguida da n. 550/P/1977), para dar início aos procedimentos demarcatórios, sob a vigência do Decreto n. 76.999/76.¹⁷⁰

No aludido processo, consta a Informação n. 180/77-DGPC/Funai, de 5 de setembro de 1977, em que a antropóloga Ana Maria da Paixão registra a necessidade de o órgão indigenista oficial demarcar as áreas indicadas pelas lideranças indígenas, discordando das sugestões de transferência das malocas¹⁷¹ situadas na área da Raposa Serra do Sol para a Fazenda São Marcos:

O problema de terras no Território [Federal de Roraima] agrava-se a cada dia, com a implantação de agropecuárias, indústrias e extração de minérios, sendo lamentável a situação em que se encontram os indígenas. Não aceitamos a transferência dessas “malocas” para a área da Fazenda São Marcos, principalmente, porque isto significa abandono de seu “habitat” tradicional, onde eles conhecem a terra. Não adiantaria qualquer decisão neste sentido, pois aquelas comunidades se recusariam a abandonar suas terras tradicionais. Quanto mais delongas houver na definição de áreas no Território Federal de Roraima, tanto mais difícil se tornará a defesa das terras indígenas. No caso, as terras foram delimitadas acertadamente pela própria comunidade, cabendo apenas ao Órgão oficiá-la.

Nos anos de 1979, 1984 e 1988, foram constituídos Grupos de Trabalho para que se levantasse o perímetro a ser delimitado, respectivamente 509/1979¹⁷²; 1645/1984; 171/MI/1986; PP 347/1988. O Grupo de Trabalho instituído pela Funai, em 1979, concluiu seu levantamento

¹⁷⁰ O Decreto n. 76.999, de 8 de janeiro de 1976, regulamentou o procedimento para a demarcação das terras indígenas, no período dos governos militares, cumprindo o art. 19 da Lei n. 6.001/73, que assim dispõe: “art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. § 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória”.

¹⁷¹ Maloca é o termo utilizado pelos indígenas da região para indicar suas aldeias.

¹⁷² A Portaria n. 509/E, de 09 de janeiro de 1979 tinha o objetivo de constituir grupo de trabalho para deslocar-se ao Território Federal de Roraima e proceder ao fechamento dos descritivos das áreas indígenas já levantadas e concluir o levantamento que estivesse incompleto. (Processo Administrativo n. 3233/77, p. 38).

propondo a demarcação da Terra Indígena, compreendendo 1.350.000 hectares, sem no entanto ter sido aprovada pela presidência do órgão indigenista.

Nesse ínterim, a regulamentação do procedimento demarcatório de terras indígenas sofreu alteração, com a publicação do Decreto n. 88.118, de 23 de fevereiro de 1983. Por meio desse decreto, o poder de iniciativa e orientação da demarcação, antes atribuído à Funai, passou a ser dividido entre duas instâncias. A primeira, um Grupo de Trabalho Interministerial composto de representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio e de outros órgãos estaduais e federais julgados convenientes, passou a ter atribuição para emitir parecer conclusivo sobre a proposta de delimitação apresentada pela Funai. A segunda instância, responsável pela emissão de decisão final sobre os limites a serem demarcados, foi atribuída aos Ministros de Estado do Interior e Extraordinário para Assuntos Fundiários. Aprovada, a proposta era encaminhada ao Presidente da República para que, por Decreto, estabelecesse os limites a serem demarcados.

Em 3 de março de 1983, o antropólogo Antonio Flávio Testa, da Funai, apresentou a Informação n. 090/DID/DGPI/83, na qual, após consignar sua opinião contrária à demarcação da Área Indígena Raposa Serra do Sol como colônia agrícola¹⁷³, observou que “os índios reivindicam para si o respeito às suas terras tradicionais, hoje totalmente invadidas por não índios”, sugerindo a “criação de um GT [Grupo de Trabalho] para estudar a fundo a questão e propor limites para as áreas indígenas a serem demarcadas imediatamente após a definição dos mesmos”.

Atendendo-se a essa sugestão, o então Presidente do órgão indigenista oficial, Jurandy Marcos da Fonseca, publicou a Portaria n. 1.645, de 29 de maio de 1984, na qual determinou, em cumprimento ao disposto no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 88.118/83, o deslocamento à Área Indígena Raposa Serra do Sol, para proceder aos estudos visando a definição dos limites da terra indígena mencionada, dos servidores Maria Guiomar de Melo, antropóloga; Petrônio Laranjeira

¹⁷³ A proposta de transformar a Raposa Serra do Sol em colônia agrícola visava remover os indígenas para ficarem próximos à Terra Indígena São Marcos, contígua à Terra Indígena Raposa Serra do Sol e ainda implicava no reconhecimento tácito por parte da Funai de que as terras não eram de ocupação indígena, já que o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) ao dispor sobre as colônias agrícolas assim menciona, no art. 26, parágrafo único: “as áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena.

Barbosa, técnico de agricultura e pecuária; Luiz Antonio Sberze, engenheiro cartográfico, sob a coordenação da primeira, acompanhados do técnico agrícola do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), Carlos Augusto Oliveira e Silva.

Em novembro de 1984, vários tuxauas encaminharam correspondência ao então Delegado Regional da Funai em Roraima, no qual indicam os limites do território por eles ocupado:

[...] nós todos os tuxauas reunidos das seguintes regiões: Raposa, Santa Cruz, Maturuca, Serra do Sol e Surumu, decidimos englobar toda essa área e queremos uma área única. Limitando pelo Rio Itacutu, Rio Mau até a Serra do Sol. Paralelamente com o Rio Surumu, Rio Miank até a Serra do Sol. Nós não queremos saber se tem muitos fazendeiros dentro dessa área e nem tão pouco saber se eles tem título de suas fazendas porque essa área é nossa. Como falam que tem seus títulos, mas que esse título não é verdadeiro, no nosso título verdadeiro está em primeiro lugar. Nós somos netos e bisnetos dos nossos bisavós que nasceram naquela terra; nós não viemos de outros Estados. Agora eles que vem de fora dizem que são donos, isso é completamente errado. Essa terra já estamos ocupando, com nossas criações. Aqui nós não abrimos a mão, nós podemos morrer, mas morremos pelo amor da nossa terra.¹⁷⁴

Essa manifestação das lideranças indígenas demonstra o pleno conhecimento dos povos da Raposa Serra do Sol do território que eles ocupam tradicionalmente, expressando, ainda, a tensão que a presença de não índios provocava na região, desde aquela época.

Em 30 de agosto de 1985, a antropóloga Maria Guiomar de Melo, por intermédio do Memo n. 28/85-Sector de Antrop./10ª DR/Funai, encaminhou o “Relatório sobre a identificação da Área Indígena Makuxi de Raposa Serra do Sol”.¹⁷⁵ Após apresentar histórico do contato dos indígenas na área em questão, as atividades sócio-econômicas dos grupos étnicos na região objeto do trabalho de identificação, destacando as atividades na agricultura, caça e pesca, criação de gado, garimpo, cantina comunitária, artesanato indígena, comércio intertribal, a situação na área considerando a relação dos índios com os “invasores de sua terra”, as mudanças sociais, como a escola e a língua, a relação do índios com a Igreja e o Estado, conclui consignando uma proposta de delimitação da área indígena, com aproximadamente 1.577.850,00 hectares, conformada em cinco grandes regiões contíguas: Xununu-e-étamu, Surumu, Raposa, Maturuca/Serra do Sol.

A antropóloga Maria Guiomar de Melo, relatando as iniciativas adotadas no sentido de expor o trabalho desenvolvido para as lideranças indígenas, informou que, em reunião realizada

¹⁷⁴ Processo Administrativo n. 3233/77, p. 260.

¹⁷⁵ Processo Administrativo n. 3233/77, p. 280-374.

em 01 de dezembro de 1984, 66 tuxauas apresentaram o entendimento das comunidades no sentido de que a área a ser demarcada deveria abranger aproximadamente 2.000.000,00 ha, sendo que os limites da terra indígena devem ser identificados a partir dos seguintes marcos: rios Surumu, Tacutu e Mau até a Serra Pacaraima na fronteira entre o Brasil e a Venezuela.¹⁷⁶

Não tendo sido elaborada a proposta de delimitação acima mencionada, foi publicada nova portaria (Portaria n. 171, de 29 de maio de 1986), para realização dos trabalhos de demarcação da Área Indígena Raposa Serra do Sol. Em relatório de 10 de junho de 1986, o assessor da Superintendência de Assuntos Fundiários da Funai, Valter Ferreira Mendes, descreve uma reunião do Grupo de Trabalho instituído por essa Portaria em que o representante do Conselho de Segurança Nacional teria esclarecido aos indígenas as recomendações para delimitação de terras indígenas:

- a) Em princípio, os limites de áreas indígenas devem ser afastados de limite internacional (faixa de fronteira);
- b) As terras indígenas não devem abranger duas margens de estradas ou rios navegáveis;
- c) As terras não devem ser contíguas quando se tratar de mais de uma área indígena;
- d) A superfície de uma área indígena não deve ser superior a 100.000 ha.

Nesse sentido, “informou o mesmo representante que a proposta da AI Raposa/Serra do Sol, como está, não tem a menor condição de ser aprovada porque: abrange extensa faixa de fronteira e é de superfície elevada”.¹⁷⁷

Em 23 de setembro de 1987, sobreveio outra mudança na regulamentação para a demarcação de terras indígenas. Os Decretos n. 94.945 e 94.946/87 institucionalizaram a participação da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional no Grupo de Trabalho Interministerial, que continuava com a atribuição de emitir parecer conclusivo sobre as propostas de limites de terra indígena apresentadas pela Funai e nos demais atos do processo administrativo, quando se tratasse de áreas indígenas localizadas em faixa de fronteira. Por intermédio da distinção dos índios entre aculturados e não aculturados, as terras seriam demarcadas, respectivamente, como colônias indígenas e áreas indígenas.

¹⁷⁶ Processo Administrativo n. 3233/77, p. 365-366.

¹⁷⁷ Processo Administrativo n. 3233/77, p. 468.

Com a superveniência desses Decretos, o Presidente da Funai, na Carta n. 003/PRESI/n. 162/89, sugeriu aos Membros do Grupo de Trabalho Interministerial, previsto no Decreto n. 94.945/87, art. 3º, que apreciassem a proposta de demarcação da Área Indígena Ingarikó, com superfície de 90.000 ha. A demarcação de uma área exclusiva para os Ingarikó, embora destoasse das propostas das lideranças indígenas locais¹⁷⁸, que exigiam uma demarcação contínua para todos os povos, atendia às orientações do Decreto mencionado que classificava os índios entre aculturados e não aculturados para fins de lhes reconhecerem ou não o direito à área indígena exclusiva, sendo os Ingarikó considerados um povo não aculturado.

Analisando a sugestão da Funai, o Grupo de Trabalho Interministerial decidiu acatá-la, o que resultou na Portaria Interministerial n. 354, de 13 de junho de 1989, publicada em 15 de junho de 1989, que declarou “como de posse permanente indígena, para efeito de demarcação, a Terra Indígena Ingarikó, com superfície aproximada de 90.000 hectares”.

Ocorre que, um ano antes, a Constituição tinha sido promulgada, passando a estabelecer novas diretrizes para a demarcação de terras indígenas¹⁷⁹, cujas orientações foram desconsideradas quando da demarcação de área indígena Ingarikó, realizada em desacordo com a vontade das comunidades indígenas (seccionando a área), desconsiderando os estudos prévios de identificação e delimitação e ainda estabelecendo uma discriminação sem amparo no texto constitucional que garante a todos os povos indígenas, independentemente do maior ou menor contato com a sociedade envolvente¹⁸⁰, o direito à terra tradicionalmente ocupada.

A política de demarcação das terras indígenas em Roraima contrariava, portanto, as disposições constitucionais. A intenção de seccionar a área indígena Raposa Serra do Sol em

¹⁷⁸ Em 28 de setembro de 1989, o Administrador Regional da Funai em Boa Vista encaminhou comunicação ao Superintendente Executivo Regional da Instituição, Sebastião Amâncio da Costa, anexando correspondências dos indígenas da área da Raposa Serra do Sol em que eles mencionam estar sendo ameaçados por fazendeiros da região na iminência de não poderem desenvolver as suas atividades agropecuárias básicas para a sua subsistência, agravando o quadro atual das comunidades que dependem única e exclusivamente da terra para o desenvolvimento dos seus trabalhos. Concluem exigindo a regularização da área indígena. (CI n. 376/GAB/ADR/BVB/RR/87). (Processo Administrativo n. 3233/77, p. 618).

¹⁷⁹ Art. 231 da Constituição Federal de 1988. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

¹⁸⁰ A Constituição Federal de 1988 simplesmente negou qualquer validade jurídica à classificação dos índios como isolados, em vias de integração e integrados, constante no art. 4º da Lei n. 6.001/73.

áreas menores, a serem demarcadas separadamente, é mencionada por Célio Horst na Informação n. 009/89, de 4 de abril de 1989:

1. A região denominada Raposa/Serra do Sol –RR é uma das mais conflitantes e está a merecer uma solução política – os dados técnicos estão todos disponíveis.
2. O Conselho Indígena de Roraima está reivindicando uma área única e contínua e, segundo informações de superiores hierárquicos, não tem a menor condição de ser aprovada porque abrange extensa faixa de fronteira¹⁸¹, é de superfície elevada, possui um total de 305 fazendas e nesta área estão inseridas 4 vilas, sendo uma a sede do Município de Normandia.
3. Segundo o Relatório do Dr. Valter Ferreira Mendes (10/06/86), a recomendação é de que a região Raposa/Serra do Sol “seja reestudada excluindo a faixa de fronteira e deixando espaço entre a Fazenda São Marcos, criando-se várias áreas indígenas”.¹⁸²

Sem nenhuma definição para a área indígena Raposa Serra do Sol, as pressões na região aumentaram e o governo do recém criado Estado de Roraima passou a pressionar. Nesse sentido, constam nos autos dos processos de demarcação manifestações de tuxauas, professores, vaqueiros e outros membros de várias comunidades indígenas dos povos Macuxi e Ingarikó, no sentido de não aceitarem “a proposta do Governador Otomar de Souza Pinto feito através do seu Secretário do Interior e Justiça, Sr. Robério Araújo, e do Coordenador do Núcleo de Assuntos Indígenas da mesma Secretaria, Sr. Valdir Mateus, de demarcar a área Raposa/Serra do Sol reduzida em ilhas”.¹⁸³

Novo Decreto regulamentador do procedimento a ser adotado para demarcação de terras indígenas foi publicado em 4 de fevereiro de 1991. Tratava-se do Decreto n. 22/91, que destinou à Funai as atribuições de identificação dos limites das terras indígenas, tarefa a ser realizada por intermédio de Grupo Técnico composto por especialistas do quadro funcional do órgão indigenista que, sob a coordenação de antropólogo da Funai ou de instituições científicas afins, desenvolveria estudos etno-históricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários. Tal Grupo deveria elaborar relatório circunstanciado caracterizando a terra indígena a ser demarcada. Aprovado pelo Presidente da Funai, o Relatório é publicado no Diário Oficial da União. Em seguida, o procedimento era remetido ao Ministro da Justiça a quem competia declarar, mediante

¹⁸¹ A Constituição de 1988 conceituou faixa de fronteira, no art. 20, § 2º, como a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, considerada fundamental para defesa do território nacional, devendo sua ocupação e utilização ser reguladas em lei.

¹⁸² Processo Administrativo n. 3233/77, p. 926.

¹⁸³ Processo Administrativo n. 3233/77, p. 1.236-1.247.

Portaria, os limites da terra indígena. Eliminou-se, assim, o Grupo de Trabalho Interministerial e a participação dos militares nos procedimentos de demarcação, prevendo-se, entretanto, que:

Art. 2º [...].

§ 5º Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar, perante o Grupo Técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias contados a partir da publicação do ato que constituir o referido grupo.

Tendo em vista a superveniência da Constituição de 1988, do Decreto n. 22/91 e o fato de que nenhum dos procedimentos iniciados para demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol tinham sido concluídos, o Presidente da Funai, em 6 de agosto de 1992, por intermédio da Portaria n. 1.141/92, criou o Grupo de Trabalho Interinstitucional, com a finalidade de identificar e delimitar a Área Indígena Raposa/Serra do Sol, composto por: a) Maria Guiomar de Melo, antropóloga da Funai e coordenadora do GTI; b) Zenildo de Souza Castro, técnico em agrimensura da Funai; c) Osires Ribeiro Soares, técnico agrícola da Funai; d) Nilton Sérgio Martins Costa de Freitas, técnico agrícola do Incra; e) Robério Bezerra de Araújo, representante do órgão fundiário do Governo de Roraima; f) Odilon Ernesto Malheiros, Donaldo Souza Marculino, Augustinho Paulino, José Adalberto da Silva, Juscelino Joaquim Marques e Severino Constantino, representantes do Conselho Indígena de Roraima¹⁸⁴; g) Paulo José Brando Santilli, antropólogo da Faculdade de Ciências e Letras da Universidade de São Paulo; h) Felisberto Assunção Damasceno, do Conselho Indigenista Missionário (CIMI); i) José Juliano Carvalho, economista da Faculdade de Administração e Economia da USP; j) Ana Paula Souto Maior, representante da Diocese de Roraima.

Posteriormente, por intermédio da Portaria n. 1.375/92, de 8 de setembro de 1992, foram incluídos no referido Grupo de Trabalho Interinstitucional: a) Antonio de Paula Nogueira Neto, Manuel Reginaldo Tavares, engenheiros agrônomos da Funai; b) José Valmir de Oliveira, técnico agrícola da Funai; c) Antônio Humberto Bezerra de Matos, Luis Alfredo Mendes de Souza, Geroncio Gomes Teixeira, Dorval Costa Júnior, Vagner Amorim de Souza e Maildes Fabrício

¹⁸⁴ Quanto à participação das etnias indígenas na demarcação, só havia na época uma organização indígena constituída, o Conselho Indígena de Roraima – CIR, que foi consultado pela coordenadora do GT, a antropóloga Maria Guiomar Melo, para indicação de indígenas que poderiam contribuir com os trabalhos demarcatórios. Os nomes sugeridos foram publicados na Portaria que instituiu o GT.

Lemos, representantes do órgão fundiário do Estado de Roraima¹⁸⁵; d) José Adalberto, Candinha Joaquim Marques, Martins de Oliveira, Alcides Constantino, Melquíades Peres Neto, Severino Amaro, representantes das comunidades indígenas da Região das Serras, baixo Contigo, Surumu, Raposa, da Área Indígena Raposa Serra do Sol.

A constituição de um grupo técnico interinstitucional não era uma exigência nem da Constituição nem do Decreto n. 22/91, tendo inovado o Presidente da Funai à época ao chamar Incra, representantes dos grupos indígenas envolvidos, servidores do Estado de Roraima, membro da comunidade científica e especialistas sobre os grupos indígenas envolvidos, para, coordenados por antropóloga da Funai, realizar estudos necessários à demarcação da terra indígena.

O Estado de Roraima, cujos representantes integravam o Grupo de Trabalho, tinha, assim como os demais membros do GT, atribuição de apresentar estudos, informações ou dados que corroborassem ou infirmassem a possibilidade jurídica da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tarefa que, no entanto, não realizou¹⁸⁶.

Baseando-se nas pesquisas antropológicas de Maria Guiomar de Melo e de Paulo Santilli, além de Análise da Situação Fundiária da Área Indígena Raposa Serra do Sol, realizado pelo CIR, de agosto a dezembro de 1991, e do Parecer Jurídico de Felisberto Assunção Damasceno, o Grupo Interinstitucional, após denso e comprovado estudo etno-histórico e sociológico da ocupação tradicional dos indígenas na região, propôs, em relatório assinado por sua coordenadora, a antropóloga Maria Guiomar de Melo, a demarcação do território ocupado pelas etnias Macuxi, Taurepang, Wapixana, Ingarikó e Patamona, nos limites afirmados pelos indígenas desde o início dos procedimentos demarcatórios (fronteira do Brasil com a Venezuela e a Guiana, aos rios Maú, Tacutu, Surumu e Míang), em uma área de 1.678.800 hectares. O

¹⁸⁵ Os membros do governo do Estado de Roraima foram indicados para compor o GTI via Ofício SEIMAJUS/GAB n. 533/92, de 27 de agosto de 1992, do Secretário de Estado do Meio Ambiente, Interior e Justiça, Robério Bezerra de Araújo (Processo Administrativo n. 3233/77, p. 1.386), e via correspondência encaminhada por fax para o Presidente da Funai da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, Interior e Justiça (Processo Administrativo n. 3233/77, p. 1.391).

¹⁸⁶ Consta no Processo Administrativo n. 889/93, comunicação (CT n. 001/92 – Coordenação GT Portaria n. 1141/92), de 26 de agosto de 1992, enviada pela Coordenadora do GT, Maria Guiomar de Melo ao Secretário de Meio Ambiente, Interior e Justiça, Robério Bezerra de Araújo, na qual relembra ao Secretário reunião realizada no dia 22 de agosto de 1992, na sede da Administração Regional da Funai em Boa Vista, em que ficou acordado que as instituições que possuíam interesse na área enviassem, até o dia 06 de outubro de 1992, ao GT suas pretensões. (Processo Administrativo n. 3388, p. 164).

referido estudo, aprovado pelo Presidente da Funai, foi publicado no Diário Oficial da União, em abril de 1993, conforme determinação do art. 2º, § 7º, do Decreto n. 22/91.

Com esse Relatório de Identificação e Delimitação, teve início o processo administrativo n. 889/93, da Funai, com o objetivo de declarar os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Analisado pelo antropólogo do órgão indigenista oficial, Arthur Nobre Mendes, a proposta de delimitação recebeu parecer favorável, sendo considerada técnica e legalmente justificada.¹⁸⁷

Dando-se seguimento às fases previstas no Decreto n. 22/91, o Presidente da Funai à época, Cláudio dos Santos Romero, encaminhou cópia do estudo elaborado pelo Grupo Técnico ao Ministro da Justiça Maurício Corrêa, que, submeteu-o à apreciação do Consultor Jurídico do Ministério, Guilherme Malgadi Netto.

O processo retornou à Funai, tendo em vista que o parecer do Consultor, aprovado pelo Ministro, opina pela prestação de informações adicionais, em razão de “laudo antropológico divergente que acompanha o Aviso n. 002/93, do Senhor Governador do Estado de Roraima”.¹⁸⁸

A tarefa de prestar essas informações coube à Superintendente de Assuntos Fundiários da Funai, a antropóloga Isa Maria Pacheco, que reiterando os elementos trazidos pelo Relatório de Identificação e Delimitação, deixou claro que: a) a área indígena Raposa Serra do Sol corresponde precisamente ao território de ocupação tradicional dos povos Macuxi e Ingarikó; b) o reconhecimento oficial da área indígena Raposa Serra do Sol é condição essencial para garantir as formas próprias de organização social, assim como a sobrevivência física e cultural dos povos Macuxi e Ingarikó; c) a demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol é uma providência não só necessária e oportuna, mas sobretudo urgente, dados os conflitos que se tem verificado nas últimas décadas entre índios e brancos, os quais vem se intensificando mais recentemente, colocando em risco a vida das populações nativas.¹⁸⁹

Encaminhado o processo ao Ministério da Justiça para tomada de providências, o Consultor Jurídico submeteu ao Ministro sugestão para que fosse ouvido o Ministério Público

¹⁸⁷ Parecer n. 036/DID/DAF/93/Funai. Processo Administrativo n. 3388, p. 137-142.

¹⁸⁸ O referido laudo antropológico apresentado pelo Estado de Roraima não consta no Processo Administrativo n. 889/93.

¹⁸⁹ Processo Administrativo n. 889/93, p. 173-194.

Federal (MPF), sobre a controvérsia suscitada pelo Estado de Roraima, ofertando manifestação conclusiva.¹⁹⁰

Embora não estivesse em suas atribuições institucionais manifestar-se em processos administrativos de demarcação de terras indígenas, o Procurador da República e Coordenador da Defesa dos Direitos e Interesses das Populações Indígenas do MPF, Aurélio Virgílio Veiga Rios, analisando o processo, concluiu pela improcedência das alegações do Estado de Roraima e pela integral possibilidade jurídico-constitucional de demarcação da área indígena em questão na faixa de fronteira.¹⁹¹

Mesmo reconhecendo que foi esclarecida, pelo MPF, a “questão da imemorialidade da posse indígena sobre a área objeto deste procedimento administrativo demarcatório”, o Consultor Jurídico do Ministério da Justiça suscita a possibilidade de “oitiva – facultativa e não obrigatória – do Estado Maior das Forças Armadas (EMFA) e do próprio Conselho de Defesa Nacional¹⁹².¹⁹³, considerando, o Ministro da Justiça, oportuna e necessária a manifestação do EMFA.

Assim, o Almirante-de-Esquadra Arnaldo Leite Pereira, então Ministro de Estado Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, manifestou-se totalmente contrário “quanto a considerar-se área indígena a região denominada Raposa/Serra do Sol, de exagerada dimensão e totalmente localizada na faixa de fronteira”.¹⁹⁴

Em 6 de janeiro de 1994, o Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, após afirmar que não vislumbrava “qualquer outra medida instrutória a ser adotada”, opina “pela constitucionalidade e jurisdição do projeto de Portaria demarcatória, submetido pela Funai ao

¹⁹⁰ Processo Administrativo n. 889/93, p. 226.

¹⁹¹ Parecer n. 052/CDDPI/MPF. Processo Administrativo n. 889/93, p. 245-247.

¹⁹² A Constituição de 1988 operou mudanças na área da segurança nacional e das Forças Armadas, criando o Conselho de Defesa Nacional que substituiu o Conselho de Segurança Nacional: “Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - o Ministro da Justiça; V - os Ministros militares; V - o Ministro de Estado da Defesa; VI - o Ministro das Relações Exteriores; VII - o Ministro do Planejamento; VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. § 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional: I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição; II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático”.

¹⁹³ Processo Administrativo n. 889/93, p. 248.

¹⁹⁴ Processo Administrativo n. 889/93, p. 266.

crivo do titular da Pasta da Justiça” e assegura ao Ministro da Justiça a inexistência, no plano jurídico, de “qualquer entrave à edição da mencionada Portaria demarcatória”.¹⁹⁵

Reforçando essa análise, o Advogado Geral da União à época, Geraldo Quintão, encaminhou ao Ministro da Justiça o Parecer n. GQ – 81, de 6 de setembro de 1995, elaborado pelo Consultor da União, Miguel Pro de Oliveira Furtado, no qual conclui que “a demarcação de terras indígenas em áreas contínuas ou descontínuas é matéria de fato, dependente do fator ocupação, e estritamente sujeita aos parâmetros constitucionais traçados no art. 231 [da Constituição]”.¹⁹⁶

Tendo sido substituído o titular da Pasta da Justiça, o novo Ministro, Nelson Jobim, ao receber o Processo n. 889/93 pronto para ser assinada a Portaria declaratória, entendeu por bem não assiná-la, tendo proposto ao Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a edição de um novo decreto que dispunha sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas¹⁹⁷. Em 8 de janeiro de 1996, é editado o Decreto n. 1775/96, que revogou expressamente o 22/91 (art. 11), criando uma nova fase nos procedimentos administrativos de demarcação:

Art. 2º [...].

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

No que tange aos processos demarcatórios em curso, o art. 9º do Decreto determinou a abertura de prazo para oferecimento de razões, atingindo os processos de demarcação no estágio em que eles se encontravam¹⁹⁸:

¹⁹⁵ Processo Administrativo n. 889/93, p. 286.

¹⁹⁶ Processo Administrativo n. 889/93, p. 291.

¹⁹⁷ O Min. Nelson Jobim entendeu que o Decreto 22/91 não se sustentava perante a Constituição de 1988, por ofensa ao contraditório e a ampla defesa. Posteriormente, quando passou a ser ministro do STF, Nelson Jobim consolidou sua tese no julgamento do Mandado de Segurança n. 21649.

¹⁹⁸ A observância do devido processo legal pelo procedimento demarcatório e pelo Decreto 1775, já conhecida na esfera administrativa, também foi atestada pelo STF, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24045, Relator Min. Joaquim Barbosa (DJ 5/8/2005). De fato, a previsão contida no art. 9º afasta a possibilidade de argumentação contra a demarcação fundada na ausência do contraditório. É que dentro do razoável prazo ali conferido aos interessados, 90 dias, nada impede que sejam levantadas questões sobre as fases embrionárias do procedimento, que

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

Desse modo, instaurando fase do contraditório no bojo do processo administrativo, o dispositivo citado permitiu a todos os interessados na área objeto da demarcação aduzir argumentos perante a Fundação Nacional do Índio, o que gerou, por outro lado, mais demora e morosidade na definição das terras indígenas. No caso da Raposa Serra do Sol, mesmo o relatório tendo sido resultado dos trabalhos realizados por Grupo Técnico Interinstitucional, foram apresentados mais de nove requerimentos administrativos de contestação à identificação e delimitação realizada.¹⁹⁹

O Estado de Roraima e o Município de Normandia fundamentaram suas alegações em duas premissas básicas: a) somente são indígenas as terras ocupadas por índios isolados, não integrados à civilização; b) a ocupação indígena deve perdurar, pelo menos, até a data da vigência da Constituição de 1988. Assim, se à data da Constituição, as terras não estavam, sendo ocupadas por índios em estado de isolamento ou são devolutas do Estado ou pertencem aos particulares que as ocupam.

As contestações foram analisadas pelo advogado da Funai, Otávio Uchoa Guedes Cavalcanti, que concluiu não terem sido provados vícios totais ou parciais nos trabalhos técnicos que atenderam aos pressupostos constitucionais, confirmando, pois, a proposta de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Encaminhadas as contestações e a posição da Funai ao Ministério da Justiça, antes tomar decisão sobre a questão, o Ministro Nelson Jobim esteve entre os dias 11 e 12 de outubro a

então pode ser posto em debate como um todo, não havendo nenhum prejuízo pelo simples motivo de ser a manifestação feita posteriormente, mas antes de qualquer decisão declaratória e homologatória.

¹⁹⁹ As contestações passaram a compor os seguintes processos: n. 1.163/96 (Estado de Roraima); n. 1.265/96 (Severiano Barroso Sales e outros), n. 1.258/96 (Laly de Oliveira Lira e outros), n. 1.264/96 (Edimilson Cordeiro de Mello e outros), n. 1.275/96 (Antonio Alves dos Reis e outros), n. 1.278/96 (Naldo Colares e outros), n. 1.276/96 (Jesus Nazareno de Souza Cruz e outros), n. 1.185/96 (Saga Mineração Ltda.), n. 1.266/96 (Saida Samu Salomão), n. 1.259/96 (Newton Tavares), n. 1.439 (Prefeitura de Normandia). Embora as alterações normativas para os procedimentos de demarcações de terras indígenas não possam ser imputadas diretamente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, é inegável que a edição do Decreto n. 1775/96, que criou a fase de contestação no âmbito dos processos administrativos de demarcação, teve um impacto considerável para a demora na definição sobre a regularização fundiária da terra indígena mencionada.

Roraima, oportunidade em que se reuniu com o Governo Estadual, com a Assembléia Legislativa, com a Diocese de Roraima e realizou visitas a algumas aldeias.

Em 20 de dezembro de 1996, o Ministro da Justiça proferiu o Despacho n. 80²⁰⁰, publicado no Diário Oficial da União de 24/12/1996, em que analisa as contestações apresentadas e o Relatório de Identificação, para efeito do disposto no § 10 do art. 2º de Decreto n. 1.775/96. Ao rejeitar as preliminares suscitadas pelos contestantes, o Ministro Nelson Jobim observou que:

- 1) O procedimento demarcatório tinha se desenvolvido de maneira regular, observando as disposições do Decreto n. 22/91, sob cuja vigência se consumaram os atos respectivos;
- 2) O levantamento antropológico da área foi feito à luz dos pressupostos elencados no art. 231, § 1º da Constituição Federal, sendo o respectivo relatório publicado no Diário Oficial da União suficiente, “pelas normas administrativas então vigentes, para garantir o devido processo legal”;
- 3) “os procedimentos adicionais de publicidade, instituídos pelo Decreto n. 1.775/96, incidem, obviamente, enquanto inovações procedimentais, sobre os atos praticados após a sua vigência, carecendo de qualquer respaldo jurídico a pretensão de aplicá-los, retroativamente, aos atos anteriormente realizados”;
- 4) A competência para demarcar terras indígenas, de caráter especial, prevista no art. 19 da Lei n. 6.001/73, “não foi derogada pela Lei n. 6.683, de 07 de dezembro de 1976, que atribuiu ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, a discriminação de terras devolutas da União, nas quais não se subsumem as terras ocupadas pelos índios. Nem conflita a competência atribuída à Funai com o art. 20, XI, da Constituição Federal, o qual diz pertencerem à União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, cabendo, por isso, somente a ela demarcá-las. Com efeito, a demarcação das terras indígenas se faz mediante procedimento complexo em que a Funai desempenha apenas atividade instrutória, seguida de Portaria Declaratória, do Ministro da Justiça e de Decreto de Homologação, do Presidente da República. A exigência dos contestantes de que a demarcação seja feita pela União se encontra, assim, plenamente atendida”.²⁰¹

²⁰⁰ Processo Administrativo n. 889/93, fls. 724-762.

²⁰¹ Processo Administrativo n. 889/93, p. 521.

No mérito, o Ministro Nelson Jobim considerou que “[...] o levantamento antropológico, conclusivo quanto à ocupação tradicional indígena na área em questão goza de presunção ‘juris tantum’ de veracidade, cabendo aos contestantes ministrarem as provas que descaracterizem o indigenato das terras. No caso, tais provas não foram feitas”²⁰². Acerca dos principais argumentos apresentados pelo Estado de Roraima e Município de Normandia, o Ministro asseverou que:

[...] não encontra fundamento jurídico a fixação do advento da Constituição atual como marco de aferição da ocupação indígena porque as Constituições anteriores, desde a de 1934, já haviam estabelecido a intangibilidade das terras ocupadas pelos índios, sendo ineficazes em relação aos mesmos, pelo menos desde então, todos os atos que tenham por objeto ocupação, domínio ou posse de áreas por eles tradicionalmente ocupadas.²⁰³

Quanto às questões suscitadas contra o Relatório de Identificação e delimitação, notadamente o aspecto relacionado à demarcação da terra indígena de forma contínua ou não, o Ministro da Justiça concluiu que: a) “a proposta demarcatória da área indígena sob análise, de forma contínua, para preservar a unidade cultural dos grupos indígenas que a habitam, corresponde, assim, aos postulados constitucionais, insculpidos no art. 231, § 1º, da Carta Republicana”²⁰⁴; b) “a proposição do Estado de Roraima, no sentido de se fragmentar a área em ‘adensamentos’, constituídos por comunidades indígenas isoladas ou não integradas, mesmo que se a ampliasse, estendendo-a também aos núcleos de índios não isolados, continuaria, ainda assim, frontalmente contrária ao preceito constitucional, pelas razões expostas no laudo citado”²⁰⁵.

Pelo Despacho m. 80/96, portanto, o Ministro considerou improcedentes as impugnações levantadas contra o procedimento demarcatório, considerando-o de acordo com a legislação aplicável e à Constituição de 1988. No entanto, ao mesmo tempo, estabeleceu restrições territoriais, ou “ajustes” à demarcação. Nesse sentido, determinou: 1) o refazimento das linhas divisórias sul, leste e oeste da área delimitada, com base no “laudo de 1981”²⁰⁶, com o objetivo

²⁰² Processo Administrativo n. 889/93, p. 522.

²⁰³ Processo Administrativo n. 889/93, p. 522.

²⁰⁴ Processo Administrativo n. 889/93, p. 527.

²⁰⁵ Processo Administrativo n. 889/93, p. 527.

²⁰⁶ Destaco que o “laudo de 1981” é parte do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o qual não restou plenamente perfectibilizado, nem tampouco era conclusivo. Além, disso foi elaborado antes da Constituição de 1988, que, como visto, alterou o conceito de terra indígena, alargando-o, estabelecendo-se a exigência de as demarcações assegurarem também aos índios, as terras anexas às áreas onde residem e onde praticam suas atividades produtivas, albergando as áreas reservadas para a preservação dos recursos ambientais de que precisam e para sua reprodução física e cultural.

de excluir as propriedades privadas tituladas pelo INCRA a partir de 1982, bem como, a “Fazenda Guanabara”, pertencente a Newton Tavares²⁰⁷; 2) exclusão da sede municipal do recém criado Município de Uiramutã, bem assim das vilas existentes como Surumu, Água Fria, Socó e Mutum; c) exclusão da fruição indígena exclusiva sobre as vias públicas e respectivas faixas de domínio público, que existem na área indígena.²⁰⁸

Retornando-se os autos à Funai, para a realização das providências determinadas pelo Ministro da Justiça no seu despacho, o Presidente do órgão indigenista, Sullivan Silvestre Oliveira, baseado na Informação n. 007/DEID/98, de 21 de maio de 1988, elaborada pelo antropólogo da instituição Walter Coutinho Jr, encaminhou ao novo Ministro da Justiça Renan Calheiros o Ofício n. 0371, em 19 de junho de 1998, no qual solicita, em caráter excepcional, a reconsideração do Despacho n. 80/96, por considerar que as providências para a revisão do Relatório de Identificação e Delimitação implicarão “na remoção de diversas comunidades indígenas dos locais que tradicionalmente habitam, bem como na exclusão de áreas usadas para atividades produtivas e necessárias à preservação dos recursos ambientais e à reprodução física e cultural das comunidades indígenas que ocupam a TI Raposa/Serra do Sol”.

Em 10 de dezembro de 1998, o Ministro Renan Calheiros, alinhando-se ao parecer do Consultor Jurídico do Ministério da Justiça Byron Prestes Costa²⁰⁹, decidiu expedir portaria declaratória da Terra Indígena Raposa Serra do Sol determinando que fiquem ressalvadas, para solução posterior, as situações controvertidas²¹⁰, conforme consta no Despacho n. 50/98,

²⁰⁷ Como esses títulos de propriedade, mesmo concedidos pelo Incra, são nulos, nos termos do art. 231, § 6º, CF/88, a situação não deve se resolver da forma proposta pelo Ministro, com o perdimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, mas em reparação de danos com pagamento de indenização pela União ou por quem quer que tenha alienado as terras a adquirente de boa-fé, incidentes em terras indígenas, se assim for judicialmente comprovado.

²⁰⁸ Vários pedidos de reconsideração foram protocolados perante a Funai, vide Processo Administrativo n. 1265/93, p. 270-272; p. 286, p. 356-358, p. 364, p. 402-405. Especificamente com relação ao Estado de Roraima, este formulou pedido de reconsideração (Processo Administrativo n. 1163/93, p. 399-452), devidamente analisado pelo Parecer n. 251/DEID/DAF/Funai, de 22 de dezembro de 1998, que considerou a perda do objeto do pedido de reconsideração, tendo em vista a publicação da Portaria n. 820/98. Não satisfeito, o Estado de Roraima suscitou Avocatória perante o Ministro da Justiça, interpondo, na mesma oportunidade, Recurso Hierárquico.

²⁰⁹ Processo Administrativo n. 889/93, p. 767.

²¹⁰ As situações controvertidas são explicitadas no Parecer do Consultor Jurídico Byron Prestes Costa nos seguintes termos: “[...] ressalvadas as situações consignadas nos autos do processo em epígrafe para que sejam resolvidas ‘oportuno tempore’, garantindo direitos de preservação e indenizatórios sobre imóveis titulados e benfeitorias de boa fé, mantendo núcleos populacionais essenciais com seus serviços públicos básicos consolidados, preservando vias públicas, viabilizando eventuais parcerias para manutenção dos projetos agropecuários em desenvolvimento com a

publicado no Diário Oficial da União em 11/12/1998. Dessa decisão, foi editada a Portaria Declaratória n. 820, de 11 de dezembro de 1998, publicada no dia 14 de dezembro do mesmo ano, declarando de posse permanente e usufruto exclusivo dos índios a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com superfície aproximada de 1.678.800 ha. O art. 3º dessa Portaria excluiu dos limites da terra indígena a área do Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã. O art. 5º proibiu o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios no perímetro especificado como terra indígena.

Uma vez delimitada a área, com a colocação de marcos oficiais nos limites indicados pela Portaria n. 820/98, a Funai iniciou o procedimento administrativo n. 772/99, para submeter ao Presidente da República a homologação da demarcação por decreto, nos termos do art. 19, § 1º da Lei n. 6.001/73.

Nesse Processo, constam o Memorial Descritivo de Demarcação e a Descrição do Perímetro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol²¹¹, os quais apresentam as coordenadas geodésicas, a base cartográfica adotada e as dimensões precisas da área demarcada, concluindo por 1.751.330,9285 há de superfície e 934.279,58 m de perímetro. A diferença entre a superfície declarada na Portaria n. 820/98 e o Memorial descritivo decorreram de medições mais precisas quando da efetiva colocação dos marcos nos locais correspondentes às coordenadas geográficas aproximadas indicadas na referida Portaria.

Ocorre que o Decreto de Homologação não pode ser assinado pelo Presidente da República tendo em vista decisão liminar concedida, em 18 de junho de 1999, pelo Ministro Aldir Passarinho, do Superior Tribunal de Justiça, em Mandado de Segurança n. 6.210, movido pelo Estado de Roraima com o fim de suspender os efeitos da Portaria declaratória n. 820/98. Na decisão monocrática, o Ministro suspendeu os efeitos da Portaria quanto aos núcleos urbanos e rurais constituídos até a edição do referenciado ato, permitindo aos seus respectivos moradores, o livre acesso e trânsito necessário à normalidade de suas vidas. Posteriormente, o Mandado de Segurança foi julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27 de novembro

garantia de seus frutos pendentes, e tudo mais que se faça necessário atender aos estritos termos da legislação". (Processo Administrativo n. 889/93, p. 767).

²¹¹ Processo administrativo n. 772/99, fls. 24-25.

de 2002, já sob a relatoria da Ministra Laurinda Vaz, ocasião em que o processo foi extinto, sem julgamento de mérito, ressaltando-se ao impetrante optar pelas vias ordinárias.

Superado o óbice judicial, em 31 de março de 2004, o Diretor de Assuntos Fundiários da Funai encaminhou para o Ministro da Justiça nova minuta de Decreto de Homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, acompanhada de novo Memorial descritivo de demarcação, de Descrição do Perímetro e da Informação n. 040/CGD, na qual o engenheiro agrimensor da Funai Renato Eduardo Pereira D'Alencar esclarece que:

[...] foi editada a nova Malha Municipal Digital do IBGE e com base nestes dados procedemos a atualização do mapa e do memorial descritivo desta demarcação especificamente nos limites de fronteira, utilizando-se também os dados da PCDL (Primeira Comissão Demarcadora de Limites) referentes às coordenadas dos marcos de fronteira, conforme lista anexa, passando após estas correções a ter a superfície de 1.743.089,2805 ha [...] e perímetro de 957.399,13 m. Tal procedimento fora tomado para que obtivéssemos mais precisão dos limites internacionais, uma vez que a demarcação anterior já fora realizada com base nas cartas do Projeto Radam que, conforme já é do amplo conhecimento, apresentam algumas incorreções. Informamos ainda que os dados das coordenadas geodésicas dos marcos implantados na linha seca demarcada em 1999 [...] não sofreram alterações.²¹²

Em 4 de março de 2004, contudo, foi concedida nos autos da Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7, ajuizada por Silvino Lopes e outros perante a Justiça Federal de Roraima, decisão liminar suspendendo os efeitos da Portaria, com posterior confirmação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Supremo Tribunal Federal.

Diante de diversas controvérsias, o Ministério da Justiça, em 13 de abril de 2005, pelo titular da Pasta, o Ministro Márcio Thomaz Bastos, publica nova Portaria declaratória, a n. 534/2005, a qual regula algumas situações de fato ressaltadas no Despacho n. 50, de 10 de dezembro de 1998, do então Ministro da Justiça²¹³. Embora tenha elementos distintos da Portaria que a antecedeu, a edição de nova Portaria foi uma estratégia da Fundação Nacional do Índio e do Ministério da Justiça de desvencilhar-se das pilhas de processos que já se somavam impugnando a Portaria n. 820/1998.

²¹² Processo Administrativo n. 772/99, fls. 162.

²¹³ Nesse sentido, o Procurador Jurídico da Procuradoria Federal Especializada – Funai, no Despacho n. 72/PGF/PG/FUNAI/05, de 13 de abril de 2005, afirma que: “a nova proposta [de delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol] é oportuna, já que tem por escopo harmonizar os direitos constitucionais dos índios, as condições indispensáveis para a defesa do território e da soberania nacionais, a preservação do meio ambiente e a solução pacífica das situações controvertidas que se mostram consolidadas”. (STF. Ação Popular m. 3388, p. 1247).

Com efeito, a Portaria n. 534/2005, além de declarar de posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Patamona e Wapixana a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, estabeleceu, em seu art. 4º, a exclusão: a) da área do 6º Pelotão Especial de Fronteira; b) dos equipamentos e instalações públicos existentes; c) do núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã; d) das linhas de transmissão de energia elétrica; e) dos leitos das rodovias públicas federais e estaduais. Estes não são afetados ao usufruto exclusivo dos indígenas.

Realizando composição de interesses relativos à faixa de fronteira, a Portaria definiu que a Terra Indígena estava submetida ao art. 20, § 2º, CF/88, destacando a aplicação do Decreto n. 4.441/2002, que assegura a atuação das Forças Armadas e do Departamento de Polícia Federal nas faixas de fronteira para garantir a defesa do território e da soberania nacional, bem como a ordem pública e os direitos dos índios. Em relação à área de proteção ambiental, reconheceu a possibilidade de se estabelecer regime jurídico de dupla afetação entre a Terra Indígena e o Parque Nacional do Monte Roraima, com o escopo de se preservar tanto o meio ambiente como o modo de vida tradicional dos indígenas.

Em conseqüência, o Presidente da República homologou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em 15 de abril de 2005, adotando um Plano de consolidação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol após a sua homologação e outras medidas fundiárias complementares, elaborado pela Funai.²¹⁴

Ocorre que, mesmo com a Portaria Declaratória e com o Decreto Homologatório, a consolidar a situação fundiária da região, os conflitos entre indígenas e não indígenas, ocupantes das terras reconhecidas como tradicionalmente indígenas, e os conflitos entre indígenas a favor de uma demarcação contínua e aqueles a favor de uma demarcação em ilhas intensificaram-se. Agressões verbais e físicas, uso da máquina pública para divulgar idéias contrárias à demarcação, ocupação de fazendas por indígenas, assassinatos foram alguns dos episódios dessa longa história que se iniciou na década de 70, quando, retomando os rumos de sua história, os povos indígenas da Raposa Serra do Sol resolveram redefinir o seu processo de territorialização.

²¹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 1.044-1.051.

3.3 TRIBUNALIZANDO OS CONFLITOS

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol decorreu de um processo lento em meio a muitos conflitos os quais envolviam a definição sobre a melhor destinação para a área a nordeste do Estado de Roraima, sobre a noção de propriedade e território, sobre projetos de futuro e modelos de desenvolvimento, enfim, conflitos entre formas de compreender o mundo e a nós mesmos. Em meio às expressões concretas desses conflitos, muitas vidas foram perdidas e outras vão ficar marcadas, durante muito tempo, pela violência desse encontro.

Nesse contexto, em busca de uma definição para os conflitos, diversas ações judiciais foram propostas perante o Poder Judiciário Estadual e Federal em Roraima e perante os tribunais superiores – o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O campo judicial, hipoteticamente, um “*lugar neutro*, que opera uma verdadeira *neutralização* das coisas em jogo por meio da ‘des-realização’ e da distanciação implicadas na transformação da defrontação directa dos interessados em diálogo entre mediadores”²¹⁵, foi escolhido para ser um outro *locus*, um palco de expressão desses conflitos, ou seja, uma estratégia de que se valeram os sujeitos para orientar os rumos da demarcação.²¹⁶

Essas ações são, portanto, parte importante na definição da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, merecendo ser contadas. Ocorre que, pelo volume de processos ajuizados e pelo fato de que apenas um desses processos é o foco da minha análise, a Ação Popular n. 3388, limitar-me-ei a trazer à colação os processos que foram mais referenciados pelos sujeitos que atuaram na ação acima mencionada e que, de certo modo, passaram pelo conhecimento dos Ministros do STF que a julgaram. Essa escolha se justifica pelo fato de, a partir dela, situar os julgadores na Petição n. 3388 dentro do contexto de pré-compreensões. Como veremos, o tema da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não foi inaugurado

²¹⁵ BOURDIEU, Pierre. op. cit., p. 227.

²¹⁶ Nesse sentido, discordamos de Bourdieu, para quem “o campo jurídico reduz aqueles que, ao aceitarem entrar nele, renunciam tacitamente a gerir eles próprios o seu conflito (pelo recurso à força ou a um árbitro não oficial ou pela procura directa de uma solução amigável), ao estado de clientes dos profissionais; ele constitui os interesses pré-jurídicos dos agentes em causas judiciais e transforma em capital a competência que garante o domínio dos meios e recursos jurídicos exigidos pela lógica do campo”. (BOURDIEU, Pierre. op. cit., p. 233). Não se trata de renúncia porque o fato de arroseiros, Estado de Roraima, Ministério Público Federal, indígenas, entre outros, terem recorrido ao campo judicial não implicou no abandono de outros *fronts*.

pela Petição n. 3388, já tendo sido alvo de diversos processos, muitos deles julgados por Ministros que atuaram na ação que é o nosso objeto de estudo.

3.3.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.512

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1512 foi proposta pelo Procurador Geral da República, para impugnar as Leis Estaduais n. 96 e 98, do Estado de Roraima, ambas do ano de 1995, que instituíram os Municípios de Pacaraima e Uiramutã, situadas no nordeste daquele Estado. A impugnação ficou restrita à parte em que se determinou que as sedes dos Municípios então criados seriam instaladas nas vilas com os mesmos nomes, localizadas nas Terras Indígenas São Marcos e na Raposa Serra do Sol, respectivamente., afetadas constitucionalmente às etnias Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona.

Na época em que foi julgada, em novembro de 1996, a mencionada ADI não foi conhecida pelo Tribunal, em função da impropriedade do processo objetivo para a solução da lide, que exigia “a apuração de um estado de fato concreto e contraditório”. O STF, por unanimidade, não conheceu da ação porque entendeu necessária a dilação probatória para se saber se os Municípios, cujas leis de criação estavam sendo questionadas contrariaram ou não a Constituição.

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTALAÇÃO DAS SEDES DOS RECÉM-CRIADOS MUNICÍPIOS DE PACARAÍMA E UIRAMUTÃ EM VILAS COM OS MESMOS NOMES: ARTIGOS TERCEIROS DAS LEIS N.ºS. 96 E 98, DE 17.10.95. ALEGAÇÃO DE QUE ESTÃO SITUADOS NAS ÁREAS INDÍGENAS DE "SÃO MARCOS" E "RAPOSA TERRA DO SOL", RESPECTIVAMENTE, E DE OFENSA AO ART. 231, §§ 1º, 4º E 6º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. Escorço histórico dos contornos dos fatos relacionados com a ocupação das áreas do Estado de Roraima, desde 1768, onde se pretende instalar os novos Municípios. 2. O deslinde das questões ligadas à ocupação da área exige observância à legislação da época (Lei n.º 601, de 1850, e Decreto n.º 1.918, de 1854, que a regulamentou, entre outros), pesquisa de documentos e depoimentos de eventuais testemunhas que conheçam o passado destas áreas. 3. Pendência de interdito proibitório requerido pela FUNAI contra o Estado de Roraima. 4. Casos como a demarcação homologada da Reserva de São Marcos, estão com a eficácia suspensa em virtude da nova orientação de política demarcatória de reservas indígenas adotadas pelo Decr. n.º 1.775/95, que alterou o Decr. n.º 22/91; inexistência de ato demarcatório das áreas aperfeiçoado. 5. Incerteza quanto aos requisitos exigidos pelo § 1º do art. 231 da Constituição, para se considerar que as áreas mencionadas são tradicionalmente ocupadas pelos índios; situação que não permite arrostar a autonomia do Estado, manifestada ao criar os Municípios. 6. Solução da lide que exige a apuração de um estado de fato concreto e contraditório cuja natureza do tema e deslinde não são compatíveis com os moldes e limites do juízo cautelar nem com o conteúdo da ação de controle normativo abstrato das leis. Precedentes. 7. Ação direta não conhecida. (STF.

ADI 1512. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 07/11/1996. Publicado no DJ de 01/08/2003).

O Ministro relator da ADI, Maurício Corrêa, optou por não percorrer os caminhos em torno das controvérsias acerca da demarcação contínua ou insular da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, apenas concluiu que é muito antigo esse debate em torno da forma de demarcação ideal para a terra indígena. Segundo o seu voto:

[...] anote-se que na busca da consumação dessa proposta se batem duas correntes formadoras de opinião que no local disputam seguidores; a primeira decorrente da pressão dos católicos, com o apoio da igreja e da Funai, encabeça a tese da definição do ato através de demarcação contínua; enquanto a outra, a favor dos blocos ou ilhas, separando as terras dos brancos das dos indígenas, e de modo descontínuo, por ela propugnam os evangélicos e o Governo do Estado, aí incluindo o estamento político oficial, inclusive os seus Senadores e Deputados Federais. [...] Já por ai vai se vendo que o emaranhado de fatos e ações concretas exige e exigirão percuciente análise de toda uma legislação do século passado e meticulosa pesquisa de documentos e possivelmente a coleta de depoimentos de eventuais testemunhas que conhecem algo sobre o passado dessas fazendas e de seus primeiros possuidores.²¹⁷

Ao decidir não adentrar na seara acerca da possibilidade jurídica de desconstituição de municípios criados em terras sabidamente indígenas, já que o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol se iniciou na década de 1970, o Supremo Tribunal Federal acabou consolidando a ocupação de não índios em terras indígenas, ocupação essa fomentada por medidas estatais, em detrimento dos direitos territoriais indígenas. A opção de se abster não implica em ocupar um lugar neutro. A decisão chancelou a criação dos municípios que passaram a constituir uma situação jurídica consolidada.

De acordo com o Ministro Carlos Ayres Britto, o mérito dessa ação foi “levantar os antecedentes antropológicos que bem ilustram a historia da região, evidenciando o trabalho desenvolvido por Joaquim Nabuco, nos idos de 1903 a 1904, e pelo Marechal Cândido Rondon, no ano de 1927, na defesa das fronteiras brasileiras e no estudo dos povos indígenas”.²¹⁸ Tal levantamento, entretanto, não foi suficiente para infirmar a incerteza, afirmada pelos Ministros, quanto aos requisitos exigidos pelo § 1º do art. 231 da Constituição, para se considerar que as áreas mencionadas são tradicionalmente ocupadas pelos índios. Prevaleceu, assim, a autonomia do Estado, manifestada ao criar os Municípios.

²¹⁷ Voto do Ministro Mauricio Corrêa na ADI n. 1512/RR.

²¹⁸ Voto do Ministro Carlos Aires Brito na Ação Popular n. 3388, fls. 12988.

Na decisão desta ação, dois fatos restaram incontroversos: a) a área em que se situam os Municípios de Uiramutã e Pacaraima, desde os primeiros apontamentos acerca da origem, registra a presença dos índios Makuxi, Ingarikó, Taurepang, Wapixana e Patamona, pertencendo a eles o território dos entes federativos criados; b) presença fazendeiros na região detentores de títulos de propriedade de terras cadastradas pelo Incra e registrados em cartório.

3.3.2. A Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7

Em 1999, Silvino Lopes da Silva e outros, inconformados com a publicação da Portaria n. 820, de 11 de dezembro de 1988, do Ministro da Justiça, que declarou os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada em área de 1.678.800 hectares do Estado de Roraima, ingressaram com uma ação popular perante a Justiça Federal da Seção Judiciária de Roraima, visando à suspensão e à anulação da referida Portaria. Destaco da inicial da ação popular a arguição dos autores no sentido de não competir à Fundação Nacional do Índio promover a demarcação administrativa da terra indígena em questão, já que se trata de terra devoluta, pertencente ao Estado de Roraima. Ademais, caso houvesse possibilidade de demarcação da área, essa deveria ser feita pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, nos termos da Lei n. 6383/76. Além disso, o art. 5º da Portaria, ao determinar a retirada dos não índios da terra indígena demarcada, proibindo o ingresso, o trânsito e a permanência dessas pessoas ou grupos, teria violado o direito de ir e vir no próprio território nacional.

O juiz federal substituto da 1ª Vara Federal, Helder Girão Barreto, indeferiu, em agosto de 1999, a liminar, argumentando que os efeitos da Portaria n. 820/98 encontravam-se paralisados por efeito do Mandado de Segurança n. 6210-DF²¹⁹. Posteriormente, os autores populares requereram a reconsideração da decisão, alegando gravíssima crise que havia se estabelecido no Estado, em face da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Nessa

²¹⁹ O Mandado de Segurança n. 6.210/DF foi ajuizado, em março de 1999, perante o Superior Tribunal de Justiça, pelo Estado de Roraima, na gestão do Governador Neudo Campos, questionando a Portaria n. 820/98, do Ministro da Justiça que declarou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O relator Min. Aldir Passarinho deferiu, em decisão singular de 18 de junho de 1999, em parte, o pedido liminar para suspender os efeitos da portaria “quanto aos núcleos urbanos e rurais já constituídos até a edição do referenciado ato, bem como para permitir, também, aos seus respectivos moradores, o livre acesso e trânsito necessário à normalidade de suas vidas”. (STJ. MS 6210-DF MC. Rel. Min. Aldir Passarinho. 18 de junho de 1999, fls.1340). Em 27 de novembro de 2002, o processo foi extinto sem julgamento de mérito, ressalvando as vias ordinárias ao impetrante, revogando-se a decisão liminar que tinha suspenso a homologação da demarcação. (STJ. MS 6.210-DF. Rel. Laurita Vaz. 1ª Seção. Julg. em 27.11.02).

oportunidade, deputados federais e senador pelo Estado de Roraima, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti²²⁰, requereram seu ingresso no feito como assistentes ou litisconsortes do autor, deferindo-se, pelo juiz, a intervenção como assistência simples.

Em 04 de março de 2004, o juiz federal deferiu em parte a liminar para suspender os efeitos da Portaria n° 820/98 quanto ao núcleos urbanos e rurais já constituídos, equipamentos, instalações e vias públicas federais, estaduais e municipais, e, principalmente, o art. 5° do mesmo ato administrativo, que trata da retirada dos não índios. Determinou, ainda, que fosse feita uma perícia judicial no processo administrativo que culminou com a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

O Ministério Público Federal em Roraima Federal e a Comunidade Indígena Maturuca e outros, insurgindo-se contra essa decisão, propuseram, perante o TRF da 1ª Região, os agravos de instrumento n. 2004.01.00.011116-9 e n. 2004.01.00.010111-0, respectivamente, com pedido de efeito suspensivo. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de decisão monocrática da Desembargadora Federal Selene Maria Almeida, não proveu, em parte, os agravos, determinando a exclusão da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, até julgamento final da demanda, as seguintes áreas: a) faixa de fronteira (art. 20, §2°, da CF/88), até que seja convocado o Conselho de Defesa Nacional, art. 91, §1°, inciso III, da CF/88 para opinar sobre o efetivo uso das áreas localizadas na faixa de fronteira com a Guiana e Venezuela; b) a área da unidade de conservação ambiental Parque Nacional Monte Roraima, c) os Municípios, as vilas e as respectivas zonas de expansão; d) as rodovias estaduais e federais e faixa de domínio e os imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934 (data da primeira Constituição brasileira que assegurou o direito dos indígenas à terra), e) as plantações de arroz irrigadas no extremo sul da área indígena identificada. Reformou-se parcialmente a decisão agravada para manter a proposta da FUNAI saída das propriedades rurais tituladas após a constituição de 1934 ou que não estejam alcançados pela coisa julgada. Considerou a Desembargadora Federal que, da forma como estava expressado na Portaria n° 820/98, os direitos dos não índios não estavam sendo efetivamente protegidos.

Em 21 de maio de 2004, o Ministério Público Federal formulou, através da Suspensão de Liminar n. 38, ao STF pedido de suspensão da execução da liminar concedida na ação popular, e a suspensão dos efeitos das decisões proferidas no TRF da 1ª Região, restabelecendo-se os

²²⁰ O Senador mencionado participou da Ação Popular n. 3388/RR.

efeitos da Portaria n. 820/98. Arguiu, para tanto, que ambas as decisões, de 1º e 2º graus, violaram flagrantemente todo o Capítulo VIII do texto constitucional, em especial o art. 231, caput, §§ 1º e 2º, além de seus arts. 215 e 216, em evidente lesão à ordem jurídica. Nesse sentido, a decisão da Desembargadora federal não se sustenta, pois: a) negou vigência ao art. 231 da CF/88, por entender que a defesa das fronteiras nacionais, ainda que de interesse relevantíssimo se trate, possa se dar com comprometimento ao direitos assegurados no dispositivo referido; b) inviabilizou a compatibilização de interesses, em afronta à unidade e coerência do texto constitucional.

A ministra relatora Ellen Gracie, relatora do processo, indeferiu o pedido de suspensão de liminar, argumentando que:

[...] inexistente, no caso, lesão ao interesse público a autorizar a suspensão da execução das liminares. Atender o pedido do Requerente causaria graves conseqüências de ordem econômica, social e cultural, bem como lesão à ordem jurídico-constitucional, conforme exposto nas decisões proferidas no TRF. A inclusão das comunidades tradicionais instaladas nas terras da Raposa/Serra do Sol acarretaria, ainda, retrocesso econômico significativo, "já que grande parte das comunidades indígenas está economicamente indissociável dos segmentos não-indígenas do Norte/Nordeste de Roraima [...]" (decisões TRF, fls. 91 e 194). [...] As decisões do TRF garantem o direito àqueles que têm propriedades rurais anteriores à CF/34, nestes termos: "As propriedades rurais com titulação anteriores à Constituição de 1934 ou com sentença judicial transitada em julgado reconhecendo o direito de ali permanecerem ficam excluídas [da] área objeto de homologação." (fls. 140 e 243). [...] No caso dos autos, há que se pesar qual o maior dano, o maior impacto que acarretaria no âmbito da ordem e economia públicas: se a suspensão da execução das liminares ou a manutenção destas. Conforme já demonstrado, o maior dano ocorrerá se as liminares forem suspensas.²²¹

Insurgindo-se contra essa decisão, o Ministério Público Federal, utilizando-se de um agravo regimental, requereu ao Pleno do STF que revisse a decisão monocrática, mantendo os efeitos da Portaria n. 820/1998, que declarara os limites da TI Raposa Serra do Sol. O agravo regimental, julgado pelo Plenário da Corte, foi indeferido, confirmando-se a decisão tomada pela Ministra Ellen Gracie. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. AÇÃO POPULAR. LIMINARES CONCEDIDAS EM AMBAS AS INSTÂNCIAS DA JUSTIÇA

²²¹ STF. SL 38-1/RR. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 29/06/2004. Voto disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2838%2E%2E+OU+38%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em 12 de abr. 2011.

FEDERAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À SAÚDE, À SEGURANÇA OU À ECONOMIA. PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO. 1 - Ficou ressaltado na decisão agravada que as liminares impugnadas avaliaram, com base na ordem jurídica legal e constitucional, a necessidade da parcial e cautelar suspensão dos efeitos da Portaria nº 820/98 até a decisão final a ser proferida nos autos da ação popular ajuizada perante a Justiça Federal no Estado de Roraima. 2 - Ao contrário do que afirma o agravante, as liminares proferidas na primeira e na segunda instância da Justiça Federal não negaram vigência ao art. 231 da CF, porquanto tomadas com o propósito de evitar uma mudança radical e de difícil restabelecimento no atual estado de fato da região envolvida, num momento em que o ato administrativo em exame passa por um legítimo controle jurisdicional de legalidade, podendo estar presentes outros interesses igualmente resguardáveis pela ordem constitucional brasileira. Agravo regimental improvido. (STF. SL 38 AgR/RR. Rel. Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/2004. Publicado em 17/09/2004).

Paralelamente às tentativas do Ministério Público Federal e das Comunidades Indígenas de tentar rever a decisão proferida na Vara Federal em Roraima e confirmada pelo Tribunal Regional Federal, a Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7, continuava o seu curso, tendo sido realizada a Perícia Interdisciplinar sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Os peritos José Hamilton Gondim Silva, Carlos Ernesto G. R. Shaefer, Cleber Batalha Franklin, Jaime Agostinho e Erwin H. Frank foram nomeados pelo Juiz Federal no intuito de produzir elementos confiáveis para auxiliar o juiz na tomada de decisão sobre a legalidade ou não do processo administrativo que culminou na edição da Portaria n. 820/1998.

O grupo interdisciplinar não conseguiu manter-se coeso, tendo sido produzidos dois laudos periciais, um assinado pelos peritos José Hamilton Gondim Silva, Carlos Ernesto G. R. Shaefer, Cleber Batalha Franklin, Jaime Agostinho; e outro assinado pelo perito Erwin H. Frank.

O laudo produzido pelo primeiro grupo de peritos concluiu que a Portaria 820, de 11 de dezembro de 1998, foi editada contrariando a norma regente do procedimento administrativo para demarcação de terras indígenas, sugerindo o grupo que a aludida Portaria fosse considerada nula, por não ter cumprido as orientações do Decreto n. 22/91 e 1.775/96, mesmo tendo sido elaborada sob sua vigência.

O processo demarcatório que deu origem à Portaria estaria eivado de “vícios insanáveis”, quais sejam: participação parcial dos indígenas (teriam sido ouvidos apenas aqueles favoráveis à demarcação); participação do governo estadual comprometida (mesmo reconhecendo que isso se deveria, inclusive, à omissão do governo estadual à época); falta de

participação da academia²²²; inclusão no grupo técnico interinstitucional da Igreja Católica, que teria sido a única representante das entidades religiosas; não participação dos Municípios de Boa Vista e Normandia; desconsideração dos produtores agropecuários, comerciantes estabelecidos nas localidades, garimpeiros e demais atores; não apresentação do “relatório circunstanciado que caracteriza a terra indígena a ser demarcada à Funai”, nos termos do Decreto 22/91, que regula o procedimento administrativo de demarcação²²³; relatório apresentado pela antropóloga seria uma coletânea de peças independentes, sem formar um corpo lógico, não contendo análise sobre os interesses da segurança e da defesa nacionais, e sobre os reflexos da região para a economia do Estado de Roraima; o laudo antropológico da Funai, apresentado pela antropóloga Maria Guiomar, seria uma reprodução de laudo anteriormente apresentado para justificar outro tipo de demarcação para as mesmas terras da Raposa Serra do Sol; a Portaria 820/98 teria englobado na demarcação a área constante do Parque Nacional do Monte Roraima, criado pelo Decreto n. 97.887, de 28.07.89; além disso a mesma Portaria teria englobado área de 90 mil ha dos Ingarikó, já demarcada anteriormente por meio da Portaria Interministerial n. 154/89.²²⁴

Entendendo que a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol traria como consequências: a) exclusão ou redução das atividades econômicas ou governamentais (estaduais) fundamentais à cultura e à subsistência atual das diversas comunidades indígenas da região; b) redução da presença do governo estadual, em consequência da restrição do acesso de órgãos públicos estaduais que deveriam fornecer, sem solução de continuidade, melhorias sociais às comunidades; c) reflexos na estrutura político-econômico-social em virtude da exclusão da população não-índia de uma vasta região na qual já tem se instalado um Município; d) reflexos negativos na estrutura fundiária e na sua infra-estrutura que já se encontra (sic) integrada ao sistema capitalista de produção; e) desmantelamento da estrutura produtiva comercial (cita o exemplo da cultura do arroz, a qual teria alcançado altos índices de produtividade); f) criação de uma espécie de território indígena, sem a presença de não índios; g) reflexos na frágil economia

²²² Entendemos que “academia” aqui se refere à Universidade Federal de Roraima.

²²³ O autor utiliza da mudança das normas de forma que parecer mais conveniente. O que não estiver de acordo com o decreto 22/91 é destacado e o que contrariar o Decreto 1775/96 (que revogou o decreto outrora mencionado) também. Não há um argumento cronologicamente válido.

²²⁴ SILVA, José Hamilton Gondim; SCHAEFER, Carlos; AGOSTINHO, Jaime de; FRANKLIN, Cléber Batalha. **Relatório da Comissão de Peritos**. 1ª Vara da Justiça Federal em Roraima. Processo n. 1999.42.00.000014-7. Boa Vista. 2004, p. 37-38.

do Estado de Roraima, frustrando-se novas perspectivas da produção de grãos e provocando êxodo rural de índios e não índios, provocando inchaço urbano na capital do Estado²²⁵; os peritos propõem o que chamam de **cenário alternativo**, que seriam um modelo de demarcação em ilhas ou em *clusters*, em que cada *cluster* corresponderia a uma aldeia.

A facilidade de opção por esse modelo demarcatório é descrita pelos peritos:

Existem programas de computador especiais para equacionar e resolver, aplicando o método iterativo descrito acima, o problema do grupamento (“clusters”) ótimo de digamos, 200 malocas indígenas. É suficiente que se defina uma medida (que possa ser considerada razoável) de similaridade entre as diversas malocas (considerando as diferenças e similaridades antropológicas entre elas) e que seja explicitada a tolerância que se admite para as diferenças, dentro de um mesmo “cluster”.²²⁶

Os problemas da adoção desse modelo, os quais não foram considerados pelos peritos, é que ele adota o conceito de habitação e posse (a maloca ou a aldeia) como o único conceito válido, negando vigência aos demais elementos que compõem a terra indígena tradicionalmente ocupada como definido na Constituição de 1988, no §1º do art. 231.

O Relatório do Perito Erwin H. Frank, antropólogo, destoa, de sobremaneira, do Relatório mencionado anteriormente, apresentando vastos aspectos historiográficos, lingüísticos e antropológicos, para afirmar que a Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

Em toda a sua extensão, como determinado pelo GTI da Funai, em 1993, sob a coordenação da antropóloga da Funai, Maria Guimar Melo, e como foi demarcada pela Portaria n. 820/98, de 11 de setembro de 1988 [...] é terra tradicionalmente habitada e ainda utilizada, mas sobretudo necessária, para que se tenha alguma chance de progredir, no futuro, em autonomia, isto é, segundo a sua própria vontade (culturalmente construída) a totalidade dos Macuxi (Pemon), taurepang (Pemon), Ingarikó (Kapon-Akawaio), Patamona (Kapon) e Wapishana, segundo os seus usos, costumes e tradições.²²⁷

Em um trecho significativo da compreensão dos povos indígenas da Raposa Serra do Sol acerca do território por eles ocupado, o perito afirma que:

Já vimos que os Pemon/Kapon (e Wapishana) percebem o total da região do circun-Roraima como espaço de atuação dos seus ancestrais míticos (o sol e os irmãos, filhos dele).
[...]
Nesse ambiente vivido, conhecido e aproveitado de milhares de maneiras (todas culturalmente constituídas), cheios de “recursos” da natureza e de usos variáveis (econômicos, terapêuticos, pedagógicos, etc.), não há “buracos” ou “espaços livres” –

²²⁵ SILVA, José Hamilton Gondim; SCHAEFER, Carlos; AGOSTINHO, Jaime de; FRANKLIN, Cléber Batalha. Op. cit., 2004, p. 51.

²²⁶ Idem, p. 55.

²²⁷ Laudo do Perito Erwin H. Frank. Boa Vista. Junho de 2004, p. 77.

nem sequer aqueles atualmente ocupados e definidos como posses exclusivas e excludentes de empresas agropecuárias não indígenas, que tentam monopolizar o acesso a algo que, do ponto de vista indígena, faz parte do seu “ambiente” e de seus recursos “naturais” [...]. A Terra Indígena Raposa Serra do Sol encontra-se, na sua totalidade, dentro desse ambiente autóctone, subjetivamente experimentado e ativamente vivido pelos Macuxi, Taurepang, Ingarikó, Patamona e Wapishana.²²⁸

Sob o aspecto econômico, tão comentado no relatório dos peritos José Hamilton Gondim Silva, Carlos Ernesto G. R. Shaefer, Cleber Batalha Franklin, Jaime Agostinho; Erwin Franck comenta que “a rizicultura nas várzeas do Mau, Tucutu, baixo Contigo e Surumu²²⁹, em vez de ser uma fonte indispensável de ingressos monetários (impostos), constitui uma aposta política muito cara para os cofres públicos”.²³⁰

No que tange à proposta de demarcar em “ilhas” de qualquer tamanho e forma a área conhecida como Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o perito afirma que as consequências inevitáveis dessa escolha seriam: a) descumprimento da Constituição em vigor; b) lesões gravíssimas dos direitos humanos e constitucionais de 16 mil indígenas; c) restrição dos usos tradicionais que os indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol fazem do total da sua extensão atual; d) frustração das expectativas internacionais de que o Brasil cumprirá seus compromissos com relação à proteção de suas minorias étnicas/culturais; e) enfraquecimento das organizações indígenas; f) fortalecimento das frações e forças políticas opostas aos direitos humanos e constitucionais dos índios no Brasil; g) diversos processos jurídicos; h) fortalecimento dos planos do governo de Roraima de implementar no estado um modelo de produção agrícola de incalculáveis riscos sociais, econômicos, ecológicos; i) fortalecimento da fé na impunidade; j) novo surto de garimpagem na região.²³¹

A ação popular não chegou a receber uma sentença, tendo sido extinto, sem apreciação de mérito, por efeito do julgamento da Reclamação n. 2833/RR, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal.

²²⁸ Laudo do Perito Erwin H. Frank. Boa Vista. Junho de 2004, p. 41.

²²⁹ Rios que passam dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

²³⁰ Laudo do Perito Erwin H. Frank. Boa Vista. Junho de 2004, p. 94. Segundo a Lei Estadual n. 215, de 11 de setembro de 1998, alterada pela Lei Estadual n. 399, de 30 de setembro de 2003, os produtores rurais não indígenas (rizicultores e agropecuaristas) que ocupam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol ficarão isentos dos tributos de competência estadual até 2018.

²³¹ Laudo do Perito Erwin H. Frank. Boa Vista. Junho de 2004, p. 107-109.

3.3.3. A Reclamação n. 2.833/RR²³²

A Reclamação n. 2833/RR foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, com o único escopo de preservar a competência deste Tribunal para processar e julgar questões relativas à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sob o fundamento de que tais questões envolveriam conflito federativo entre União e Estado, a ensejar a ocorrência do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal, que determina ser competência originária do STF processar e julgar as causas envolvendo conflitos entre União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros. Como medida cautelar, solicitava a suspensão de todas as ações em curso que tivessem como objeto a impugnação da Portaria n. 820/98.

O ajuizamento da reclamação representou uma estratégia do MPF para concentrar todos os processos sobre a demarcação da Terra Indígena Terra do Sol em um único foro, no caso, a Corte Máxima do país, evitando decisões colidentes e o aumento de recurso possíveis. Ademais, após as derrotas em outras ações nos tribunais, a exemplo da Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7, o manejo da Reclamação evitava criar precedentes negativos sobre a matéria, esperando o MPF ter mais chances de ver seus argumentos considerados, ao deslocar os processos em curso da esfera local (núcleo de ebulição dos conflitos), mais sujeita a influências políticas, transferindo-os ao Supremo, onde, supostamente, estaria sujeito a um olhar mais técnico.

A Reclamação n. 2.833, após o voto favorável do Ministro relator Carlos Britto, foi julgada procedente, pelo Plenário, em abril de 2005, reconhecendo-se, assim, a competência do STF para julgar as lides que envolvessem não só a declaração de invalidade da Portaria n. 820/98, mas todos os feitos que questionassem a demarcação da Raposa/Serra do Sol. Vejamos:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. - Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei

²³² Reclamação é um tipo processual previsto na Constituição de 1988, art. 102, I, *l*, ajuizado por qualquer pessoa física ou jurídica, incluindo o Ministério Público, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (que vem descrita na própria Constituição, art. 102) ou para garantir a autoridade de suas decisões, evitando que Tribunais inferiores dentro da hierarquia judiciária se contraponham a decisões emanadas pela Corte Máxima, que é Corte Constitucional e tribunal de última instância. A Reclamação, assim, é medida que assegura a prevalência do discurso proferido pelos Ministros do STF frente aos discursos proferidos por juízes singulares e colegiados que se situam em instâncias abaixo da Corte Máxima.

Maior). - Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. - Reclamação procedente. (STF. Rcl. 2833/RR. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 14/04/2005. Publicado em 05/08/2005).

Após a fixação da competência, foram julgados prejudicados, na mesma oportunidade, todos os processos avocados para o Tribunal, diante do advento da nova Portaria n. 534/05, sob o argumento de que a Portaria n. 820/98, então impugnada, teria sido revogada. É o que consta no acórdão:

O Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para o efeito de reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento dos seguintes feitos: Ação Popular nº 1999420000014-7 (1ª Vara Federal de Roraima); Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.10111-0 (TRF da 1ª Região); Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.11116-9 (TRF da 1ª Região); Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 94 (Superior Tribunal de Justiça); Ação Possessória nº 2004.42.00.001122-1 (1ª Vara Federal de Roraima); Ação Possessória nº 2004.42.00.001123-5 (1ª Vara Federal de Roraima); Ação Possessória nº 2004.42.00.001374-6 (1ª Vara Federal de Roraima); Ação Possessória nº 2004.42.00.001760-6 (1ª Vara Federal de Roraima); Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.46273-8 (TRF da 1ª Região); Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.01123-5 (TRF da 1ª Região); Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.47500-4 (TRF da 1ª Região), vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Celso de Mello, que a julgavam improcedente. Subseqüentemente, o Tribunal reconheceu a perda superveniente de objeto dos feitos relacionados, ante a edição da Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça, como também declarou a prejudicialidade dos agravos regimentais interpostos no bojo desta reclamatória, tudo nos termos do voto do relator. Votou a Presidente. Declarou impedimento o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente).

3.3.4. A Reclamação n. 3331-7/RR

O Ministério Público Federal, diante de novas ações ajuizadas nas Varas Federais de Roraima para impugnar a Portaria n. 534/2005, do Ministro da Justiça, que revogando a Portaria n. 820/98, declarou os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, protocolou nova Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, alegando ofensa à autoridade das decisões desse Tribunal e competência em razão do conflito federativo.

O processo, distribuído ao Ministro Carlos Britto, recebeu, nos moldes da Reclamação n. 2833/RR, decisão de procedência, sendo julgado, por maioria, pelo Tribunal em 28/06/2006.

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 534/05, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. Caso em

que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente. (STF. Rcl. 3331/RR, Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 28/06/2006, Publicado em DJ 17/11/2006).

Assim, foram avocados para o STF os seguintes processos: a) tramitando na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima as Ações Possessórias nºs 2004.42.00.001403-5, 2004.42.00.001459-0 e 2004.42.00.001462-8; b) a) tramitando na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima as Ações Possessórias nºs 2004.42.00.1591-4 e 2004.42.00.001590-0.

3.3.5. O Mandado de Segurança n. 25.483/DF

A Itikawa Indústria e Comércio Ltda. e outros posseiros e titulares de títulos de propriedade de glebas situadas no interior da Terra Indígena Raposa Serra do Sol ajuizaram o Mandado de Segurança n. 25.483/DF, perante o Supremo Tribunal Federal, em face de ato supostamente abusivo e ilegal praticado pelo Presidente da República que homologou a demarcação da referida Terra Indígena, por meio do Decreto de 15 de abril de 2005.

Os impetrantes argüiram a nulidade do processo de demarcação que deu origem ao ato impugnado, por vícios formais e materiais. Aduziram que a demarcação ofendeu a boa-fé e o devido processo legal, tendo direito adquirido a permanecer nas terras que ocupam imemorialmente.

O Tribunal, por unanimidade²³³ e nos termos do voto do relator, o Min. Carlos Britto, entendeu que a apreciação da matéria exigia amplos espaços probatórios, incabíveis na via estreita do mandado de segurança, sendo própria das vias ordinárias a discussão acerca dos aspectos fáticos e técnicos que envolvem a posse, a utilização e as eventuais indenizações atinentes à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.²³⁴

Evitando encerrar o processo sem julgamento de mérito, os Ministros, ultrapassada essa questão, levantando um a um os argumentos dos impetrantes, entenderam que: a) cabe à União

²³³ Estavam ausentes nessa seção plenária os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, tendo votado a Ministra Ellen Gracie.

²³⁴ No mesmo sentido ver: STF. AC 2014-MC/RR. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 10/04/2008.

demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput do artigo 231 da Constituição Federal), sendo que ao Presidente da República é reconhecida a atribuição para homologar tal demarcação administrativa; b) a manifestação do Conselho de Defesa Nacional não seria requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira; c) não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa); d) o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto. Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (caput do artigo 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança. (STF. MS 25.483/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 04/06/2007. Publicado em 14/09/2007).

Como se vê, o objeto do Mandado de Segurança foi justamente a validade do procedimento demarcatório, em seus aspectos formais e materiais, tendo o Plenário do STF reconhecido a higidez e a plena regularidade jurídica do processo que culminou com a edição da Portaria n. 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005.

3.3.6. A Ação Cautelar n. 2009-3/RR

O Estado de Roraima ajuizou, em 07 de abril de 2008, a Ação Cautelar n. 2009, perante o Supremo Tribunal Federal, em face da União e da Fundação Nacional do Índio, requerendo provimento urgente no sentido de suspender a operação de retirada de não indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Operação Upakaton 3), a ser desencadeada pela Polícia Federal e Força Nacional de Segurança, em cumprimento à Portaria n. 534/2005 e ao Decreto n. 1.775/96.

Alegou o autor que a situação é controversa, pendendo uma série de ações perante a Corte Máxima que discutem a ilegalidade e inconstitucionalidade da demarcação da referida Terra Indígena, a exigir cautela do Poder Público.

Em 9 de abril de 2008, apreciando o pedido de liminar nessa ação cautelar, o Tribunal determinou a suspensão de todas as operações cujo objetivo fosse a retirada compulsória de não índios da parte da reserva indígena Raposa Serra do Sol ainda ocupada por eles. Adotando postura processual interessante, os Ministros consignaram que a liminar perduraria “até o julgamento de mérito da controvérsia, em qualquer das ações principais”, enquadrando as ações sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol em um único bloco, reconhecendo sobre todas elas o fenômeno da litispendência, a exigir uma julgamento uniforme.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA OPERAÇÃO DE RETIRADA DOS POSSEIROS. AMEAÇA DE CONFLITO ARMADO ENTRE ELES E OS ÍNDIOS. 1. Questão de fundo que se orna de dimensão constitucional, a antagonizar alegado direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º) e a proteção às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231). 2. A área ocupada pelos agricultores renitentes, apesar de representar parte mínima de toda a terra demarcada, situa-se em região próxima à fronteira do País, o que faz com que a matéria ganhe contornos federativos. 3. A ameaça de conflito entre as partes interessadas diz respeito à segurança pública, matéria que se constitui em "dever do Estado", a ser exercido pelos órgãos próprios "para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144 da Carta Magna). 4. Medida cautelar deferida até o julgamento de mérito da controvérsia, em qualquer das ações principais. (STF. AC 2009/RR MC. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 09/04/2008).

Colho, na oportunidade, trechos do voto do Ministro relator Carlos Britto:

Feitas essas considerações preliminares, percebe-se que a controvérsia gira em torno de dois valores que ocupam posição de relevo no Texto Magno: a proteção ao direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º) e a proteção às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231).

[...]

Ora, é fácil perceber que essa porção de 1% (um por cento) [das terras ocupadas pelos rizicultores no interior da Terra Indígena Raposa Serra do Sol] não compromete substancialmente a finalidade da demarcação, mas pode comprometer a segurança e a

ordem públicas. Digo isso porque essa nesga de terra se localiza em região próxima à fronteira do país, o faz com que a discussão ganhe contornos de defesa da soberania nacional. [...] Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de determinar a suspensão dos atos de desocupação relatados na inicial, até o julgamento de mérito de qualquer das ações principais que tem por objeto a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol.²³⁵

Na ponderação entre os direitos em confronto, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do relator, optou por paralisar a desinstituição até o julgamento de mérito de uma dentre tantas ações principais²³⁶ que discutiam a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no STF. Esse julgamento de mérito foi proferido na Ação Popular n. 3388.

²³⁵ Voto do Ministro Carlos Britto na Medida Cautelar na Ação Cautelar n. 2009/RR. Julgada em 09/04/2008.

²³⁶ A ação principal correspondente à Ação Cautelar n. 2009/RR foi ajuizada pelo Estado de Roraima em 05 de março de 2008, sob a insígnia Ação Cível Originária n. 1167.

4. A AÇÃO POPULAR N. 3388/RR: UMA ESTRATÉGIA DISCURSIVA

Dentre as estratégias utilizadas pelos sujeitos que tinham interesse na demarcação ou não da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário foi uma das mais empregadas. Fundamentando-se no poder dos argumentos e das palavras, submetidas a uma arena pública que, “por meio de veredictos acompanhados de sanções [...] manifesta o ponto de vista transcendente às perspectivas particulares que é a visão soberana do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima”²³⁷, buscou-se um provimento que, aliado às pressões políticas, econômicas e de outras ordens, atendesse aos interesses daquele que demandava.

Ocorre que, em meio às várias ações que tramitavam no STF sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a primeira a receber uma decisão definitiva sobre a causa foi a Petição n. 3388, daí a sua relevância.

4.1 UMA AÇÃO POPULAR NO STF?

Um dia após aquele que se comemora o dia do índio, em 20 de abril de 2005, o então Senador da República pelo Estado de Roraima, Augusto Affonso Botelho Neto, médico de formação, propôs perante o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu advogado, Cláudio Vinícius Nunes Quadros, uma ação popular com pedido de efeito suspensivo liminar contra a União em face da Portaria n. 543/2005, do Ministro da Justiça, e Decreto de 15 de abril de 2004, do Presidente da República, nos quais foi declarada e homologada a Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A ação, apenas mais uma que discutia a demarcação da referida terra indígena, chegou a uma definição pelos Ministros do STF quase quatro anos depois do seu ajuizamento, em 19 de março de 2009, ganhando, no decorrer de sua tramitação, uma dimensão muito maior do que a inicialmente proposta na petição inicial e envolvendo muito mais atores ou sujeitos processuais.

Antes, no entanto, de percorrer esse caminho da petição inicial até a decisão de mérito dos Ministros, é necessário apresentar o quadro de possibilidades que, de antemão, a legislação já

²³⁷ BOURDIEU, Pierre. op. cit., 2010, p. 236.

estabelece para uma ação popular. É o *rito*, as regras processuais, a controlar o discurso jurídico, circunscrevendo-o a uma moldura previamente conferida pelo ordenamento.

A ação popular, citada como um dos dispositivos que melhor justifica o título de Constituição Cidadã²³⁸ da Lei Máxima de 1988, é atualmente entendida como meio processual a que tem direito qualquer cidadão que deseje questionar judicialmente a validade de atos ou contratos administrativos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Não se trata de um instrumento novo da Constituição vigente, havendo previsão da ação popular em cada uma das Constituições brasileiras, com as suas devidas redações, exceto nas de 1824, 1891 e 1937, nas quais não houve previsão desse instrumento constitucional. Em acepção estrita podemos afirmar que foi o inciso 38 do artigo 113 da Constituição de 1934 que introduziu a ação popular em nosso direito constitucional²³⁹, como forma de defesa do patrimônio público, de caráter eminentemente civil, tendo o dispositivo afirmado que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

Com a redemocratização do País em 1946 ressurgiu também na Constituição do mesmo ano, no art. 141, § 38, a ação popular de forma reforçada, ampliando o rol de entidades públicas suscetíveis de controle para responder às novidades introduzidas pelas técnicas de descentralização administrativa.²⁴⁰ Nesse sentido previu a Constituição de 1946 que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

Em 1965, a ação popular foi regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que passou a prever, como objeto da ação popular, a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, considerando-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.²⁴¹

²³⁸ DAHER, Marlusse Pestana. Ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=352>>. Acesso em: 30 abril 2010.

²³⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo, 1991, p. 126.

²⁴⁰ Idem, p. 127.

²⁴¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 281.

A Constituição vigente, de 1988, estabeleceu, no artigo 5º, LXXIII, a ação popular, caracterizando-a como um instrumento de defesa dos interesses da coletividade. Por isso, o autor da ação age em nome da coletividade, que é também beneficiária da ação, embora não necessariamente parte do processo. A Constituição dispõe no referido artigo que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Existem, portanto, três pressupostos específicos para o manejo da ação popular, sem os quais ela não se viabiliza. São eles: a condição de cidadão em gozo de seus direitos políticos, a ilegalidade ou imoralidade do ato praticado pelo agente e a lesividade do patrimônio público.

Quanto à condição de autor, a legislação estabelece que ele deve ser cidadão brasileiro, no gozo dos seus direitos cívicos e políticos. Aqui se inclui o brasileiro entre dezesseis e dezoito anos, a quem o artigo 14, § 1, II, “c” da CF atribui o direito de voto.²⁴²

As pessoas jurídicas, inclusive as de direito público, como a União, Estados e Municípios, conforme dispõe a legislação aplicável, não podem propor a ação popular, já que, como direito político do cidadão, a ação popular é restrita aos indivíduos. Nesse sentido, tem-se posicionado a jurisprudência pacífica e reiterada do Supremo Tribunal Federal, sumulada no enunciado nº 365, firmado em 16 de dezembro de 1963.²⁴³

²⁴² MANCUSO; Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 8. O § 3º do artigo 1º da Lei n.º 4.717/65 exige título de eleitor como requisito para ajuizamento da ação popular. Segundo esse artigo, tanto o analfabeto que não fez o alistamento quanto o condenado criminalmente não têm legitimidade para propor a ação popular. Tal dispositivo tem sido fortemente questionado na doutrina, uma vez que essa restrição não se coaduna com a compreensão contemporânea de cidadania, a qual considera o cidadão não mais o simples eleitor nem o candidato em que se vota, sendo o sujeito ativo, responsável pela história que o envolve, participante do fenômeno político, com direitos e aptidões de participar das decisões do Estado, deste cobrando, exigindo e reivindicando posturas e atitudes efetivas para a satisfação das necessidades e anseios sociais e individuais. Nesse sentido, para Amorim: “a legitimidade para ajuizar ação popular deve ser franqueada a todos os cidadãos, exigindo-se, apenas, os requisitos ordinários compatíveis com o ajuizamento de qualquer outra ação. Solução essa que se coaduna com a interpretação teleológica e sistemática da Constituição da República e afirma a condição de cidadão do analfabeto e do condenado criminalmente”. (AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Cidadania e ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2348>>. Acesso em: 2 maio 2010).

²⁴³ Súmula do STF nº 365: “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”. Entendo que esse dispositivo deve ser atualizado frente ao reconhecimento dos direitos coletivos e difusos pela Constituição de 1988, como à saúde pública, ao meio ambiente equilibrado, o que ensejou a criação de diversas associações civis para defesa desses direitos e interesses. Nesse sentido, a ampliação da legitimidade para a propositura da ação popular, titularizando-a não só o cidadão individualmente considerado, mas também as associações civis, seria medida compatível com a Constituição de 1988. Posicionamento semelhante pode ser encontrado em VIANNA, José

A ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público, sendo a demonstração da lesividade e da ilegalidade requisitos da ação popular. Nesse sentido, o autor da ação deve demonstrar que o ato que pretende anular é contrário ao direito, quer na sua constituição, quer no seu objeto, e que gerou efetiva lesão ao patrimônio público. Lesivo é o ato ou a omissão administrativa que desfalque o erário, traga prejuízos à Administração ou que ofendam bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. A lesão se refere não somente ao patrimônio material, embora constituam a maioria dos casos, mas também ao patrimônio moral, estético, espiritual e histórico.

Como a ação popular tem com intuito de resguardar e tutelar os interesses difusos e coletivos, a posição que o autor popular exerce na ação é controvertida. Em que pese essa controvérsia, entendo que há uma legitimação autônoma do autor popular para a condução do processo. Autônoma, visto que completamente independente do direito material discutido em juízo, já que os direitos difusos não têm titulares determinados, sendo a lei que determina o titular. Assim, Mancuso defende: “[...] se trata de legitimação anômala de tipo misto, porque as entidades nominadas no texto em questão exerceriam legitimação ordinária (na ‘parte’ em que são portadoras de um ‘interesse próprio’) e legitimação extraordinária (na ‘parte’ que agiriam como representante ou substituto dos demais sujeitos a quem tocariam os interesses difusos)”.²⁴⁴

Esta última corrente parece-nos ser a mais conveniente, porque propõe de uma legitimação que se situaria entre a legitimação ordinária (o autor defendendo direito próprio), e a legitimação extraordinária (o autor atuando apenas como substituto processual da coletividade).²⁴⁵ Portanto o autor popular age em defesa de um interesse próprio e ao mesmo tempo em defesa de um interesse de toda a coletividade. Como conjunção dos dois tipos de legitimidade (ordinária e extraordinária), se trata de uma legitimação autônoma ou anômala de tipo misto.

Ricardo Alvarez. **Legitimidade para propositura da ação popular ambiental**. Disponível em www.amapar.pr.gov.br. Acesso em 20 de abril de 2010.

²⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 228.

²⁴⁵ VON SÖHSTEN, Daniela Cavalcanti. Legitimidade do cidadão na ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 852, 2 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7512>>. Acesso em: 15 Abril 2010.

Essa natureza singular da posição que o autor popular ocupa já foi reconhecida pelo STF na ação popular de competência originária desse Tribunal (STF. Reclamação 424-4/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.1994). Entendeu a Corte Máxima se tratar de uma substituição processual especial conquanto o cidadão atue defendendo o interesse de ente federado em face de ato lesivo praticado pela União. Nesse precedente reconheceu-se a desnecessidade do ente público titular do patrimônio lesado vir a compor a relação processual, considerada a substituição pelo autor popular.

O art. 6º da Lei n. 4.717/65 enumera os diversos sujeitos passivos da ação popular: as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome dos quais foi praticado o ato a ser anulado; as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; como, também, os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.²⁴⁶ Se uma avaliação inexata é a razão para uma ação popular, o avaliador, responsável pelo ato lesivo, pode ser também ser um sujeito passivo.

Um aspeto importante é o fato que a pessoa jurídica de direito público ou privado, chamada na ação, pode assumir posições distintas, a depender do seu interesse. Pode, portanto, contestar o pedido autoral, abster-se de contestar ou até mesmo encampá-lo expressamente se isso se afigure útil ao interesse público (art. 6º, § 3º da Lei).

O Ministério Público é um sujeito processual singular, não se identificando *a priori* com autor ou réu, já que não se vincula aos interesses do iniciador da ação nem se subordina aos interesses da Administração na defesa do ato impugnado. É parte pública autônoma, que tem posição singular na ação popular²⁴⁷, já que pode promover a responsabilização civil e criminal de quem tiver praticado o ato lesivo, culminando por assumir a autoria do pedido, caso seja abandonado pelo promovente da ação e no caso de concorrente popular não se habilitar a tanto, inclusive executar a sentença. E, pode ainda, defender o ato questionado, por entender que inexistente lesão ao patrimônio público, nem à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural.²⁴⁸

²⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140.

²⁴⁷ Idem. 2004, p. 142.

²⁴⁸ No caso da Petição n. 3388, cujo pedido é a nulidade da Portaria n. 534/2005, do Ministro da Justiça, e do Decreto de 15/04/2005 que declarou e homologou, respectivamente, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Ministério Público deve assumir posição contrária a do autor popular, na defesa dos atos impugnados, já que se inclui, entre

Em regra, somente os atos administrativos são passíveis de questionamento pela via da ação popular. Quanto aos atos de índole jurisdicional, ordinariamente, eles não podem ser objetos dessa ação, havendo contra eles todo um sistema processual recursal admissível para as partes.²⁴⁹ Assim conclui o Min. Celso de Mello: “Tratando-se de ato de índole jurisdicional, cumpre considerar a seguinte dilemática: ou o ato em questão ainda não se tornou definitivo – podendo, em tal situação, ser contestado mediante utilização dos recursos previstos na legislação processual -, ou, então, já transitou em julgado, hipótese em que, havendo decisão sobre o mérito da causa, expor-se-á à possibilidade de rescisão”.²⁵⁰

Não é só a atuação positiva da administração que pode ser ventilada por intermédio da ação popular. As omissões administrativas quando tiver conseqüências lesivas ao patrimônio público podem ser questionadas com o manejo dessa ação. Nesse caso a finalidade da ação popular é a obtenção da correção nos atos administrativos ou nas atividades delegadas ou subvencionadas pelo Poder Público.

No que tange à competência, ou seja, a identificação de qual juiz ou foro tem atribuição para conhecer e julgar a ação, a Lei n. 4717/65 não estabelece nenhuma regra de foro privilegiado, determinando, no art. 5º, que “é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la, o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município”, submetendo a ação ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Isso significa que, independentemente de quem ajuíza a ação, ela deve ser promovida perante um juiz de primeiro grau, estadual, se disser respeito a matérias de competência estadual, e federal, se disser respeito a matérias de competência federal, previstas no art. 109, da Constituição Federal.²⁵¹ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

EMENTA: Competência originária do Supremo Tribunal para as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 102, I, r, com a redação da EC 45/04): inteligência: não inclusão da ação popular, ainda quando nela se vise à declaração de nulidade do ato de qualquer um dos conselhos nela referidos. 1. Tratando-se de ação popular, o Supremo Tribunal Federal - com as únicas ressalvas da incidência da alínea n do art. 102, I, da Constituição ou de a lide

suas funções constitucionalmente previstas, a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, CF/88).

²⁴⁹ Assim decidiu a TRF – 3ª Turma, REO 106.916-RJ, DJU de 01.1087, p. 21.010.

²⁵⁰ MELLO, Celso de *apud* MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Ação Popular Constitucional. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 03, 2002, p. 16.

²⁵¹ Dois dispositivos do art. 109 atraíam a competência para a justiça federal, o inciso I, já que a União é interessada na Ação Popular n. 3.388, na condição de ré, e o inciso XI, já que se trata de disputa envolvendo direitos indígenas.

substantivar conflito entre a União e Estado-membro -, jamais admitiu a própria competência originária: ao contrário, a incompetência do Tribunal para processar e julgar a ação popular tem sido invariavelmente reafirmada, ainda quando se irroge a responsabilidade pelo ato questionado a dignitário individual - a exemplo do Presidente da República - ou a membro ou membros de órgão colegiado de qualquer dos poderes do Estado cujos atos, na esfera cível - como sucede no mandado de segurança - ou na esfera penal - como ocorre na ação penal originária ou no habeas corpus - estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição. 2. Essa não é a hipótese dos integrantes do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público: o que a Constituição, com a EC 45/04, inseriu na competência originária do Supremo Tribunal foram as ações contra os respectivos colegiado, e não, aquelas em que se questione a responsabilidade pessoal de um ou mais dos conselheiros, como seria de dar-se na ação popular. (STF. Pet 3674 QO/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julg. em 04.10.2006).

Acerca do conteúdo da sentença, a referida lei dispensa pelo menos quatro dispositivos para dizer o que é importante conter na decisão: decretação de invalidade do ato impugnado, condenação em perdas e danos (art. 11), pagamento de custas ao autor (art. 12), em ambos os casos se a ação for julgada procedente; condenação do autor ao décuplo das custas, caso a ação seja julgada temerária (art. 13); indicação do valor da lesão (art. 14).

Quanto aos efeitos, caso julgada procedente ou improcedente, desde que não seja por falta de provas, a sentença na ação popular, nos termos do art. 18, terá eficácia *erga omnes*, ou seja, oponível contra todos aqueles que participaram do caso concreto alvo da ação popular, ainda que não tenham participado do processo, seja como autor, réu, assistente, litisconsorte, etc.

Circunscrito esse quadro normativo que aponta os limites e as possibilidades jurisdicionais da ação popular, cumpre destacar que a Petição n. 3388 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, contrariando, em uma primeira análise, a disposição legal. Contudo, a competência deste Tribunal para processar e julgar todas as causas envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol fora decidida pelo próprio STF nas Reclamações n. 2.833 e 3.331. O principal fundamento para avocação dos processos e fixação dessa competência, que se situa no campo da exceção, principalmente frente às ações populares, foi o reconhecimento da existência de um considerável conflito federativo entre a União, responsável constitucionalmente por realizar a demarcação das terras indígenas, e o Estado de Roraima e municípios de Uiramutã e Pacaraima, que tiveram declarada parte de seus territórios como terra indígena, ensejando a ocorrência do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal, que determina ser competência originária do STF processar e julgar as causas envolvendo conflitos entre União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros.

Fixados esses parâmetros e esclarecimentos iniciais, passaremos à descrição do caminho percorrido entre a petição inicial e a decisão de mérito dos Ministros na Ação Popular sob análise.

4.2 UM VOO PANORÂMICO PELA PETIÇÃO N. 3388/RR

Como mencionado, em 20 de abril de 2005, o senador da República pelo Estado de Roraima, Augusto Affonso Botelho Neto, ajuizou uma ação popular com pedido de efeito suspensivo liminar contra a União, tramitando, no Supremo Tribunal Federal, sob a insígnia de Petição n. 3388-4/RR.

O autor, narrando os fatos que levaram à edição da Portaria n. 534/2005, pelo Ministério da Justiça, além de algumas ações contrárias à Portaria n. 820/1988, demonstrou o seu entendimento de que a nova Portaria teria aproveitado todos os atos que culminaram com a edição da Portaria revogada, além de aumentar a área a ser demarcada²⁵², estando sujeita a todos os vícios que eram questionados nos processos que discutiam a legalidade e a constitucionalidade do processo de demarcação, ajuizados sob a égide da Portaria anterior. Assim, segundo o autor, “os conflitos de direito material envolvendo a área Raposa/Serra do Sol não deixaram de existir com a Publicação da Portaria n. 534/05. Esses conflitos subsistem, assim como subsistem os vícios que macularam o processo administrativo de demarcação da referida reserva”.²⁵³

Optando por dar destaque ao Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 38-1²⁵⁴, que definiu que os efeitos da Portaria n. 820/98 deveriam ser suspensos (argumento esse mais favorável à sua causa do que o decidido em sede da Reclamação 2.833), o autor confere relevo ao fato de que naquela sede o STF teria reconhecido que:

²⁵² A diferença da área demarcada na Portaria n. 820/1998 e na Portaria n. 534/2005 é de 68.664 hectares, de 1.678.800 hectares para 1.747.464 hectares.

²⁵³ STF. Ação Popular n. 3388, fls.05. Mais adiante justifica concentrar seus argumentos em torno do procedimento administrativo de demarcação e não na Portaria 534/2005, seu verdadeiro objeto, e da qual se requer anulação: “a importância de se destacar a formação e atuação do Grupo de Trabalho, bem como os vícios que o torna inapto a fornecer estudo conclusivo sobre a Reserva Raposa/Serra do Sol, se dá pelo fato de que o Relatório, confeccionado pelo GT, ser a origem e a justificativa de todas as decisões do Governo Federal até o presente momento. A partir desse relatório veio o parecer 036/DID/DAF que, aprovado, embasou o Despacho 09/93 que, por sua vez, serviu de suporte técnico à decisão contida na Portaria Ministerial 820/98 que, por sua vez, foi recentemente revogada pela Portaria 534/05 que foi, como se sabe, homologada. Vale dizer, o vício de legalidade de um ato administrativo contamina todos os atos posteriores do procedimento do qual o mesmo faz parte”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 9-10).

²⁵⁴ Dentre várias decisões proferidas pelo STF, o autor preferiu citar apenas aquela que lhe era mais favorável.

[...] a questão estava passando por um legítimo crivo de ordem jurídica legal e constitucional em virtude, principalmente, da difícil situação de fato presente na região. Além disso, reconheceu a necessidade do controle jurisdicional da legalidade, pois poderiam estar presentes outros interesses igualmente resguardáveis pela ordem constitucional brasileira.²⁵⁵

Interessante notar que o autor em vez de apresentar fatos concretos que demonstrariam a situação conflituosa gerada pelos interesses contrapostos envolvendo a demarcação da TI Raposa Serra do Sol, prefere valer-se de expressões gerais e genéricas como “conflitos de direito material”, “difícil situação de fato presente na região”.

Para sustentar sua tese de que haveria “insuperáveis vícios” que macularam o procedimento de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, além de “desastrosas conseqüências” que da demarcação contínua poderão advir, o autor citou as conclusões do Relatório dos Peritos José Hamilton Gondim Silva, Jaime de Agostinho, Carlos Schafer e Cleber Batalha Franklin²⁵⁶, elaborado na Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7, que tramitou perante a Justiça Federal em Roraima, que comprovariam as supostas nulidades de todo o procedimento demarcatório, contrariando as regras de regência do procedimento previstas no Decreto n. 1.775/96. Dentre essas nulidades, está o fato de que o Relatório do Grupo Interdisciplinar, criado pela Portaria n. 1.141, de 06 de agosto de 1992, foi assinado por uma única pessoa, a antropóloga Maria Guiomar de Melo, representante da Funai, o que demonstraria a parcialidade e conseqüente nulidade do mesmo.

Além dos vícios que fulminariam o processo de demarcação, o autor entende que a Portaria declaratória da Terra Indígena pode trazer conseqüências desastrosas não só para o Estado de Roraima, apontado como principal prejudicado²⁵⁷, mas também para o Brasil, comprometendo a soberania nacional. Além de prejuízos aos próprios índios que estavam empregados nas atividades agropecuárias ou que dependiam, de algum modo, dessas atividades, podendo haver a ocorrência de êxodo rural principalmente para a cidade de Boa Vista, incapaz de “absorver o contingente de desempregados vindos da reserva demarcada de forma contínua”.²⁵⁸

²⁵⁵ STF. Ação Popular n. 3388, fls. 05-06.

²⁵⁶ O autor não comenta a existência de um relatório divergente do Perito Erwin H. Frank, elaborado nessa mesma ação. Maiores detalhes sobre esses documentos, ver no capítulo anterior.

²⁵⁷ Segundo o autor, a demarcação em área contínua traria fortes reflexos imediatos na produção agropecuária do Estado de Roraima, podendo comprometer irreversivelmente a possibilidade de futura expansão de fronteira agrícola, que poderia gerar alto crescimento ao Estado de Roraima, com geração de mais empregos e ofertas de alimentos. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 12).

²⁵⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 10. Esses argumentos já constavam no Relatório dos Peritos apresentados perante a Justiça Federal em Roraima.

A figura dos indígenas que habitam tradicionalmente a área da Raposa/Serra do Sol ganha relevo na petição inicial quando o autor comenta que eles:

[...] estão, em sua grande maioria, totalmente integrados à sociedade envolvente. São índios ditos integrados, pois se ocupam do comércio com seus pares e com não índios, trabalham em lavouras de não-índios. Com o tempo, desenvolveram todos os hábitos dos não-índios. Por isso mesmo, o art. 5º do Decreto 534/05, que determina que é proibido o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro especificado, subverte toda uma a (sic) ordem que vem se cristalizando.²⁵⁹

Esses argumentos deixam transparecer a compreensão de que a demarcação implicaria em uma situação de isolamento, rompendo com um processo natural de “evolução”, que permitiria com que os indígenas estivessem se integrando à sociedade, desenvolvendo “todos os hábitos dos não índios” e, portanto, deixando de ser índios. A consequência disso é uma só: deixando de ser índios, eles deixariam de fazer jus ao território demarcado.

As supostas conseqüências desastrosas da demarcação contínua são reforçadas pelo Aviso n. 03157/SC-2, em que o Ministro Chefe do Estado Maior das Forças Armadas alerta que: “a decisão de conceder áreas exageradas, ricas em minerais e de difícil controle, ocupadas por minorias pouco expressivas da população brasileira, para estudos antropológicos de indígenas, pode levar a pressões internacionais insuportáveis, se propalada uma pretensa impossibilidade de fiscalização, controle e proteção da área”. Além disso, segundo o Ministro, haveria uma suposta intenção da ONU de restringir a atuação das forças armadas em território indígena. O argumento estratégico-militar visa a demonstrar a aproximação de interesses entre o que o autor está a defender na petição inicial e as intenções nacionalistas de parte considerável das Forças Armadas.

Além do Relatório dos Peritos e do Aviso acima citado, o autor apresenta como documento apto a alicerçar seus argumentos o Relatório produzido pela Comissão Temporária Externa do Senado Federal, criada pelo Requerimento n. 529/2003, de autoria dos Senadores Augusto Botelho (o próprio autor da ação popular), Mozarildo Cavalcanti e Wirlande da Luz, para acompanhar as demarcações de terras indígenas em Roraima. No caso da Raposa Serra do Sol, a Comissão, composta pelos Senadores Mozarildo Cavalcanti (Presidente), Delcídio Amaral

²⁵⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 10. O autor cita, em uma espécie de reforço argumentativo, a obra de Alcir Gursen de Miranda e outros, intitulada *Área Raposa/Serra do Sol: uma visão regional*, em que se reforça estarem os indígenas da área Raposa/Serra do Sol profundamente interagidos à dinâmica da sociedade nacional, sem entretanto que vejam derrocada sua indianidade. Conclui a citação que “Roraima não vive uma situação de confronto sangrento entre índios e não índios. Ao contrário, tanto o governo do Estado, como sua população (índia e não índia) querem tão somente ver os direitos ao uso da terra, assegurados àqueles que nela querem trabalhar. E que justamente por propor solução negociada é que muitas vezes o Estado é tomado por antiindígena” (MIRANDA, Alcir Gursen e outros *apud* STF. Ação Popular n. 3388, p. 11).

(Relator), Romero Jucá, Jefferson Peres, Jonas Pinheiro, entendeu pelas seguintes medidas para tornar legal a demarcação da terra indígena: a) a exclusão das áreas necessárias à exploração econômica; b) a exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã e das vilas de Água Fria, Soco, Vila Pereira e Mutum e respectivas zonas de expansão; c) exclusão das estradas estaduais e federais presentes na área, permitindo-se o livre trânsito nas vias; d) exclusão da unidade de conservação ambiental Parque Nacional do Monte Roraima; e) exclusão, excepcional, das áreas titularizadas pelo INCRA e referentes a imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934; f) convocação do Conselho de Defesa Nacional para, em atenção ao que dispõe o art. 91, § 1º, inciso III, da Constituição Federal²⁶⁰, opinar sobre o efetivo uso das áreas localizadas na faixa de fronteira; g) exclusão da faixa de 15 quilômetros ao longo da fronteira do Brasil com a Guiana e a Venezuela.²⁶¹ A justificativa é de que essas áreas, acaso incluídas na terra indígena, trariam consequências graves de ordem política econômica e social, violando atos jurídicos perfeitos e acarretando risco potencial à defesa das fronteiras.

A ofensa aos princípios federativo, da razoabilidade e do devido processo legal também são citados. Como o processo de demarcação das terras indígenas possui trâmite eminentemente administrativo, atento, principalmente, a informe antropológico, não envolve poder de deliberação das instâncias parlamentares ou de unidades administrativas estaduais ou municipais. Isso, no entendimento do autor, causa profundo impacto federativo, já que o Estado seria pouco ouvido, embora as consequências da homologação envolvessem a transformação de área estadual em bem da União. Para o promovente, o Estado teria subtraído de grandes extensões de terra “sem ao menos ter reais possibilidades de questionar ou ser ouvido no curso do procedimento”²⁶². É essa parca participação do Estado-membro ou a falta de contraditório que, segundo o autor, romperia com o equilíbrio federativo.

Acerca da suposta ofensa ao princípio da razoabilidade, o autor menciona que o Presidente da República, ao desprezar “as recomendações do relatório da Comissão Externa do Senado, das considerações tecidas pela Comissão de Peritos, ou mesmo das liminares concedidas pela justiça federal e mantidas no Supremo Tribunal Federal”, assinando a Portaria 534/05, que

²⁶⁰ Art. 91, § 1º. § 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional: III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo.

²⁶¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 14-15.

²⁶² STF. Ação Popular n. 3388, p. 16.

homologou de forma contínua a TI Raposa/Serra do Sol, violou o princípio da razoabilidade. Conforme entendimento do autor, a demarcação da “reserva Raposa/Serra do Sol” não teria respeitado o princípio da razoabilidade, “pois a absolutização do princípio da tutela do índio tolheu a força normativa de vários outros princípios, tão importantes quanto”.²⁶³ Nesse sentido, o autor escreve:

A tutela absoluta dos direitos indígenas pode conduzir a uma indesejável eliminação de outros princípios igualmente relevantes para o ordenamento jurídico. Certamente, o princípio da livre iniciativa, por exemplo, não pode ser excluído pelo princípio da tutela do índio, sob pena de estar-se conspirando contra o princípio da razoabilidade. A solução desse conflito não se resolve pela simples exclusão de um, em favor do outro, como ocorre no caso de colidência entre regras. A solução deve se pautar pela ponderação de valores, de forma que a prevalência de um não esvazie, de normatividade, o outro.²⁶⁴

O promovente da ação popular menciona o que chama de *princípio da tutela do índio* sem esclarecer o sentido desse princípio. Na verdade, entendo que a Constituição, no art. 232, ao dispor que competiriam às próprias comunidades indígenas e suas organizações ajuizar ações para defesa de seus interesses, intervindo o Ministério Público em todos os seus atos, reconhece a plena capacidade dessas comunidades indígenas, não havendo mais o que se falar de tutela dos povos indígenas, a qual só existiria em situação de incapacidade.

Faz, ainda, citações genéricas de ofensa ao princípio da razoabilidade (ou melhor seria proporcionalidade), sem indicar, em que medida e de que forma a demarcação em território contínuo constituiria uma restrição ao princípio da livre iniciativa.

Interessante notar que o autor até considera a possibilidade de se realizar a demarcação da Terra Indígena, desde que realizada de forma descontínua, preservando “as áreas necessárias à exploração econômica”²⁶⁵, sendo esse o mote para sua insatisfação frente às Portarias n. 820/1998 e 534/2005, ambas do Ministério da Justiça, e fundamento apresentado para o ajuizamento da ação popular em comento. Isso nos faz questionar se o caso realmente se enquadra nos objetos possíveis de serem veiculados via ação popular. Qual a lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural?

Dando indícios de que a questão da demarcação contínua/descontínua se apresenta como um falso problema, já que o problema é a demarcação de terras indígenas em si, o autor escreve que:

²⁶³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 17.

²⁶⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 18.

²⁶⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 18.

[...] o relatório da Comissão de Peritos revela-se bastante denso em informações e demonstra, com riqueza de detalhes, não só os vícios de que padecem a homologação da Raposa/Serra do Sol desde seu nascedouro (pela instalação do GT), mas, também, os perversos efeitos de que tal demarcação trará para o equilíbrio sócio-econômico do Estado de Roraima.²⁶⁶

Solicita, por fim, suspensão liminar dos efeitos da Portaria n. 534/05 e do Decreto Presidencial Homologatório de 15 de abril de 2005, “e de toda e qualquer Portaria futura que tenha por finalidade frustrar o andamento judicial das ações que discutam a demarcação da Raposa Serra do Sol”²⁶⁷, até o pronunciamento sobre o mérito da ação, pedido esse justificado pela possível “inesperada pressão sobre a infra-estrutura da capital”, “prejuízos à já combatida economia do Estado”, além de outras conseqüências inesperadas e explosivas, além do que “mortes podem ocorrer”, que denotariam a urgência na concessão da medida. Todos os argumentos de urgência são resultados de um exercício futurístico, sendo os verbos conjugados no futuro: “poderão”, “trarão”, “perderão”, “serão”.²⁶⁸

Nos pedidos, o autor popular solicita que seja julgada procedente a ação, “determinando a nulidade da Portaria n. 534/2005, pois derivada de procedimento de demarcação viciado e por afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade, devido processo legal e outros”. O pedido do autor determina, nos termos da legislação processual vigente, a extensão da decisão, sendo defeso ao julgador proferir decisão de natureza diversa daquilo que lhe foi submetido pelo autor.²⁶⁹

Interessante destacar que o autor, tentando garantir que o processo fosse julgado por um(a) Ministro(a) que já havia proferido decisão favorável à suspensão da demarcação contínua, solicitou que:

Seja determinado o sorteio previsto no art. 66 e ss do Regimento Interno do STF para que se prevaleça o princípio do juiz natural (pois a Súmula 235 do STJ²⁷⁰ estabelece que

²⁶⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 14.

²⁶⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 22.

²⁶⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 20.

²⁶⁹ É o que dispõem os arts. 458, III, 459 e 460, do CPC:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²⁷⁰ O Superior Tribunal de Justiça é tribunal que se situa em hierarquia inferior comparado ao STF, a indicar que suas súmulas não se aplicam diretamente a essa Corte.

[...] a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado – e a Reclamação 2833 já o foi pelo Eminentíssimo Ministro Carlos Brito) ou, se V. Exa. entender que há prevenção, declare como preventa a Eminentíssima Ministra Ellen Gracie, que foi a Ministra do STF que primeiro conheceu da matéria, como relatora da Suspensão Liminar n. 28/2004.²⁷¹

Distribuída a ação por prevenção, o processo foi encaminhado ao Ministro Carlos Brito, tendo em vista a Reclamação n. 2833, relatada por ele.

A suspensão liminar requerida pelo autor foi analisada, em 02 de maio de 2005, entendendo o Ministro por indeferi-la, determinando a citação da União, ante a complexidade da causa em discussão.

Tal decisão foi alvo, em 12 de maio de 2005, de agravo regimental proposto pelo autor, com vistas a reformá-la, com base, principalmente, na alegação de nulidade por ausência de fundamentação.²⁷²

Em 04 de abril de 2006, o Senador da República pelo Estado de Roraima, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti e o autor popular protocolaram petição em que requerem o ingresso na Pet. 3388 do primeiro requerente, como assistente do autor, e a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de suspensão liminar da Portaria n. 534/2005 e do Decreto que a homologou, tendo em vista o prazo para desocupação da área e a indefinição jurídica de muitos ocupantes não índios.

Em 06 de abril de 2006, o Plenário, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, tomando como base o voto do Relator que, ao se valer de decisões proferidas em outras ações que também discutem a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como a Ação Cautelar 788, também de sua relatoria, demonstrou que a decisão agravada levou em conta a complexidade da matéria, a possibilidade de acirramento dos ânimos na região, bem como necessidade e se completar a relação processual.²⁷³

Devidamente citada, a União apresentou contestação, em 28 de agosto de 2006, por intermédio do Advogado-Geral da União Álvaro Augusto Ribeiro Costa, apresentando um levantamento histórico sobre a ocupação indígena em toda a região, de modo a comprovar,

²⁷¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 22-23.

²⁷² STF. Ação Popular n. 3388, p. 217.

²⁷³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 276-279.

historicamente, a ocupação “imemorial e tradicional” dos índios Macuxi, Taurepang, Wapixana, Ingarikó e Patamona.²⁷⁴

A União, no entanto, não aproveitou essa oportunidade para demonstrar de que modo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol atendia aos critérios elencados no art. 231, § 1º, esclarecendo a forma e a dimensão da terra indígena. Preferiu dar relevo ao processo histórico, evidenciando o que o art. 25 da Lei n. 6.001/73 denomina de “consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação”, o que me pareceu ser inadequado, tanto porque a Constituição é norma hierárquica superior, quanto porque o Texto Constitucional não fez opção expressa de adotar o critério da imemorialidade da ocupação para definição de terras indígenas.

Mencionou, também em sua defesa, a evolução legislativa sobre o assunto, desde o Brasil-colônia, destacando o Alvará de 1º de abril de 1680 e a Lei n. 601/1850, recepcionadas pela Constituição de 1891²⁷⁵ e seguintes, que reservaram as terras indígenas para o uso dos índios, “primários e naturais senhores delas”, no que reconhece João Mendes Júnior ser a consolidação do instituto do indigenato.²⁷⁶

Destacando o raciocínio de que “não é o procedimento demarcatório que cria uma posse imemorial, um *habitat* indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional, por inafastáveis mandamentos constitucionais e legais”²⁷⁷, a União defendeu que agiu somente

²⁷⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 311 e seguintes.

²⁷⁵ A Constituição de 1891, embora não dispusesse expressamente sobre os direitos dos povos indígenas, estabeleceu, no art. 83, que continuavam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e nos princípios nela consagrados.

²⁷⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 313. Mendes Júnior destaca: “[...] as terras do indigenato sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º, do Decreto de 1854 [...]”. (MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: TYP. Hennies Irmãos, 1912, p. 62). O Decreto de 1854, a que se refere o autor, correspondia ao Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, ato regulamentador da Lei n. 601/1850, que deixa claro que as terras “necessárias para a colonização dos indígenas” (art. 12) assumem estatuto jurídico próprio, não se confundindo com terras devolutas. Não sendo devolutas, mas originariamente reservadas, as terras congenitamente possuídas pelos indígenas (aqui leia-se posse independentemente de legitimação, sendo, pois, distinta da posse civil) estavam fora do comércio e, portanto, insuscetíveis de alienação. José Afonso da Silva é o principal defensor, na atualidade, da teoria do indigenato, que fundamenta o direito originário dos índios sobre suas terras. Segundo ele, o indigenato seria “[...] velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos de Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”. (SILVA, José Afonso da. op. cit., 2007, p. 858-859).

²⁷⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 317. É o que consta no art. 25 da Lei 6.001/73: O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas,

em cumprimento do que disciplina a Constituição e a legislação vigente sobre a matéria, não havendo prova da lesão ao patrimônio público por ilegalidade ou imoralidade: “se lesão houvesse, seria tão-somente a interesses individuais”.²⁷⁸ Acrescentou, ainda, que o autor não comprovou a ocorrência dos vícios apontados na inicial e que a diferença de 68.664 hectares, detectada entre a área da Portaria n. 820/98 e a da Portaria n. 534/2005, “é perfeitamente comum e previsível nas demarcações”, não significando revisão para acréscimo de área.²⁷⁹

As partes não requereram outras provas, tendo somente a União apresentado petição afirmando não ter provas a produzir, permanecendo o autor e seu assistente silentes, tendo deixado também de ofertar replica à contestação. Abrindo-se prazo para as alegações finais, somente a União as ofereceu, repetindo, em um reforço argumentativo, as alegações aduzidas na contestação, pugnando pelo julgamento de improcedência dos pedidos autorais²⁸⁰.

A postura do autor e de seu assistente diante da tramitação regular do processo pareceu-me de desinteresse. Não tendo conseguido obter a suspensão liminar, o processo parecia ter perdido o sentido para eles, pois, mesmo devidamente intimados, deixaram de se contrapor aos argumentos da União, de requerer a produção de provas periciais e testemunhais que entendessem necessárias, e de ainda apresentar razões finais. Esse silêncio eloqüente do autor popular e seu assistente, manifestado em abrir mão de momentos importantes de fala no processo e de pressão pelo discurso, talvez significasse que, para eles, recorrer ao Judiciário não era a estratégia mais adequada naquele momento.

Remetido à Procuradoria Geral da República, em 11 de abril de 2007, para ciência e, caso se entendesse, apresentação de parecer, o Processo retornou, em 25 de abril de 2008, com manifestação pela improcedência da ação. O parecer continha a seguinte ementa:

PETIÇÃO. AÇÃO POPULAR. ATO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. Delineamento do modelo constitucional atual em relação aos índios. Necessidade de demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas, como a de que tratam os autos, para a preservação de sua tradição e cultura. Distinção entre o conceito de posse indígena e aquela do direito civil. Legitimidade do procedimento administrativo de que decorreram os atos questionados, regidos por decreto específico. Estudo antropológico realizado por profissional habilitado para tanto. Respeito ao contraditório e à ampla defesa. Risco à soberania nacional que, se existente, não possui imediata implicação com o modelo de respeito ao

atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

²⁷⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 318.

²⁷⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 327.

²⁸⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 387. O Advogado Geral da União, nesse momento (em 02 de abril de 2007), já era o Ministro José Antonio Dias Toffoli, quem acompanhou a ação até o seu julgamento de mérito.

direito de posse dos indígenas, no que diz com o elemento geográfico, havendo de ser avaliado e, se for o caso, eliminado por mecanismos outros de proteção. Abalo à autonomia do Estado de Roraima elidida pelo caráter originário e anterior do direito dos indígenas. Processo natural em território que sempre contou com a presença de numerosos grupos indígenas. Parecer pela improcedência do pleito.²⁸¹

Defendendo que a posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam foi elevada pelo constituinte à categoria de *direito fundamental* dos índios, o Ministério Público Federal entende que a posse a ser garantida aos indígenas, no modelo da Constituição de 1988, “há de ser aquela voltada ao seu sustento e indispensável à preservação de sua identidade cultural, *devendo abranger todo o espaço físico necessário para tanto*”.²⁸² Nesse sentido, seria preciso fazer a distinção entre a posse indígena e aquela de direito civil, “para a qual importa tão-somente o espaço de *fato* ocupado e explorado”:²⁸³

[...] precisamente por transcender o aspecto meramente patrimonial, apresentando-se como condição da própria existência dos povos indígenas, a extensão do espaço de terra de que tratam os preceitos constitucionais e legais somente poderá ser definida por meio de *estudo antropológico*, vocacionado ao exame e compreensão das características socioculturais do grupo – seus costumes, crenças, comportamento e organização social.²⁸⁴

Podemos constatar a diferença de argumentos entre o autor popular e o Ministério Público Federal. De posse de um mesmo instrumento normativo, a Constituição, o autor popular conclui que a demarcação contínua e as dimensões em que a terra indígena foi declarada e homologada são ofensivas a princípios constitucionais e aos direitos dos próprios índios de verem-se integrados à sociedade; enquanto o MPF conclui que a demarcação, nos moldes em que feita, demonstra não só a posse tradicional dos grupos indígenas, como a necessidade de faixa contínua de terras, de modo a preservar a cultura indígena, atendendo aos dispositivos constitucionais. Justifica:

[...] somente com a Constituição de 1988 rompe-se em definitivo com a visão integracionista que antes permeava a proteção às comunidades indígenas. É dizer: se antes propósito era a *integração* dos grupos em questão à comunidade nacional, hoje reconhece-se a necessidade e aspiração dos povos indígenas de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e manter e fortalecer a sua cultura, no âmbito dos Estados onde localizados.²⁸⁵ (grifos no original).

²⁸¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 390.

²⁸² STF. Ação Popular n. 3388, p. 397. Grifos no original.

²⁸³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 397.

²⁸⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 398. Grifos no original.

²⁸⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 395.

Assim, segundo o Ministério Público Federal, a Constituição, reconhecendo aos indígenas os seus usos, costumes e tradições (art. 231, CF/88), moldou a nacionalidade brasileira “a partir de grupos étnicos diferenciados, grupos com histórias e tradições diversas, cabendo ao Estado protegê-los e garantir espaço e permanência para essa diferenciação”.²⁸⁶

Afastando-se da argumentação de que os povos indígenas poderiam constituir Estados soberanos dentro ou fora do Estado brasileiro, sendo uma ameaça à integridade nacional, o MPF afirma que:

A constituição dos povos indígenas como *nação*, a seu turno, não conta com base empírica ou legal mínima. Além de não se ter notícia de movimento concreto nesse sentido, é preciso lembrar que o campo de ação das populações indígenas, o de todas e sem exceção, encontra fronteiras no seu estado de comunidade dependente – não cultural mas politicamente -, sujeita à proteção do governo federal e, por isso, a ele subordinada. É o governo federal que descreve os padrões de organização dessa minoria, dentro de toda a singularidade de regime que demandam, não encontrando eco nas previsões constitucionais a auto-determinação temida. O território reconhecido como indígena, em sendo bem da União, consoante previsão expressa do art. 20, XI, da Constituição, não deixa de fazer parte do território nacional e o Estado brasileiro não perde a capacidade de atuação, por meio dos órgãos competentes no interior da área indígena.²⁸⁷

Acerca da argumentação autoral de que os índios já integrados à dinâmica da sociedade local fariam oposição à demarcação, o Ministério Público afirma que isso “é de todo irrelevante, na medida em que o território, enquanto espaço indispensável à identidade e cultura do grupo, é direito indisponível”.²⁸⁸

Sobre a possibilidade de demarcação em área de fronteira, o MPF cita a existência de demarcações semelhantes já consolidadas, como a dos Yanomami, com portaria declaratória firmada no início da década de 90, pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, “eminente integrante das nossas Forças Armadas”.²⁸⁹ O destaque final para a formação do Ministro Jarbas Passarinho visa a demonstrar dissensos no interior das Forças Armadas sobre a possibilidade de demarcação de terras indígenas em área de fronteira, quebrando a hegemonia desenhada na exordial, como se as Forças Armadas fosse um todo homogêneo com o pensamento único de ameaça à soberania nacional.

Reforçando o argumento de dissenso nas Forças Armadas, o MPF afirma que o Ministro da Defesa, em 2008, era o Ministro Nelson Jobim, o qual, “por diversas vezes, na condição de

²⁸⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 397.

²⁸⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 404-405.

²⁸⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 400.

²⁸⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 403.

Ministro da Justiça, afirmou que a localização de áreas indígenas em faixa de fronteira não inviabilizava o seu reconhecimento como tal”.²⁹⁰

Citando o Projeto Calha Norte²⁹¹ e o Decreto n. 4.412/2002, o Ministério Público entendeu acomodados os interesses de demarcação de terra indígena e de segurança nacional, “não havendo justificativa razoável para a oitiva do Conselho de Defesa Nacional”²⁹².

Conclui o MPF pela plena regularidade do procedimento administrativo que resultou no ato demarcatório/homologatório impugnado, porque “fundado em consistente estudo antropológico” e em “rigoroso respeito aos comandos do Decreto n. 1.775/96”, no que tange ao contraditório e à ampla defesa.²⁹³

Em 05 de maio de 2008, quando já encerrada a instrução do processo, estando, portanto, pronto para julgamento, compareceu a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para requerer “seu ingresso no feito na qualidade de juridicamente interessada”²⁹⁴, aduzindo os seguintes argumentos para contrapor-se ao pedido do autor: a) a posse dos indígenas é originária (indigenato), muito anterior à de todo e qualquer não índio, não perdendo tal caráter em razão da expulsão dos seus genuínos habitantes²⁹⁵; b) a Constituição, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente²⁹⁶; c) o constituinte originário buscou a manutenção da ocupação de terras tradicionalmente indígenas, não havendo qualquer tensão entre a proteção das terras indígenas e o pacto federativo²⁹⁷; d) a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol ocupa apenas 7,79% do território do Estado de

²⁹⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 403. Nesse sentido, o Despacho proferido pelo Ministro Nelson Jobim n. 80, de 20 de dezembro de 1996, no bojo do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, também deixou claro a possibilidade de demarcação de terra indígena em área de fronteira.

²⁹¹ Segundo o MPF, “a concepção do Projeto Calha Norte, para a defesa das fronteiras nacionais, é de ocupação humana. Se a demarcação de áreas indígenas é vista como ameaça às nossas fronteiras, das duas, uma: ou se recusa aos índios a condição de humanos, ou se os tem por incapazes para os fins daquele projeto, conclusões, no mínimo, inadequadas”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 404).

²⁹² STF. Ação Popular n. 3388, p. 405.

²⁹³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 398-399.

²⁹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.942.

²⁹⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.944.

²⁹⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.945. Nesse ponto, a Fundação Nacional do Índio propõe uma comparação não do tamanho da terra indígena em relação a países, como a Bélgica, por exemplo, argumento manifestado por aqueles que se posicionam contrariamente à terra indígena, mas do tamanho que o Estado de Roraima tem à sua disposição para desenvolver projetos em conjunto com a iniciativa privada, excluindo-se todas as terras indígenas e unidades de conservação nelas situadas. Esse território disponível seria correspondente à soma da área dos Estados de Alagoas, Espírito Santo e Rio de Janeiro, só que com a menor densidade demográfica do país. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.951).

²⁹⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.947.

Roraima, sendo a alegação de ofensa ao equilíbrio federativo e à autonomia de Roraima divorciada da realidade²⁹⁸; e) a densidade demográfica da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é praticamente o dobro das demais áreas do Estado de Roraima, o que torna perfeitamente razoável a referida demarcação²⁹⁹; f) as teorias sobre análise econômica do direito, buscando uma aplicação mais eficiente do direito, demonstrariam que a demarcação há de ser mantida, tendo em vista os valores sociais envolvidos e o fato de que os indígenas também contribuem para a economia do Estado³⁰⁰; g) as etnias que hoje ocupam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol desempenharam papel imprescindível para a fixação das fronteiras do norte do Brasil, devendo a sua presença em áreas de fronteiras ser vistas como uma estratégia de segurança nacional³⁰¹; h) as terras indígenas, por integrarem as terras da União, trazem a garantia de que o território federal não será vendido a quem quer que seja, muito menos a estrangeiros³⁰².

Destaco que a petição apresentada pela Funai contém diversos elementos fáticos que remontam ao caso concreto, em uma tentativa de demonstrar a ocorrência dos fatores que caracterizam uma terra indígena, tais como exigidos no § 1º do art. 231, CF/88. Tão importante quanto, os argumentos apresentados pela Fundação Nacional do Índio buscam fazer uma comparação entre o modelo demarcatório que vigorava durante a Ditadura Militar. Mesmo fundado no Decreto n. 94.945/87, que trazia regras mais rígidas à luz da doutrina da segurança nacional, era possível a demarcação de terras indígenas em áreas de fronteira, embora houvesse a

²⁹⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.949.

²⁹⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.953. A FUNAI cita, para tanto, dados da Fundação Nacional de Saúde de 2007, onde constaria que na Terra Indígena Raposa Serra do Sol há 18.992 indígenas, distribuídos em 17.474,64 km².

³⁰⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.953-4960. Esclarece esse argumento: “[...] a atividade agrícola em conjunto com a pecuária representa tão-somente 3,8% do produto interno bruto do Estado de Roraima”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.957). Em contrapartida, “os indígenas [na Terra Indígena Raposa Serra do Sol] produziram, anualmente, 50 toneladas de milho, 10 toneladas de arroz, 10 toneladas de feijão. Possuem, ademais, o maior rebanho bovino do Estado de Roraima, com 35.000 cabeças e venda anual de cerca de 3.000 bezerros”, tudo produzido “em harmonia com o meio ambiente, preservando, portanto, as riquezas naturais da região”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.958).

³⁰¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.960. Menciona expressamente a disputa entre Brasil e Inglaterra para a definição da fronteira com a Guiana, na qual a presença indígena na região foi o fundamento a que se valeu Joaquim Nabuco para defender os limites territoriais que hoje o nosso país possui. A presença indígena em áreas de fronteira, desde antes do Marechal Cândido Rondon, era invocada pela Coroa Portuguesa para reivindicar terras contenciosas localizadas nessas regiões, alegando que seus cidadãos, índios, já as ocupavam por muito tempo. Daí os indígenas nas áreas de fronteira, em especial na Região Norte do Brasil, ficarem conhecidos como as “muralhas dos sertões”. Alega, ainda, a Funai que o grande conhecimento que os indígenas possuem de todo o território que ocupam acaba fazendo com que, frequentemente, eles sejam demandados pelas Forças Armadas para colaborar com a defesa territorial, sendo que, grande parte dos soldados que garantem a fronteira norte do país são oriundos das etnias que ocupam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.965-4.966).

³⁰² STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.964.

participação do Conselho de Segurança Nacional no procedimento demarcatório.³⁰³ Isso em uma época de regime repressivo, em que direitos fundamentais não poderiam ser invocados em face do Estado. Com isso, demonstra que o argumento do autor popular, de exigir a oitiva do Conselho de Defesa Nacional em procedimentos de demarcação, é medida que só encontraria justificativa em um estado de exceção, vivido no país a partir de 1964. No regramento trazido pela Constituição de 1988, a decisão final em procedimentos de demarcação cabe ao Presidente da República, que pode convocar o Conselho de Defesa para opinar, não estando, ainda assim, vinculado ao seu posicionamento.³⁰⁴

Acerca do temor de movimentos indígenas separatistas que se valeriam da Declaração dos Povos Indígenas aprovados pela ONU, a Funai esclarece que “ao tratar da ‘livre determinação política’, a Declaração quis se referir à forma de organização das etnias dentro de suas comunidades”. Assim, autonomia e auto-governo diriam respeito às questões relacionadas com os assuntos internos e locais. Justifica seu posicionamento: “ora, se a própria Organização das Nações Unidas é enfática ao defender a soberania de seus Estados-membros, não proporia, nem admitiria, uma Declaração que pusesse em risco tal prerrogativa”.³⁰⁵

Quatro dias depois, a Funai protocolou petição requerendo a juntada de cópias de numerosos documentos (processos administrativos, fotografias, mapas e relatórios), pugnando pela improcedência do pedido inicial, revitalizando, para tanto, os argumentos da União.

Em 07 de maio de 2008, foi a vez de o Estado de Roraima fazer semelhante movimento, protocolando petição e vasta documentação, para requerer o seu ingresso no feito na condição de autor, ante a alegação de existência de litisconsórcio necessário. O ente federativo fez um retrospecto de todos os atos e episódios que confluíram para a demarcação, de forma contínua, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, apontando supostos vícios que culminariam em um processo administrativo eivado de nulidades formais e materiais, repisando os argumentos já descritos na exordial.³⁰⁶

Além disso, o Estado agregou novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim resumidos: a) inconstitucionalidade do Decreto n. 22/91, por ofensa aos

³⁰³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.967-4.968.

³⁰⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.968.

³⁰⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 4.972.

³⁰⁶ Dentre esses vícios, cita-se: ausência de publicação do relatório, ausência de contraditório e ampla defesa, laudo assinado por apenas um dos integrantes do Grupo de Trabalho.

princípios do contraditório e da ampla defesa, fulminando todos os atos praticados sob a sua égide³⁰⁷; b) nulidade da ampliação de área indígena³⁰⁸; c) impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade por meio da edição de Decreto Presidencial³⁰⁹; c) impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais³¹⁰; d) ofensa ao princípio da proporcionalidade, já que valores consagrados no ordenamento jurídico e vivenciados na sociedade não teriam sido levados em consideração³¹¹; e) necessidade de audiência com o Conselho de Segurança Nacional; f) exclusão da terra indígena das vilas, vilarejos, e núcleos urbanos porventura existentes antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 01/1969³¹²; g) a União demarcou, como indígenas, terras pertencentes ao Estado de Roraima, já que devolutas³¹³; h) ausência de terras para o Estado de Roraima se desenvolver já que mais de 46% do seu território está demarcado como terra indígena³¹⁴; i) exclusão de imóveis titulados pelo INCRA³¹⁵; j) manutenção dos produtores de arroz na área, considerando a importância no fornecimento de alimentos³¹⁶; l) competência do Congresso Nacional para editar lei concernente

³⁰⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.167.

³⁰⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.173. O Estado de Roraima menciona os diversos relatórios e laudos antropológicos elaborados e a diferença existente entre eles sobre o tamanho da área sugerida como terra indígena, o que, segundo ele, não decorreria de nenhum fundamento antropológico específico.

³⁰⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.176. Segundo o Estado de Roraima, “tem-se que a presunção de validade do registro imobiliário não poderá ser desfeita senão por meio de requerimento do interessado ou através de sentença judicial transitada em julgado, na forma da Lei de Registros Públicos [...]. De igual forma não se faz possível desconstituir ente federativo, criado segundo as balizas do processo legislativo regular, por ato infra-legal (decreto demarcatório)”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.182). Silencia, no entanto, o ente federativo que a nulidade dos títulos de propriedade é decorrência prevista na própria Constituição, uma vez demarcada a área como Terra Indígena.

³¹⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.225.

³¹¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.162-5.163. Dentre esses valores, cita o princípio da livre iniciativa.

³¹² STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.206. A Emenda Constitucional n. 01/1969 foi o primeiro texto constitucional a estabelecer expressamente 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 por indígenas. Com base nisso, o Estado de Roraima defende uma aplicação pro futuro do texto constitucional, o qual seria aplicável apenas com relação a domínios e posses constituídas a partir de 1969, desconsiderando a legislação anterior que ressalvava as terras indígenas e o fato de que não há direito adquirido frente à Constituição.

³¹³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.209-5.210. O Estado de Roraima considerou que a Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi demarcada em área bem maior do que a necessária ao desenvolvimento físico e cultural dos indígenas, avançando a União em terras que não eram delas, mas sim do próprio Estado, por se tratarem de terras devolutas.

³¹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.210-5.211.

³¹⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.217.

³¹⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.221. Nesse sentido, o Estado pleiteia que, na “ponderação de valores de extremo relevo, pode-se resolver a questão optando, no caso concreto, por manter o *status quo* para atender: a) ao interesse nacional a fim de evitar o agravamento da situação alimentar; b) ao direito público subjetivo dos indivíduos de viverem dignamente, ou seja, ter acesso ao mínimo essencial para sua sobrevivência”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.221).

a demarcação de área indígena³¹⁷; m) possibilidade de remoção de grupos indígenas em prol da segurança nacional³¹⁸

O Estado de Roraima apresenta tese relativa ao marco temporal a identificar os extintos aldeamentos os quais, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, não fariam jus à proteção constitucional válida para as terras indígenas.³¹⁹ Segundo o peticionário:

não é minimamente razoável pretender concluir ser o Alvará Régio de 1680 ou ainda a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, os divisores de águas na questão concernente ao entendimento do lapso temporal quanto às terras tradicionalmente ocupadas por índios, posto que, naquele período, a maior parte das terras brasileiras eram ocupadas por indígenas.³²⁰

[...]

Mais prudente estabelecer a Constituição de 1934 como sendo o marco, ou seja, o ano que o Estado brasileiro reconheceu o direito a posse aos indígenas das terras que nelas se achem, permanentemente localizados, não fazendo nem utilizando o termo “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Desse modo, pode ser reconhecido o direito de posse aos índios repita-se das terras que nelas se achavam permanentemente localizados a este tempo.³²¹

Embora estabeleça que o marco da proteção constitucional das terras indígenas é a Constituição de 1934, o ente federativo restringe o conceito de terras indígenas para adotar como único critério a habitação permanente. Assim, teria que se investigar onde era a habitação permanente dos indígenas em 1934 e, nesse local, demarcar como terra indígena. As demais áreas (utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à reprodução física e cultural) ficariam sem a

³¹⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.242; 5.250-5.251. A defesa da competência do Congresso é justificada pelo ente estadual: “[...] o fato de ser esta região de domínio da União (art. 20, XI, CF/88), e por localizar-se em faixa de fronteira (art. 48, V, CF/88), o que, na concepção da Carta de 1988, é área tida como essencial a proteção do território nacional (art. 20, § 2º), pelo que sua ocupação e utilização, no que se incluem as demarcações indígenas, devem cumprir disciplina preconizada em lei”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.242).

³¹⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.249. O Estado de Roraima defende a aplicação do art. 231, § 5º, CF/88, no caso de indígenas que ocupem áreas situadas em faixa de fronteira, sob a alegação de que essa ocupação impediria a adequada proteção da soberania nacional. Assim, embora a regra seja da manutenção da comunidade indígena na terra tradicionalmente por ela ocupada, “tem-se como autorizado (sic) a retirada de indigenato a fim de conferir a necessária proteção ao País, bem como ao próprio grupo indígena, tendo em conta a imprescindibilidade de defesa do território nacional em área cuja ocupação humana é bastante reduzida e pelo fato de que o indígena, aculturado frente as condutas do “homem branco” civilizado, poderá levar ao fato de que interesses outros aflorem, tais como a exclusão daquela área do domínio do território nacional”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.249). A alegação genérica e abstrata dos indígenas como ameaça ao território nacional é, no mínimo, discriminatória, já que tal preocupação não é refletida no que tange a ocupação das fronteiras por outros brasileiros, como no Rio Grande do Sul, por exemplo. O que faz o Estado de Roraima tomar os indígenas nascidos em seu território como ameaças? Será a compreensão de que os indígenas brasileiros seriam estrangeiros em seu próprio país?

³¹⁹ Essa é a Sumula 650 do STF, que estabelece: “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.

³²⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.193.

³²¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.195.

proteção constitucional, o que acabaria, por vias transversas, em tornar letra morta a Constituição e 1988, resgatando, para a atualidade, o conceito da Constituição de 1934.

O Estado de Roraima conclui sua longa petição de 120 páginas com uma verdadeira inovação no rito e no que fora circunscrito pelo autor popular original, assentando novos pedidos, aplicáveis “a qualquer demarcação de terras indígenas”³²²: a) adoção de forma descontínua ou “em ilhas”; b) exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão da área de 150 km, referente à faixa de fronteira; d) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica do Contigo e do Parque Nacional do Monte Roraima, além de outras áreas que venham a ser consideradas fora do alcance previsto no art. 231, *caput*, da CF/88. Requereu, ainda, que “a União se abstenha de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc., sob pena de inviabilizar a sustentação econômica e social desse novel ente federativo”.³²³

O pronunciamento do Estado de Roraima projetou a ação popular ajuizada no quadro das ações de controle abstrato de normas, propondo, nos pedidos, que ela abarcasse um espectro bem mais amplo de casos, para além do caso concreto ao qual ela se vincula, qual seja, a demarcação da TI Raposa Serra do Sol. Desvinculando-se do caso concreto, pretendeu o ente federativo dar novo conteúdo aos arts. 231 e 232 da Constituição.³²⁴

Por ter provocado verdadeira alteração no procedimento, expondo fatos, alegações, pedidos e documentos, a petição do Estado de Roraima necessitaria ser contraditada.

Em 13 de maio de 2008, Lawrence Manly Hart, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e espólio de Joaquim Ribeiro Peres, todos ocupantes não indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, auto-declarados

³²² STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.256.

³²³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 5.257.

³²⁴ Analisando a petição do Estado de Roraima em seu voto, o Ministro Carlos Britto ressaltou que “tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da Portaria do Ministério da Justiça”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 12.979). Assim, embora o Estado tenha a pretensão de dar a decisão cunho mais amplo do que o inicialmente aventado pelo autor popular, o Ministro fez questão de ajustar esses pedidos à regularidade do rito previsto no campo judicial, circunscrevendo-os em uma só providência: a nulidade da Portaria.

“agricultores”, solicitam o seu ingresso no feito como assistentes litisconsorciais do autor, recebendo o processo no estado em que se encontra, anexando documentos³²⁵ os quais “servirão como meio de prova para demonstrar a procedência do pedido formulado pelo autor popular”³²⁶.

No dia seguinte, as Comunidades Indígenas Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho, Manalai, por intermédio das advogadas Joênia Batista de Carvalho e Ana Paula Souto Maior, requereram o seu ingresso no processo como litisconsortes passivos ou como assistentes litisconsorciais da ré (a União), “por haver interesse jurídico no resultado da Ação Popular”³²⁷, reconhecendo-se a plena capacidade processual das comunidades indígenas (art. 232, CF/88).

A petição das Comunidades Indígenas merece ser destacada porque é a primeira oportunidade de “fala” dos indígenas no processo, já que, nas demais petições, falava-se sobre eles. Nesse sentido e talvez por isso, a petição destoe, um pouco, das demais peças processuais, não por apresentar elementos contrários à técnica jurídica, o que de fato não ocorre³²⁸, mas sim pela forma como dialoga com o direito estatal, traduzindo uma reflexão bastante própria, demonstrada em inúmeras passagens narrativas sobre o modo de compreensão dos indígenas da Raposa Serra do Sol sobre o mundo. Exemplificando, iniciam a petição com a seguinte citação:

Alguns homens agem feito gafanhotos em nossas terras – vem, come, destroem e vão embora, deixando o roçado destruído. Agem feito o formigão Tracoar, cuja fome é tão absurda que comem toda a floresta e os animais. E, com muita sede, secam os rios, destruindo a morada dos peixes. Feito tatus vorazes, brocam e remexem a terra em busca de mais alimentos (minérios), despejando seus excrementos (agrotóxicos, mercúrios) nos rios, matando os peixes. Insaciáveis furam a terra, libertando os espíritos causadores de doenças (dengue, cólera, malária) que se espalhar pelo ar e pelos rios... (Penaron Makuxi).³²⁹

³²⁵ Dentre esses documentos anexados: ata de audiência na Ação Civil Pública n. 2003.42.00.002151-3, em que se discute a indenização pela Funai/União das benfeitorias realizadas por Lawrence Manly Hart; Despacho n. 22/DAF/07, no qual a Diretora de Assuntos Fundiários da Fundação Nacional do Índio reconhece como de boa fé as benfeitorias realizadas nas Fazendas Depósito e Providência (de Paulo César Justo Quartiero), Fazendas Carnaúba e Vizeu (de Nelson Massami Itikawa), Fazenda Praia Grande de Ivalcir Centenaro, Fazendas Guanabara e Canadá (de Luiz Afonso Faccio) e Fazenda Tatu de Ivo Barilli.

³²⁶ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.610.

³²⁷ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.093.

³²⁸ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.066 e seguintes. A petição, apresentada por advogadas, não destoa da técnica jurídica tradicional, apenas acrescenta elementos bastante próprios às comunidades indígenas da Raposa Serra do Sol. Houve por parte das advogadas a preocupação de realizar uma pesquisa de campo, com realização de entrevistas e reconhecimento de área, de modo a fornecer subsídios etno-históricos necessários à elaboração da peça jurídica. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.578-9.585). Ademais, é importante mencionar que Joênia Batista de Carvalho é indígena Wapixana.

³²⁹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.066. Outro trecho narrativo de grande relevância demonstra as representações simbólicas dos indígenas sobre a terra que tradicionalmente ocupam, em especial, um local conhecido como “Pedra Preta”, onde “localiza-se uma grande rocha de cor escura que, teria sido o local aonde os indígenas se reuniam para,

Enquanto nas demais petições acostadas ao processo há visões do que é ser indígena e dos indígenas da Raposa Serra do Sol, a petição apresentada pelas comunidades traz a compreensão, pelos indígenas, dos não índios. Sem generalizar a todos os “brancos”, Penaron Makuxi apresenta o modo como alguns desses não índios agem nas terras indígenas.

As Comunidades peticionantes, “representadas segundo seus usos, costumes e tradições” pelos seus respectivos Tuxauas³³⁰, congregando indígenas dos povos Ingaricó, Taurepang, Macuxi e Wapichana, são beneficiárias diretas da Portaria n. 534/05, “vez que só tem plenamente assegurado o gozo dos direitos constitucionalmente garantidos ao usufruto exclusivo e a posse permanente sobre o território tradicionalmente ocupado a partir da demarcação”.³³¹

As comunidades argumentam que a via da ação popular é absolutamente inadequada para veicular a pretensão do autor, já que objetiva “defender os interesses patrimoniais de indivíduos que tenham posses dentro da área tradicionalmente ocupada pelas comunidades indígenas e do Estado de Roraima que estaria prejudicado em se desenvolver”, interesses contrários aos interesses coletivos. Denota o autor popular “pensar o desenvolvimento do Estado excluindo a participação indígena, que representa 49% da sua população rural e que também contribui para o seu desenvolvimento”.³³²

Questionando o modelo de desenvolvimento defendido pelo Estado de Roraima para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, centrado no fomento às culturas extensivas de arroz e gado, as comunidades apontam que:

em seguida, proceder as pescarias. Para os indígenas é um local sagrado que marca um tempo na etno-história desse povo. Ironicamente, o local ficou dentro da área dos arrozeiros, dividindo as fazendas do Sr. Ivo e Paulo César. Hoje os índios estão proibidos de acesso aquela área. [...] Irineu Aniceto (tuxaua da Comunidade São Francisco) afirma que, segundo a história oral dos índios mais velhos, a Pedra Preta teria sido o nome atribuído pelos ‘brancos’, mas que aquele lugar era chamado, em tempos passados, de Pedra da Raposa. Eles [os índios] diziam que era a casa da raposa, onde todas as raposas se reuniam”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.090).

³³⁰ Líder político das malocas/aldeias.

³³¹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.067.

³³² STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.068. As comunidades indígenas reforçam essa compreensão na seguinte passagem: “a participação indígena na população estadual, portanto, é muito significativa, equivalente, inclusive, à distribuição das terras. Não há, portanto, como se pensar o desenvolvimento do Estado de Roraima sem se pensar no desenvolvimento das populações indígenas. E não há como se pensar em desenvolvimento para essas populações sem que os territórios necessários à sua reprodução física, cultural e econômica estejam demarcados e protegidos. Alegar, portanto, que as terras indígenas impediriam o ‘desenvolvimento’ do estado significa aceitar que este não incluiria o bem-estar dos povos indígenas, o que evidentemente é uma afronta aos princípios elementares do Estado Democrático de Direito brasileiro”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.082). Embora implicitamente, o que as comunidades indígenas estão a dizer é que, para elas, desenvolvimento não é sinônimo de crescimento econômico a todo custo, mas de bem-estar, o que, por esse prisma, torna impossível não reconhecer os povos indígenas como beneficiários e partícipes desse desenvolvimento.

A retirada dos posseiros ilegais da área inclui a retirada de vários dos “fazendeiros” que são responsáveis por conhecidos ilícitos ambientais que vem causando imensos impactos nocivos ao meio ambiente da região devido às duas atividades de culturas extensivas de arroz e gado. Assim, a regularização da situação fundiária [reconhecimento como terra indígena] soma-se a uma medida de recuperação ambiental da área em questão, patrimônio público da União.³³³

Além dessas degradações ambientais, as comunidades ressaltam que foram vítimas de inúmeras violências cometidas por fazendeiros, garimpeiros, membros do poder público estadual, que atentaram contra a vida e a integridade física de seus membros, além do patrimônio material e imaterial dos indígenas, incluindo o meio ambiente em que vivem. Desse modo, “a posse e a convivência dos ocupantes não índios no interior da RSS nunca ocorreram de forma mansa e pacífica”.³³⁴ É o que aponta o Relatório dos casos de violência contra indígenas na TI Raposa Serra do Sol, do Conselho Indígena de Roraima, elaborado em 2005³³⁵, no qual consta relatos de agressão, ameaça de morte, cárcere privado, uso de força policial e de milícias para defesa da “posse/propriedade” de ocupantes não indígenas, incêndios e destruição de casas e roças de

³³³ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.069. Dentre os impactos ambientais, a petição cita o constante processo de pulverização área dos arrozais, a contaminação dos rios por agrotóxicos causando a mortandade de aves e peixes, “entulhamento” de quase 20 lagos na área reservada ao plantio de arroz, desmatamento ilegal em área de preservação permanente, limitação de acesso dos indígenas a áreas de caça e pesca, isolamento de aldeias vizinhas, dificultando as relações intra e interétnicas. Reforçando seus argumentos, as comunidades indígenas requerem a juntada de Laudo de Constatação do IBAMA acerca de danos ambientais praticados na Fazenda Depósito de Paulo César Justo Quartiero, Informação n. 107/2008/CGFIS/DIPRO, no qual aponta os seguintes impactos ambientais: ocupação de áreas de preservação permanente, desmatamento de matas de galeria, poluição hídrica e pedológica por agrotóxicos (a ser confirmado por exames laboratoriais), aterramento de nascentes e cursos d’água superficiais, aterramento de lagoas e veredas, desmatamento de veredas, compactação pedológica por pisoteio do gado, assoreamento de canais superficiais, queimadas, ausência de licença de operação federal (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.550). O relatório cita ainda que, em 2005, o rizicultor havia sido multado por suprimir 2.706 hectares de vegetação nativa de característica de cerrado (Amazônia Legal), sem autorização previa do órgão ambiental competente (Auto de Infração n. 253133-D). (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.548). Outros autos de infração contra rizicultores e agropecuaristas constam na Ação Popular, contra Ivo Barilli, Paulo Cesar Justo Quartiero, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, por desmatar florestas ou demais formas de vegetação sem autorização do Ibama, sendo todas as ocorrências verificadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.925-9.929) Além disso, as comunidades indígenas anexam Nota Técnica n. 009/2008/GEFIS/SOF, da Agência Nacional de Águas - ANA, de 22 de janeiro de 2008, em que se afirma que o uso da água para qualquer atividade, incluindo a de rizicultura, está sujeito à outorga de direito de uso, encontrando-se os usuários de forma irregular já que não houve nenhuma solicitação dos mesmos junto à ANA e o fato de ocupar terra indígena de forma irregular. Nesse sentido, “os rizicultores deverão ser impelidos a realizar a recuperação da área degradada e, por conseqüência, a reposição *incontinenti*, no seu antigo estado, dos recursos hídricos, leitos e margens, que também seria o objetivo maior de uma ação de embargo desta Agência”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.568).

³³⁴ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.088.

³³⁵ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.496-9.529. O relatório levantou os casos de violência praticados contra indígenas entre os anos de 1981 a 2005. Diversas denúncias foram encaminhadas à Polícia Federal em Roraima gerando mais de cinquenta inquéritos de 01/01/2005 a 14/07/2006. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.530-9.542). Consta, ainda, como anexo da petição das comunidades indígenas, termos de declaração no Inquérito Policial n. 190/2008, que visa a apurar prática de crimes na Fazenda Depósito de Paulo César Quartiero, onde em abril de 2008, diversos indígenas foram alvejados por disparo de arma de fogo. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.459 e seguintes).

indígenas, tentativas de assassinatos, perseguição aos apoiadores dos indígenas e mais de vinte assassinatos relacionados a conflitos fundiários.

Descrevendo os povos indígenas da Raposa Serra do Sol e sua relação com a terra:

Os povos indígenas da Raposa Serra do Sol organizam-se conforme seus usos, costumes e tradições, recriando sua identidade indígena e reivindicando suas necessidades coletivas perante a sociedade não indígena. A terra para muitos povos indígenas tem um valor arraigado à sua identidade e sobrevivência, com elementos que atendem às suas necessidades físicas, culturais e espirituais. Os povos Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana também detem esse entendimento do valor da terra, que correspondem a visões de vida próprias. Somente em suas terras é que podem os referidos povos seguir reproduzindo sua cultura social, além de preservá-la como um legado para as gerações futuras.³³⁶

Nesse sentido, considerar a área como necessária à expansão da fronteira agrícola a exigir uma pronta resposta do Poder Público no sentido de demarcar de forma fragmentada a terra, é posição que, segundo as comunidades indígenas, ameaçaria a sobrevivência cultural dos povos, na medida em que pressupõe a utilização do solo contrária à relação indígena com a terra. Portanto, “terras indígenas não podem ser fracionadas em qualquer hipótese, e muito menos para atender ao interesse de permanência de ocupantes ilegais que sempre foram hostis aos povos indígenas”³³⁷. O contrário seria persistir em “uma lógica colonizadora, individualista, ofensiva ao meio ambiente, monista e preconceituosa contra a qual a Constituição se voltou”.³³⁸

Acerca da tese de que se tratariam de índios integrados e, portanto, despidos da proteção constitucional, as comunidades indígenas peticionantes afirmam:

O índios, ao afirmarem sua identidade étnica e cultural, não perdem sua condição de brasileiros, como quer fazer crer o autor. A Constituição Federal inaugura um Estado pluricultural e reconhece a sociedade brasileira como diversa, na qual os índios são diferentes etnicamente, as iguais exatamente na condição de brasileiros. O mesmo raciocínio se aplica à naturalidade dos indígenas. Os índios são cidadãos roraimenses, do ponto de vista civil, o que não exclui sua identidade étnica Macuxi, Wapichana, Ingarikó, Patamona. Trata-se do princípio da diversidade cultural e étnica, que surte efeito imediato na validade dos atos de entes públicos e privados.

[...]

E diante da conquista constitucional, conceitos como “derrocada da indianidade”, integração, assimilação de hábitos não indígenas servem somente como violação ao princípio da diversidade cultural, que a Constituição inaugura, podendo ser enquadradas como condutas racistas e discriminatórias que esta Suprema Corte deve rechaçar.³³⁹

Destaco que as comunidades em nenhum momento mencionam a existência do “princípio da tutela indígena”, reafirmando, a todo momento, a sua plena capacidade e autonomia

³³⁶ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.070.

³³⁷ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.079.

³³⁸ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.079.

³³⁹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.074.

e a adoção, pelo Constituinte, de um modelo de Estado aberto às diferenças. Algumas implicações desse reconhecimento à diferença são apontadas pelas comunidades peticionantes:

[...] o reconhecimento à diferença dos povos indígenas afirma, além da percepção multicultural da sociedade brasileira, sua associação imediata com a concepção plural do direito, cujas fontes se alargam para além da produção estatal. Por isso, os direitos dos índios lhes são garantidos desde a concepção indígena de sua terra e não mais da imposição da visão do colonizador, como até então eram delimitadas as áreas indígenas.³⁴⁰

Nesse contexto, as comunidades entendem que a Terra Indígena Raposa Serra do Sol é um caso paradigmático no Brasil, “em razão da histórica luta dos referidos povos indígenas por seus direitos fundamentais a partir do direito central à terra como espaço de sobrevivência física e cultural”³⁴¹. Nesse sentido caberia ao STF a reafirmação do direito constitucional brasileiro dos povos indígenas à terra.

Em 16 de maio de 2008, a Fundação Nacional do Índio comparece novamente ao processo para requerer a juntada de cópia da petição inicial na Ação de consignação em pagamento (Pet. 4129), ajuizada perante o STF, referente às indenizações consideradas de boa-fé, implantadas por ocupantes da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e que se recusaram a recebê-las administrativamente.³⁴²

Na mesma data, Comunidade Indígena Socó, representada pelo seu Tuxaua, Pedro Raposo da Silva, e por intermédios dos advogados Paulo Machado Guimarães, Cláudio Luiz dos Santos Beirão e Denise da Veiga Alves, requereu o seu ingresso no feito como litisconsorte passiva necessária, tendo “inegável interesse em que a demarcação mantenha-se íntegra”.³⁴³ Concentra seus argumentos na legitimidade e na necessidade de permanência da Portaria n. 534/2005, ante a existência de direitos constitucionais da requerente sobre a terra que tradicionalmente ocupa.

A petição, completamente distinta daquela apresentada pelas Comunidades Indígenas Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho, Manalai, pode ter sido uma estratégia de, dividindo, fazer pender a balança para o lado daqueles que defendem a demarcação de forma

³⁴⁰ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.078.

³⁴¹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.085. Destacam as comunidades que nunca se desligaram de suas terras, ainda que impedidos de circular livremente por elas em razão dos limites artificiais impostos pelos ocupantes não índios, expressando, há mais de 30 anos, seus anseios de ver tais áreas protegidas, livre de invasores e de ameaças ao meio ambiente. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.086).

³⁴² STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.641 e seguintes.

³⁴³ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.733.

contínua, por uma simples questão numérica (maior número de petições e partes). No entanto, isso pode ter sido motivado por outros interesses, inclusive divergências internas entre o grupo da Comunidade Indígena Socó e os demais, o que não é respondido no processo.

Sobre esses novos pedidos de ingresso na lide, o Ministro determinou a abertura de vista às partes originárias do processo, sobrevivendo o pronunciamento apenas da União, admitindo ingresso da Funai e das comunidades indígenas, mas nada dizendo em torno do pedido de Lawrence Hart e outros.³⁴⁴

Com relação ao Estado de Roraima, a União entende que ele deve ser desentranhado dos autos, juntamente com os respectivos documentos anexados por veicular pedidos e causa de pedir não oportunamente submetidos ao contraditório, o que significa descabida inovação da lide. Haveria, portanto, a “impossibilidade do ingresso do Estado ao processo como litisconsorte ativo necessário”³⁴⁵, porque se isso acontecesse o feito deveria voltar à estaca zero, com abertura de novo prazo para defesa. Quando muito, a União admite o ingresso do Estado de Roraima, contanto que na condição de assistente litisconsorcial, recebendo o processo no estado em que se encontra, não mais podendo formular novos pedidos ou juntar documentos, tudo em respeito ao princípio da eventualidade e sob pena de nulidade do processo.

Na oportunidade, a União refuta todos os argumentos e pedidos do ente federativo estadual, alegando: a) a tradicional e inequívoca ocupação indígena na região; b) ocorrência do indigenato; c) necessidade de faixa contínua de terras, tendo em vista aspectos culturais, produtivos e religiosos; d) inexistência de risco ao pacto federativo; e) inexistência de ameaça à economia estadual; f) ma-fé dos posseiros e dos danos ambientais; g) regularidade do procedimento administrativo; g) improcedência do pedido para que a União se abstenha de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima³⁴⁶.

Nos termos do art. 232, o Ministro relator Carlos Britto abriu vista ao Ministério Público Federal sobre os pedidos de ingresso no feito e respectivos documentos apresentados pela Funai, Estado de Roraima, Lawrence Manly Hart e outros, Comunidade Indígena Barro e outras, Comunidade Indígena Socó, bem como sobre a conseqüente manifestação da União.³⁴⁷ de todos

³⁴⁴ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.784.

³⁴⁵ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.788.

³⁴⁶ O argumento da União é de que “a demarcação [de terras indígenas] ou afetação [ambiental] de áreas pela União decorre de imperativos constitucionais, não podendo o Poder Judiciário, de forma apriorística, impedir que a Administração Pública Federal cumpra seus misteres”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.820).

³⁴⁷ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.973.

os pedidos de ingresso na lide, o qual se manifestou no sentido de acatar os fundamentos dos requerentes e, conseqüentemente, reconheceu o interesse jurídico dos peticionantes no desfecho da causa.

O Ministério Público Federal pronunciou-se no sentido de admitir o ingresso no feito como assistentes da requerida a Fundação Nacional do Índio e as comunidades indígenas indicadas e, na qualidade de litisconsorte ativo necessário, o Estado de Roraima, ratificando, no mérito, o pronunciamento anterior.³⁴⁸

Em 07 de agosto de 2008, o Estado de Roraima protocolou petição em que destaca o julgamento da Ação Cautelar n. 2009/RR, concluindo que ao serem julgadas quaisquer das ações principais pendentes, pelo Plenário do STF, haverá perda superveniente de objeto das demais ações que tenham como causa de pedir a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.³⁴⁹ Nesse sentido, requer que seja incluído no feito no pólo ativo, podendo fazer sustentação oral e encaminhar memoriais, a fim de respaldar sua tese.

Em 13 do corrente mês, as Comunidades Indígenas Barro e outras peticionaram no sentido de requerer que Joênia Batista de Carvalho realizasse a sustentação oral durante a seção de julgamento da Ação Popular n. 3388, agendada para o dia 27 de agosto. Na oportunidade, foi juntado Parecer de José Afonso da Silva, em que ele tece longas considerações sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionalmente assegurados aos povos indígenas no Brasil, passando a responder alguns quesitos formulados pelo Conselho Indígena de Roraima – CIR. Destaco o seguinte trecho:

A localização e extensão de uma terra indígena não é determinada segundo critérios de oportunidade e conveniência do Poder Público, porque o critério que define a localização e a extensão das terras é o da ocupação tradicional, ou seja, a demarcação tem que

³⁴⁸ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.975-9.977. Essa diferença de admissão no feito entre o Estado de Roraima e os demais peticionantes é algo que merece ser esclarecido. O Vice-Procurador Geral da República, signatário da petição, entendeu que, com relação às comunidades indígenas, “seu interesse jurídico na improcedência da demanda, assim como das demais comunidades indígenas alcançadas pela demarcação e que seriam afetadas por uma eventual anulação daquela, é inegável. [...] Não me parece ser o caso, entretanto, de se reconhecer a existência de litisconsórcio *necessário* das comunidades abarcadas pelo ato demarcatório – o que demandaria deferir-se a citação a todas elas, sob pena de nulidade, e postergar-se a efetiva entrega da prestação jurisdicional, dando o razoável espaço de tempo necessário para tanto -, considerando já terem elas seus interesses defendidos pela FUNAI e, indiretamente, pela União, responsável pela defesa do ato atacado, editado em benefício dos indígenas”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.976). No que tange ao Estado de Roraima, o Procurador afirma que “a demanda corre perante o Supremo Tribunal Federal – esta e outras que tratam da demarcação da terra indígena ‘Raposa Serra do Sol’ – exclusivamente porque reconhecida a existência de conflito entre o Estado e a União com força para abalar a estrutura federativa. [...] Se é o patrimônio estadual que está em jogo, nada mais acertado que da demanda participe, como parte, o principal interessado em sua preservação – o próprio Estado”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.977).

³⁴⁹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 9.999.

coincidir, precisamente, com as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, definidas cientificamente por via antropológica.³⁵⁰

A Comunidade Indígena Socó, após ter vista dos autos, protocolou petição, em 22/08/2008, em que apresenta sua manifestação sobre os termos da pretensão do autor, bem como das alegações deduzidas pelo Estado de Roraima.³⁵¹ Em 117 páginas, os advogados da comunidade tecem considerações sobre os direitos constitucionais, legais e regulamentares dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, fazendo um apanhado geral sobre a demarcação de terras indígenas no Brasil. Apresentam as hipóteses de restrições constitucionais à posse permanente e ao usufruto exclusivo sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: a) pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos; b) possibilidade de remoção dos grupos indígenas de suas terras, nos casos de catástrofe ou epidemias que ponham em risco a população indígena, interesse da soberania nacional, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese o retorno imediato logo que cesse o risco.

Em 27 de agosto de 2008, em seção plenária onde estavam reunidos os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto (relator), Ellen Gracie, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Carmen Lúcia e Menezes Direito, sob a presidência do Min. Gilmar Mendes, foi proposto pelo relator que se decidisse, preliminarmente, de que modo os intervenientes no processo – Estado de Roraima; Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e o espólio de Joaquim Ribeiro Peres; Fundação Nacional do Índio; Comunidade Indígena Socó e Comunidade Indígena Barro; Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai – seriam admitidos (como litisconsortes ou assistentes). Entendeu o relator que, embora pudesse ter decidido sozinho sobre essas questões formais de ingresso ou não e sob que modalidade de interessados no desfecho da ação, a decisão solitária certamente seria alvo de recursos pelas partes que se sentissem prejudicadas, “de modo a retardar, ainda mais, uma

³⁵⁰ STF. Ação Popular n. 3388. p. 10.180.

³⁵¹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 10.194 e seguintes.

definitiva prestação jurisdicional em causa de grande envergadura constitucional e sabidamente urgente”.³⁵²

Por unanimidade, os onze Ministros presentes à seção decidiram que o Estado de Roraima e Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e espólio de Joaquim Ribeiro Peres seriam admitidos na lide na condição de assistentes do autor popular. Em contrapartida, a Fundação Nacional do Índio, a Comunidade Indígena Socó e a Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai foram admitidos no processo na posição de assistentes da União. Como assistentes, todos receberam o processo no estado em que se encontrava não podendo formular novos pedidos nem apresentar novas provas.

A condição de assistente do autor e réu reflete uma posição jurídica no processo em que esses sujeitos, não se confundindo com os pólos ativo e passivo da demanda, recebem o processo no estado em que se encontra, sendo que a sua não participação ou não integralização no feito não implicam na nulidade do julgamento. Interessante verificar que o Estado de Roraima foi admitido no processo do mesmo modo que os detentores de títulos e de posse na área demarcada como Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não como autor, não sendo acolhido, nesse ponto, o entendimento do Ministério Público Federal.

Além desse sentido jurídico, o fato de estar ou de integrar um ou outro lado na demanda na condição de assistente reflete outro sentido. Esses assistentes adeririam aos argumentos trazidos pelo autor e pelo réu, assumindo uma posição política de contrariedade ou afirmação da legalidade e constitucionalidade da demarcação nos moldes como declarada pela Portaria n. 534/2005 e homologada pelo Decreto de 15 de abril de 2005.

Em Plenário, diversos sujeitos atuantes no processo tiveram oportunidade de fala, que foi expressada pelos seus representantes (advogados devidamente constituídos nos autos e sabedores das regras do campo). Assim, pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, falou o advogado Antônio Glaucius de Moraes; pelo Estado de Roraima, o ex-ministro do STF

³⁵² STF. Ação Popular n. 3388. p.12.981-12.982.

Francisco Rezek³⁵³; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, O advogado Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela Fundação Nacional do índio, falou o Advogado Geral da União, José Antonio Dias Toffoli³⁵⁴; pela Comunidade Indígena Socó, o advogado Paulo Machado Guimarães; pela Comunidade Indígena Barro e outras, a advogada Joênia Batista de Carvalho; pelo MPF, o Procurador Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.³⁵⁵

Após as sustentações orais, o Ministro Carlos Britto declarou seu voto, julgando, nessa oportunidade, a ação totalmente improcedente, pedindo vista dos autos o Ministro Menezes Direito.

Após a declaração do voto do Min. Relator, o Senador Augusto Affonso Botelho Neto, autor popular, apresentou, por intermédio do seu advogado, memoriais, no dia 24 de outubro de 2008, em uma petição de 4 páginas, em que se limita a realizar defesa da propriedade privada de uma fazenda localizada no interior da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, denominada Fazenda Guanabara. O único ponto que questiona no voto do Min. Carlos Britto diz respeito ao tratamento conferido a essa fazenda, alegando que ela “é objeto de ocupação privada mansa e pacífica desde 1918, conforme características de ancianidade e tradição, com cadeia dominial sucessiva reconhecida em sentença judicial em ação discriminatória”. Ocorre que, como o próprio peticionante apresenta, a referida ação discriminatória n. 1.756/78, do Juízo Federal de Direito de Roraima, transitada em julgado em 1º de junho de 1983, foi alvo de outra ação que submetida ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região restou declarada que as referidas terras são de ocupação indígena, desconstituindo a coisa julgada sob alegação de que a União não tinha sido parte no feito.

Embora não fosse parte da ação, a CONECTAS Direitos Humanos, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, com sede em São Paulo, apresentou petição, em 28 de outubro de 2008, requerendo juntada da “Nota da Conectas Direitos Humanos sobre a

³⁵³ Francisco Rezek, na época em que fora Ministro do STF, tivera contato com ações que discutiam a demarcação de terras indígenas, tendo sido o relator da Ação Cível Originária n. 323, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou a nulidade dos títulos imobiliários incidentes na terra tradicionalmente ocupada pelo povo indígena Krenak, no Estado de Minas Gerais. (ACO n. 323, Rel. Min. Francisco Rezek. Tribunal Pleno. Julg. em 14/10/1993).

³⁵⁴ Após o falecimento do Ministro Menezes Direito em 2009, José Antonio Dias Toffoli, o então Advogado Geral da União, que fez a defesa do ente federativo e da Funai nesse processo, foi escolhido para ocupar a vaga de Ministro do STF.

³⁵⁵ A fala desses sujeitos processuais não foi reduzida a termo, não estando disponível nos 57 volumes analisados, razão pela qual não foram objetos de minha investigação.

Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas”. No documento, a organização, por intermédio de advogados, contesta o argumento de que a Declaração da ONU possibilitaria a criação de nações indígenas soberanas no interior dos Estados signatários, haja vista que a leitura integral e a interpretação dentro do contexto da Declaração afastariam essa interpretação equivocada.³⁵⁶ Conclui afirmando que “a continuidade territorial é essencial para a preservação de sua cultura, organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, conforme estabelece não apenas a Declaração da ONU, mas também a nossa Constituição Federal”.³⁵⁷

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e suas 27 Federações filiadas, não obstante também não serem partes ou assistentes processuais dos autores e réus, encaminharam, via ofício assinado pelo Presidente e pelo Secretário Geral da instituição, posição referente à Ação Popular n. 3388. No documento referido, a CONTAG expressa o seu posicionamento favorável à manutenção da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, nos termos da Portaria n. 534/2005/Ministério da Justiça, devidamente homologada pelo Presidente da República em abril de 2005. Nesse sentido afirmam:

Compartilhamos da certeza dos Povos Indígenas Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona de que a área objeto de discussão no referido processo é tradicionalmente ocupada por suas comunidades. Da mesma forma, temos a convicção de que a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em área contínua, representa a forma histórica, jurídica, antropológica, sociológica e cultural adequada para viabilizar as condições de vida destes povos. Separar as terras por eles tradicionalmente ocupadas, como se fossem em “ilhas”, corresponderia a suprimir os meios com os quais estes povos possam se desenvolver enquanto grupos cultural e etnicamente distintos entre si e da sociedade brasileira que os envolve.

Em 10 de dezembro de 2008, o julgamento foi retomado, sob a presença de todos os Ministros. O Min. Menezes Direito que havia pedido vista no julgamento anterior, apresentou seu voto, construindo uma argumentação e uma técnica de decisão, no mínimo, curiosa, principalmente em se tratando de ação popular. O Ministro julgou parcialmente procedente a ação, estabelecendo, na parte dispositiva do voto, “condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras”: (I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser

³⁵⁶ O art. 46 da Declaração esclarece que o direito à auto-determinação é compatível com o princípio da integridade territorial e com a unidade nacional, não podendo esse direito ser interpretado no sentido de permitir a secessão dos povos indígenas de seus países de residência, dos quais são nacionais. Além disso, como disposto no art. 4º, o direito à auto-determinação deve ser interpretado como um direito à autonomia e autogoverno em relação a temas que dizem respeito a assuntos locais e internos das terras indígenas.

³⁵⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12414.

suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, interesse público da União, na forma de lei complementar; (II) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; (V) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (VI) a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; (VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; (X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração; (XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; (XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza

também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; (XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973); (XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973); (XVI) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/73), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; (XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (XVIII) os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)³⁵⁸.

O Min. Marco Aurélio pediu vista, o que, conforme a tradição no Supremo Tribunal Federal interromperia o julgamento até a próxima seção, em que seria apresentado o seu voto. Ocorre que o Tribunal, excetuando-se o Min. Celso de Mello e o próprio Min. Marco Aurélio, deliberou por prosseguir no julgamento. Assim, votaram a Min. Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie, que julgavam parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as mesmas condições constantes no voto do Min. Menezes Direito, com ressalvas da Ministra Carmen Lúcia, quanto aos itens X, XVII e XVIII. Votou, ainda, o Ministro Joaquim Barbosa, que julgou a ação totalmente improcedente.

O Min. Carlos Britto, em razão das condições apresentadas no voto do Min. Menezes Direito, reajustou o seu voto, incorporando-as ao dispositivo de sua decisão, com ressalvas apenas em relação ao item IX, para excluir a expressão “em caráter apenas opinativo” e inserir as palavras “os usos” antes da expressão “tradições e costumes indígenas”.

Tendo sido constituída maioria de votos favoráveis à manutenção da demarcação, o Min. Relator propôs a cassação da medida cautelar concedida na Ação Cautelar n. 2009-3/RR, no que

³⁵⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.144-13.146.

foi acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski. O Min. Gilmar Mendes presidia a seção e o Min. Celso de Mello ausentou-se na segunda parte do julgamento.

Em 05 de dezembro de 2008, Lawrence Manly Harte e outros interpuseram petição requerendo juntada de substabelecimento, para outorgar poderes a Ilmar Nascimento Galvão, advogado do Distrito Federal e ex-Ministro do STF.

Dia 18 de março de 2009, o julgamento foi retomado, contando com a presença de todos os Ministros, exceto a Min. Ellen Gracie. O Ministro Marco Aurélio apresentou o seu voto-vista, suscitando, preliminarmente, a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de: 1) citação das autoridades que editaram a Portaria n. 534/05 e o Decreto de homologação; 2) citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; 4) citação de todas as etnias indígenas interessadas; 5) produção de prova pericial e testemunhal; 6) citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo. O voto do Ministro, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido do autor, fixando, à semelhança do voto do Ministro Menezes Direito, parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória: a) audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima, bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; e) audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

Após o voto do Min. Marco Aurélio, o Min. Celso de Mello votou, julgando parcialmente procedente a ação. Devido ao adiantado da hora, o julgamento foi suspenso para ser retomado na sessão seguinte.

No dia 19/03/2009, o Plenário do STF voltou a se reunir³⁵⁹, iniciando a sessão com uma questão de ordem suscitada pelo advogado da Comunidade Indígena Socó, no sentido de que seja analisado o cabimento da renovação da oportunidade de sustentação oral das partes e assistentes, diante das condicionantes apresentadas e dos fatos novos surgidos no decorrer do julgamento, citando, para tanto o precedente no Recurso Extraordinário n. 353.657, Rel. Ministro Marco Aurélio, em que foi renovada a oportunidade de sustentação oral das partes em função da modulação dos efeitos na aplicação da decisão.

Diante dessa questão, os Ministros, por maioria, indeferiram o pedido, restando vencido o Ministro Joaquim Barbosa, para quem:

as dezoito propostas feitas no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito inovam, radicalmente, em relação ao que foi proposto na ação popular. Não se debateu a respeito dessas propostas em nenhum momento ao logo da discussão desse processo. [...] Se a Corte está determinada a impor essas dezoito condições, que ela, pelo menos, ouça o que as partes interessadas tem a dizer sobre elas.³⁶⁰

Reconhecendo que a não renovação do prazo para sustentação oral implicava em ofensa ao devido processo legal, tendo em vista que as condicionantes inovavam e neutralizavam, em boa parte, aquilo que se concederia em alguns tópicos, o Min. Joaquim Barbosa afirmou: “não estamos seguindo o devido processo legal. Nós estamos examinando uma ação que foi proposta com um objetivo, com o pedido específico claro. Nós estamos prestando a jurisdição dando outro resultado que ninguém sabe de onde surgiu. Não foi debatido em momento algum”.³⁶¹

O Ministro Carlos Britto, relator da ação, entendeu por não renovar a sustentação oral, tendo em vista que, segundo ele, as propostas elencadas no voto do Ministro Menezes Direito apenas condicionavam a execução do julgado a algumas providências, atuando no campo da operacionalização da decisão.³⁶²

O Min. Cezar Peluso, por sua vez, manifestou-se pela rejeição na abertura de novos debates, afirmando que “a circunstância de, eventualmente, os julgadores suscitarem questões, fundamentos, razões e argumentos que não foram previstos pelas partes, compõe o mecanismo de julgamento, isto é, ninguém pode prever o que ocorrerá na cabeça do juiz”.³⁶³

³⁵⁹ Estavam ausentes nessa sessão os Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie, que proferiram voto em assentada anterior.

³⁶⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.457.

³⁶¹ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.484.

³⁶² STF. Ação Popular n. 3388, p.13.476.

³⁶³ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.478.

Tal posição foi confirmada pelo Ministro Marco Aurélio entendeu serem as condicionantes apenas um novo enfoque para julgar a causa.³⁶⁴

O Min. Eros Grau afirmou que as preocupações do Min. Joaquim Barbosa eram pertinentes, havendo a necessidade de se discutir as condicionantes. No entanto, ponderando que do ponto de vista processual seria extremamente complicado, acompanhou, ao final, o Min. Menezes Direito.³⁶⁵

A Min. Carmen Lúcia, citando dois precedentes – ADI n. 1105 e 1127, em que o STF julgou inconstitucional o dispositivo do Estatuto da OAB que propiciava a possibilidade de o advogado falar após o voto do Relator –, propugnou pela rejeição da questão de ordem.³⁶⁶

Para o Min. Gilmar Mendes, não houve nenhuma ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal a ensejar a renovação das sustentações orais:

também entendo que havia a possibilidade de dois pedidos: de se julgar improcedente a ação, completamente, como se poderia julgar procedente a ação, deitando por terra toda a demarcação e colocando, restabelecendo o *status quo*. O que o Tribunal está fazendo é julgando parcialmente procedente, com ressalvas, mas estabelecendo determinadas condições. Não me parece que haja qualquer violação, aqui, do devido processo legal, porque esse pedido está entre as múltiplas possibilidades aqui colocadas. Entre o tudo e o nada, há um universo possível, em termos de lógica. Portanto, não há – creio – nenhuma violação. Claro que, já na assentada anterior, quando o Ministro Menezes Direito trouxe seu voto, foram feitas considerações sobre possível heterodoxia da construção, mas isso decorre do modelo de sermos Corte Constitucional e de termos de construir soluções tendo em vista a gravidade dos temas que são afetados à Corte.³⁶⁷

Nos votos de mérito anteriormente proferidos, os Ministros foram assentes em considerar a essencialidade do direito ao contraditório e à ampla defesa, nele reconhecendo, como afirma o Ministro Celso de Mello, uma “insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade”.³⁶⁸ Nesse sentido, o contraditório e a ampla defesa, como elementos da garantia constitucional do devido processo legal, conferem legitimidade jurídica a atos e decisões emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações possam comprometer direitos individuais e coletivos.

Na questão de ordem suscitada pelo advogado da Comunidade Indígena Socó, o Supremo Tribunal Federal, no entanto, entendeu, vencido o Ministro Joaquim Barbosa, que não

³⁶⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.482.

³⁶⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.483.

³⁶⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.484.

³⁶⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.486.

³⁶⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p.13.439.

há ofensa ao devido processo legal quando a Corte Máxima inova radicalmente o procedimento, fazendo contar na sua decisão elementos que não foram propostos nem tampouco debatidos pelas partes. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, isso decorreria do fato de o STF ser Corte Constitucional, a indicar que estaria acima das leis que prevêm o rito processual, estando o discurso emanado pelos Ministros acima e a salvo, portanto, de qualquer controle.

Prosseguindo no julgamento, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava a ação totalmente improcedente, e Marco Aurélio, que suscitava preliminares de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, o Tribunal julgou-a parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator e achegas do Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições ao usufruto do direito dos índios sobre suas terras: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (vi) a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a

responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/73), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Foram vencidos, quanto ao item (xvii), a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Britto.

Reiterou-se a cassação da liminar concedida na Ação cautelar n. 2009-3/RR.

Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou o seu imediato cumprimento, independentemente de publicação, confiando sua supervisão ao relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob cuja jurisdição se encontra o Estado de Roraima, especialmente seu presidente, o desembargador federal Jirair Aram Megueriam. Embora se trate de uma ação popular, o Supremo Tribunal Federal entendeu por conceder um perfil diferenciado a ela, conferindo-lhe natureza de cunho mandamental, de forma que não haverá processo de execução propriamente dito, mas sim procedimento de cumprimento de sentença, o qual se realizou independentemente de requerimento das partes e incontinenti à decisão.

O Ministro Joaquim Barbosa ponderou, com relação à execução imediata do julgado sob a supervisão do Judiciário, que:

creio que nós estamos aqui embrenhando numa seara na qual o Supremo Tribunal Federal não tem nenhuma experiência. Nós estamos adentrando o campo do que se chama de *judge-made law*. É o tipo de atividade típica de países em que o Poder Judiciário faz o direito. Faz o direito e delega sua execução a um juiz.³⁶⁹

Assim, a desintração, que é matéria administrativa de competência da Fundação Nacional do Índio, prevista do Decreto n. 1.775/96, foi encaminhada por um Desembargador Federal, sendo a decisão do Pleno do STF executada imediatamente. Tendo sido julgadas as posses de não índios ilegais, posto que situadas em Terra Indígena, não haveria que se falar em direito à espera nas terras enquanto não forem indenizadas as benfeitorias.

Uma vez publicado o acórdão, diversos embargos de declaração foram propostos: pelo autor popular³⁷⁰, por Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti³⁷¹, por Lawrence Manly Hart e outros³⁷², pela Aliança Integralista Brasileira³⁷³, pela Comunidade Indígena Socó e outras³⁷⁴, pelo Estado de Roraima³⁷⁵, pelo Ministério Público Federal³⁷⁶, os quais questionam desde a técnica implementada pelos julgadores para definir a questão, até pontos que consideraram omissos e contraditórios no acórdão proferido. Estando esses embargos ainda pendentes de julgamento.

³⁶⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.591.

³⁷⁰ Ação Popular n. 3388. p. 15.630-15.633. No recurso, o promovente discutiu exclusivamente a omissão no julgado quanto à Fazenda Guanabara.

³⁷¹ Ação Popular n. 3388. p. 15.638-15.647.

³⁷² Ação Popular n. 3388. p. 15.649-15.646.

³⁷³ Ação Popular n. 3388. p. 15.670-15.835. Na oportunidade, requereu o ingresso no feito na qualidade de terceiro prejudicado.

³⁷⁴ Ação Popular n. 3388. p. 15.852-15.871.

³⁷⁵ Ação Popular n. 3388. p. 15.880-15.894.

³⁷⁶ Ação Popular n. 3388. p. 16.157-16.168.

4.3. O QUE ESTÁ NOS AUTOS E ESTÁ NO MUNDO: AS OUTRAS ESTRATÉGIAS PARA FAZER VALER UM PONTO DE VISTA A FAVOR OU CONTRÁRIO À DEMARCAÇÃO

A Ação Popular n. 3388 representou, como vimos, uma estratégia discursiva de que se utilizou o Senador pelo Estado de Roraima Augusto Botelho (autor popular), para obter um provimento favorável ao seu ponto de vista contrário à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que consistia na declaração de nulidade da Portaria n. 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005.

No decorrer dessa ação, ela foi ganhando dimensões maiores do que as inicialmente propostas, agregando-se a essa “cena discursiva” outro Senador, o Estado de Roraima, a União, comunidades indígenas, ocupantes não indígenas e outros. Desse modo, a estratégia discursiva de um pólo – contrário à demarcação, passou a ser também um expediente a que se valeu o outro pólo – a favor da demarcação.

Em geral, podemos identificar que tanto um pólo quanto o outro da ação se utilizou de reforços discursivos para fazer valer a sua tese. Citações recíprocas dentro dos partidários da mesma tese (contrários ou a favor da demarcação contínua) e destaques a decisões que estavam de acordo com o argumento apresentado, sem a preocupação de demonstrar todo o histórico judicial da demarcação, foram observados em todos os principais documentos produzidos no processo.

Uma estratégia, no entanto, que se refere ao conteúdo do discurso é crucial e ela merece ser destacada. Trata-se da tentativa do autor popular, do Estado e Roraima e dos produtores rurais de forçar, nos argumentos, que eles são mais maleáveis e flexíveis, admitindo a demarcação em ilhas, ao passo que a União, a Funai e as comunidades indígenas seriam intransigentes e maniqueístas, não admitindo qualquer proposta reducionista da Terra Indígena. Destaco às idéias encontradas nas petições do Estado de Roraima, do autor popular e dos produtores rurais de que os indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol seriam aculturados, não justificando a proteção constitucional, para afirmar que, mesmo no caso de a Funai ter demarcado a Terra Indígena em ilhas, a despeito da Constituição, ainda assim haveria questionamentos por parte dos contrários à demarcação. Assim, a própria alegação de que queria mais flexíveis não se sustenta se contrastada com a lógica interna das petições. Ademais, cogitar-se da possibilidade de realizar

acordos para ser demarcada em área menor e distinta da tradicionalmente ocupada pelos indígenas, é negar vigência à Constituição de 1988, que prevê especificamente os critérios para a delimitação de uma terra indígena, manifestados com os usos, costumes e tradições de um povo e tornados compreensíveis para a cultura ocidental pela tradução realizada a partir da ciência antropológica.

Uma diferença significativa na atuação do Estado de Roraima, a União, comunidades indígenas, e produtores rurais se refere à participação de ex-Ministros do STF como advogados das partes e assistentes. Assim, o ex-Ministro Francisco Rezek foi advogado do Estado de Roraima, inclusive realizou sustentação oral em defesa desse ente federativo. Os ex-Ministros Ilmar Galvão e Maurício Corrêa advogaram em defesa dos produtores rurais, tendo produzido memoriais. A estratégia de contratar ex-ministros mesmo quando se tem ao seu dispor advogados, como é o caso do Estado de Roraima, que integram o quadro da Procuradoria do Estado, visava garantir um melhor trânsito no campo judicial específico, já que um advogado recém egresso dos quadros do Supremo Tribunal Federal supostamente conhece muito mais o pensamento dos atuais Ministros, tendo, teoricamente, mais influência sobre eles, uma vez que, num passado recente, todos eram pares.

Outro ponto de diferença se expressa na manifestação de setores do “Estado” (esse entendido com ente político-jurídico distinto da sociedade civil). Representantes do Estado de Roraima, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa, das Forças Armadas assumiram no decorrer do processo posição explícita contrários à demarcação da terra Indígena Raposa Serra do Sol, pugnando pela anulação dos instrumentos normativos que lhe serviram de suporte jurídico. Por outro lado, representantes do Ministério Público Federal, da União, da Fundação Nacional do Índio colocaram-se a favor da demarcação nos moldes como implementado pela Portaria n. 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005. Isso demonstra que também no Estado há as contradições observadas na sociedade civil, que são reproduzidas dentro dele, o que me permite afirmar a inexistência de uma homogeneidade discursiva entre os atores que atuam em nome do Poder Público.

Nas páginas processuais, o tempo de fala entre esses dois pólos foi equivalente, não podendo se falar em desproporcionalidade na participação. Embora se tomadas todas as ações que discutiam a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol como um bloco amalgamado pela identidade entre a causa de pedir e/ou o pedido, é possível verificar que: 1) a maioria das

ações foram movidas por partidários de teses contrárias à demarcação, sendo que o Estado de Roraima protagoniza a maior parte dessas causas, ora como autor, ora como terceiro interessado; 2) os partidários da causa da demarcação em ilhas movimentam atores locais, estaduais e nacionais nos mais diversos espaços formais de poder (Executivo, Legislativo e até Judiciário).

Paralelo ao jogo de forças das palavras expressado no campo judicial, outras estratégias foram utilizadas por defensores de uma demarcação contínua e contrários à demarcação, fazendo pender a balança ora para um lado, ora para o outro. São esses “reforços” que apresento a seguir.

4.3.1. Carta de Compromisso assinada entre as organizações indígenas de Roraima e o Governo Federal

Em 12 de setembro de 2007, de modo a evitar conflitos entre indígenas e organizações indígenas, o Comitê Gestor da Casa Civil da Presidência da República, instituído pelo Decreto de 15 de abril de 2005 para acompanhar a desocupação de não índios da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, propôs a assinatura de uma Carta de Compromisso assinada entre as organizações indígenas de Roraima e o Governo Federal, o qual tinha o objetivo de “promover a harmonia, a pacificação e a disposição para trabalhar e participar na construção de políticas, ações e programas públicos voltados para os povos indígenas”.

Desse modo, as organizações indígenas Aliança de Integração e Desenvolvimento das Comunidades Indígenas de Roraima – ALIDCIR, Associação dos Povos Indígenas de Roraima – APIRR, Centro de Etno-desenvolvimento Indígena KAIPÎTA/Contão – CEIKAC, Conselho Indígena de Roraima – CIR, Conselho do Povo Ingarikó – COPING, Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima – SODIUR, Organização das Mulheres Indígenas de Roraima – OMIR, Organização dos Professores Indígenas de Roraima – OPIR, se comprometeram a manter um relacionamento interindígena de respeito mútuo, evitando quaisquer atos de violência (cláusula 2), a impedir confrontos entre índios (cláusula 3), a buscar a superação das divergências ideológicas (cláusula 10). O Governo Federal, por outro lado, assinou compromisso no sentido de garantir a segurança, proteção e vigilância das terras indígenas. Já a Funai e o Ministério do Desenvolvimento Agrário a apoiar projetos de iniciativas das comunidades indígenas.

4.3.2. Atuação direta e articulada entre os Poderes Legislativos estadual e nacional e o Governo do Estado de Roraima para obstar a demarcação da Terra Indígena

A bancada legislativa de Roraima na Câmara de Deputados e no Senado Federal, em parceria com a Assembléia Legislativa do Estado, agiu de forma articulada, como um grupo de pressão, de modo a obstar a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

A Assembléia Legislativa do Estado de Roraima realizou audiências públicas e sessões especiais para discutir o tema. Em Ata de Sessão Especial da Assembléia Legislativa do Estado de Roraima, realizada em 09 de junho de 1993, a deputada Vera Regina Guedes da Silveira afirmou que “esta Casa tem participado ativamente nas discussões [sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol], e quiçá não é graças a isso que nós estamos retardando esta demarcação.”³⁷⁷

Longe de ser um posicionamento isolado, a posição de Vera Regina Guedes da Silveira representa o conjunto da Assembléia Legislativa do Estado que, conforme aponta Maxim Repetto, até o ano de 2000 não havia nenhum deputado sequer que defendesse a causa indígena.³⁷⁸

O Senado Federal, por sua vez, designou Comissão Temporária Externa, por Requerimento n. 529/2003, assinado pela bancada do Estado de Roraima, para avaliar os desdobramentos da demarcação, também realizando audiências públicas, ouvindo lideranças e representantes das associações indígenas SODIURR, ARIDOM e ALIDCIR, que se colocavam como contrárias à demarcação contínua. O documento final elaborado por essa Comissão elegeu as seguintes propostas como prioritárias: a) a exclusão das áreas necessárias à exploração econômica; b) a exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã e das vilas de Água Fria, Soco, Vila Pereira e Mutum e respectivas zonas de expansão; c) exclusão das estradas estaduais e federais presentes na área, permitindo-se o livre trânsito nas vias; d) exclusão da unidade de conservação ambiental Parque Nacional do Monte Roraima; e) exclusão, excepcional, das áreas titularizadas pelo INCRA e referentes a imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934; f) convocação do Conselho de Defesa Nacional para, em atenção ao que dispõe o art. 91, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, opinar sobre o efetivo uso das áreas localizadas na faixa de

³⁷⁷ A Ata dessa Sessão Especial consta no Processo Administrativo n. 889/93, p. 304.

³⁷⁸ REPETTO, Maxim. **Movimentos indígenas e conflitos territoriais no Estado de Roraima**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2008, p. 15.

fronteira; g) exclusão da faixa de 15 quilômetros ao longo da fronteira do Brasil com a Guiana e a Venezuela.

A bancada do Estado de Roraima no Senado dialogou também com nomes importantes da Câmara dos Deputados, parlamentares de outros estados, que adotaram publicamente postura contrária à demarcação da Terra Indígena. É o caso do Deputado pelo Estado de São Paulo pelo PCdoB Aldo Rebelo, que, em entrevista a um jornal local, Folha de Boa Vista manifestou sua posição da demarcação como ameaça às fronteiras nacionais.³⁷⁹

O Governo do Estado de Roraima criou o Grupo Técnico Especializado de Estudos de Áreas Indígenas do Estado de Roraima, composto por Gursen de Miranda (juiz estadual), Robson Oliveira de Souza (agrônomo), Carlos Alberto Borges da Silva (antropólogo), Daniel Gianluppi (agrônomo), Jonas de Souza Marcolino (tuxaua macuxi), Juscelino K. Pereira (advogado), que tinham como atribuição identificar vícios totais ou parciais nos processos de demarcação de terras indígenas no Estado de Roraima, de modo a subsidiar a atuação do governo estadual e particulares, indicando soluções para o problema fundiário em Roraima.

Os membros desse grupo técnico atuaram como assistentes de perito do autor na Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7³⁸⁰, elaborando, em 4 de julho de 2004, documento em que concluem que a área da Raposa Serra do Sol deve congrega interesses de índios e não índios.

Um ano antes, o então Governador Flamarion Portela, acompanhado dos Senadores pelo Estado de Roraima Augusto Botelho, Francisco Mozarildo Cavalcanti e Romero Jucá Filho, havia encaminhado carta ao Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos solicitando providências quando à regularização fundiária no Estado e posicionando-se contrário à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.³⁸¹

Em 15 de abril de 2005, com a homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o governador do Estado de Roraima decretou luto oficial por 7 dias.

4.3.3. Aproximação entre os partidários de causa contrária à demarcação e as Forças Armadas brasileiras

Para sustentar tese contrária à demarcação, os produtores rurais, o governo do Estado de Roraima e parlamentares utilizaram-se de argumentos que os aproximaram das Forças Armadas,

³⁷⁹ Jornal Folha de Boa Vista, 28 de abril de 2008. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 16.107).

³⁸⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 6.390 e seguintes.

³⁸¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 6.400-6.405.

como por exemplo “a demarcação como ameaça às fronteiras nacionais” e “à atuação do Exército e da Polícia Federal”. Essa foi um importante estratégia para agregar um aliado de peso: as Forças Armadas que, em sua maioria, se colocava contrária à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, externando idênticos argumentos.

Conforme constam nos Relatórios da Operação Upatakon³ da Força Nacional de Segurança apresentados ao Desembargador Federal responsável por operacionalizar a execução da decisão do STF na Petição n. 3388, o Exército se recusou dar apoio à retirada de posseiros da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que contou apenas com Polícia Federal e Força Nacional de Segurança.³⁸²

4.3.4. Aproximação entre os movimentos sociais em torno da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

Diversos movimentos sociais como sindicatos filiados à Central Única dos Trabalhadores, cooperativas de trabalhadores rurais, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, a Diocese de Roraima, se articularam em torno da Campanha “Nós existimos”, para pressionar os governos federal e estadual em torno da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra Sol.

4.3.5. O uso da força pelos produtores rurais

As estratégias utilizadas pelos produtores rurais foram pautadas pelo uso da força e do poderio econômico. Para fazer valer o ponto de vista contrário à demarcação, rizicultores, em abril de 2008, queimaram pontes para dificultar o acesso dos policiais federais que executavam operação de desintrusão da área. Em abril de 2009, anunciaram decisão de suspender a venda de arroz em todo o Estado de Roraima, de forma a incentivar a reação da opinião pública contrária à decisão do STF.

Antes disso, promessas de emprego foram utilizadas pelos produtores para cooptar indígenas. Há, ainda, denúncias de que eles teriam contratado pistoleiros para praticar crimes de ameaça e morte de lideranças.³⁸³

³⁸² STF. Ação Popular n. 3388, p. 16.043.

³⁸³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 16.113-16.114

4.3.6. Criação da Campanha “Anna Pata, Anna Yan – nossa terra, nossa mãe”

Em 28 de abril de 2008, o Conselho Indígena de Roraima – CIR, em parceria com outras organizações indígenas que lutam pela demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, criaram a campanha “Anna Pata, Anna Yan – nossa terra, nossa mãe”, com o objetivo de agregar forças e convencer os ministros do STF da necessidade da demarcação contínua.

4.3.7. Adoção de legislação sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas

Um dos principais argumentos daqueles que se colocavam contrários à demarcação era de que as terras indígenas dificultavam a defesa das fronteiras brasileiras, sendo, portanto, uma ameaça à soberania nacional.

De modo a minimizar a força desse argumento, o Presidente da República, com base na Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, no art. 15 da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, e nos arts. 142 e 144, § 1º, inciso III, da Constituição, editou o Decreto n. 4.412, de 07 de outubro de 2002, visando acomodar os interesses dos povos indígenas e dos órgãos governamentais responsáveis pela defesa das fronteiras no Brasil.

Assim, nos termos do art. 1º do aludido Decreto, nas atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas: I - a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública; II - a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infra-estrutura e logística necessárias; III - a implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira.

Um dispositivo importante que demonstra a conciliação de interesses é o art. 3º, o qual dispõe que as Forças Armadas e a Polícia Federal, quando da atuação em terras ocupadas por indígenas, adotarão medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas.

Em 22 de julho de 2008, o Decreto n. 4.412/2002 foi alterado pelo Decreto n. 6.513/2008, que, além de dar nova redação ao art. 2º, incluiu o seguinte dispositivo:

Art. 3º-A. O Comando do Exército deverá instalar unidades militares permanentes, além das já existentes, nas terras indígenas situadas em faixa de fronteira, conforme plano de trabalho elaborado pelo Comando do Exército e submetido pelo Ministério da Defesa à aprovação do Presidente da República.

Parágrafo único. Não se aplicam a este artigo as disposições contidas no art. 2º deste Decreto.³⁸⁴

Dessa forma, ao editar esses instrumentos normativos que regulamentam a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em terra indígena, o Executivo federal esclareceu qualquer dúvida que porventura houvesse, esvaziando o argumento de que as terras indígenas representariam uma ameaça à soberania e à defesa nacional.

4.3.8. Repasse de terras para o Estado de Roraima

Após a transformação do Território Federal de Roraima em Estado Federado, mantido o seu limite geográfico, pela Constituição Federal de 1988 (art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), os governos estaduais que se sucederam sempre questionavam o fato de que a maioria das terras do Estado recém criado permanecia nas mãos da União impedindo o pleno desenvolvimento do ente político.

As demarcações de terras indígenas em Roraima agrava, segundo reiteradamente veiculado por representantes do Estado, essa situação. Nesse sentido, no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o principal argumento apresentado pelo ente estatal foi o comprometimento do seu desenvolvimento pela supressão de territórios, sendo justamente o conflito federativo que atraiu a competência do STF para julgar a causa.

Ocorre que ainda no ano de 2001 foi aprovada e sancionada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso a Lei n. 10.304/2001, que transfere terras pertencentes à União ao domínio do Estado de Roraima. No entanto, a lei previa a necessidade de regulamentação que se daria no prazo de 180 dias (art. 4º). Entretanto, tal regulamentação nunca foi realizada.

³⁸⁴ O art. 2º alterado dispõe que “as Forças Armadas, por meio do Ministério da Defesa, e a Polícia Federal, por meio do Ministério da Justiça, ressalvada a hipótese prevista no art. 3º-A deste Decreto, deverão encaminhar previamente à Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional plano de trabalho relativo à instalação de unidades militares e policiais, referidas no inciso II do art. 1º, com as especificações seguintes: I - localização; II - justificativa; III - construções, com indicação da área a ser edificada; IV - período, em se tratando de instalações temporárias; V - contingente ou efetivo”.

Assim, de modo a diminuir as controvérsias sobre o tema, retirando a força argumentativa da alegação de que a demarcação atrapalharia o desenvolvimento do Estado de Roraima por não contar com outras terras disponíveis para regularização fundiária e para assentamentos, foi editado, em 28 de janeiro de 2009, o Decreto n. 6754. De acordo com esse Decreto, foram transferidas gratuitamente ao Estado de Roraima as terras públicas federais situadas em seu território que estejam arrecadadas e matriculadas em nome da União.

A transferência das terras, no entanto, conforme art. 1º, § 1º, foi realizada excluindo-se as áreas: a) relacionadas nos incisos II a XI do art. 20 da Constituição (o que implica na exclusão de terras indígenas das áreas a serem transferidas); b) destinadas ou em processo de destinação, pela União, a projetos de assentamento; c) de unidades de conservação já instituídas pela União; d) das seguintes unidades de conservação em processo de instituição: Reserva Extrativista Baixo Rio Branco Jauaperi, Florestal Nacional Jauaperi, Unidade de Conservação Lavrados, ampliações do Parque Nacional Viruá e da Estação Ecológica Maracá e as áreas destinadas à redefinição dos limites da Reserva Florestal Parima e da Floresta Nacional Pirandirá; e) afetadas, de modo expresso ou tácito, a uso público comum ou especial; f) destinadas a uso especial do Ministério da Defesa; e g) objeto de títulos expedidos pela União que não tenham sido extintos por descumprimento de cláusula resolutória.

O Decreto estabeleceu ainda, no art. 2º, que as terras transferidas ao domínio do Estado de Roraima deveriam ser preferencialmente utilizadas em atividades de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, de assentamento, colonização e de regularização fundiária, podendo ser adotado o regime de concessão de uso previsto no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

Em 17 de junho de 2009, foi sancionada a Lei n. 11.949, que alterou a Lei n. 10.304/2001, dando apenas nova redação a alguns artigos, sem implicar em mudança profunda no conteúdo na norma alterada.

Por meio desses dispositivos, foi transferida a dominialidade ao Estado de Roraima de área equivalente a seis milhões de hectares.³⁸⁵

³⁸⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.464.

5. OS DISCURSOS E OS SABERES: A TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO BRASIL EM JULGAMENTO

5.1. O VOTO DO MIN. CARLOS BRITTO

O voto do Ministro Relator da Petição n. 3388/RR pode ser dividido em três momentos: no primeiro, faz um relatório do processo, destacando os pontos, para ele, mais relevantes nos pronunciamentos de autor, réu, Ministério Público, assistentes. No segundo momento, o relator profere decisão acerca da preliminar de ingresso da Funai, comunidades indígenas, Estado de Roraima e ocupantes não índios. Por fim, realiza o pronunciamento de mérito, aduzindo suas razões para o julgamento contrário ao pedido autoral, qual seja, a declaração de nulidade da Portaria n. 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005. Sendo a segunda e a terceira partes mais importantes para análise proposta, optei por desconsiderar o relatório.

Assim, após realizar um histórico do desenrolar do processo, o Ministro Aires Brito passa a discorrer sobre o surgimento de múltiplas questões processuais quando já encerrada a instrução do feito, comparecendo diversos interessados em integrar o processo, seja na posição de autor ou réu. Declarando o seu posicionamento, o Ministro afirma que:

seria inoportuna, totalmente prescindível ou mesmo imprópria, a formação de litisconsórcio ativo necessário nesta fase processual, devido a que este nosso Plenário já dispõe de perfeitas condições para julgar a controvérsia na sua totalidade. *Dizer o direito*, portanto, segundo as balizas fincadas pelas partes originárias do feito e após a respectiva fase probatória (art. 130 do CPC).³⁸⁶

Admite, no entanto, que o pedido dos retardatários seria possível de acolhimento apenas na moldura menor da assistência, apanhando eles a causa no estado em que ela se encontra. Sem novos fundamentos, pedidos inéditos, tentativas de reabertura da instrução, sem prejuízos da análise das questões de ordem pública, posição que passa a defender em seu voto.³⁸⁷ Assim, a moldura fático-jurídica do caso e os limites de atuação dos Ministros estariam configurados com a petição inicial e a contestação.

³⁸⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13072.

³⁸⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p.13073.

No entanto, essa parece ser uma solução que privilegiou mais o aspecto temporal – a exigência de uma rápida solução do STF para a demarcação – do que outros elementos em debate, como o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa. É que se pode aduzir do seguinte parágrafo do voto do Ministro:

[...] apanhando eles a causa no estado em que ela se encontra [...] até para evitar desnecessário alongamento no perfil instrutório de uma causa que, torno a dizer, pela sua patente repercussão político-social e elevada estatura constitucional, está a exigir pronta resposta decisória desta nossa Corte Maior de Justiça.³⁸⁸

Restringindo a decisão ao círculo de possibilidades conferido pela petição inicial, o Ministro relator lembra que ela:

[...] já tratara, em boa medida, dos interesses do Estado de Roraima e dos não índios que ocupavam as terras sob disputa, ao sustentar que a demarcação em área contínua traria conseqüências desastrosas para o primeiro, sob os aspectos comercial, econômico e social. Prejuízo que se estenderia aos agricultores e outras pessoas naturais que tornavam a região produtiva por muitos anos”.³⁸⁹

Assim, decidiu a questão de ordem recebendo os pedidos do Estado de Roraima e Lawrence Manly Hart de ingresso na lide, como assistentes do autor popular, e a Funai e Comunidades Indígenas na posição de assistentes da ré, todos recebendo o processo no estado em que se encontra.³⁹⁰

No que tange ao mérito, o Ministro iniciou sua fala caracterizando a ação sob julgamento:

trata-se de ação popular contra a União, ajuizada em 20 de maio de 2005. Ação da autoria do senador da república Augusto Affonso Botelho Neto [...]. Assistido ele, autor popular, pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti [...] De pronto, esclareço que o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria n. 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto Homologatório de 15.04.2005, este do Presidente da República. No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria.³⁹¹

³⁸⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p.13073.

³⁸⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13072.

³⁹⁰ A proposta do Relator foi aceita por unanimidade entre os Ministros. Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio destacou que “não se tem, a esta altura, até mesmo porque se exige uma definição da Corte quanto à matéria de fundo, como retornar ao *statu quo ante* e, evidentemente, cogitar-se da admissão dessas pessoas jurídicas e também pessoas naturais, quer como litisconsortes ativos ou passivos na ação popular. A forma engendrada pelo relator é a mais consentânea com a ordem natural das coisas, com a dinâmica do processo, com a organização do processo, admitindo-os, portanto como assistentes [...]”. Conclui o seu aparte afirmando que “subscrevo as colocações do relator, inclusive quanto à importância deste julgamento”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13079).

³⁹¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12972-12973.

Ao caracterizar a ação, o Relator circunscreveu o campo de atuação dos Ministros: o julgamento se refere a um caso concreto (a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), veiculado por um procedimento jurídico específico (ação popular), proposta por senador da República em face da União (pólos processuais – autor e réu), objetivando um provimento jurisdicional singular (declaração de nulidade dos instrumentos normativos que sustentam a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: a Portaria n. 534/2005 e o Decreto Homologatório de 15.04.2005). Por se tratar de um caso concreto, o controle de constitucionalidade a ser realizado pelo STF não deverá integrar o pedido principal. Ele é apenas razão do pedido e, como tal, não faz coisa julgada.

O campo de possibilidade dos Ministros, desse modo, é restrito a esse quadro de elementos enunciados pelo Ministro Relator, não havendo possibilidades de ir muito além deles sem ferir regras definidas para o campo judicial, como a vedação de decisões *extra petita*, ou seja, fora do que foi requerido pelo autor.

Seguindo na delimitação do objeto de análise, o Ministro destaca que a Portaria n. 534/2005 afasta o conhecimento da ação quanto a questões que não antagonizam com as causas de pedir do autor, sendo, portanto, pontos incontroversos, sobre os quais não pairando questionamentos, tendo o próprio Ministro da Justiça excluído da área demarcada o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã (a sede do município de Normandia já estava do lado de fora da demarcação desde a Portaria n. 820/98), os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, mais as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais que também existem nos dias presentes.³⁹²

Não entrando na discussão sobre a possibilidade de um decreto federal extinguir Municípios localizados em terra indígena, o Ministro preferiu afirmar que não havia controvérsia nesse ponto, pois “o fato é que nenhum deles (nenhum município) foi extinto por ato do Presidente da República”³⁹³, mais uma vez rendendo esforço a manter a discussão no âmbito em que ela foi colocada, sem realizar exercícios generalizantes e de possibilidades, os quais não encontram eco no caso concreto.

³⁹² STF. Ação Popular n. 3388, p. 12985.

³⁹³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12985.

Para fundamentar o seu posicionamento, o Ministro entendeu recomendável *passar em revista* os precedentes do próprio STF em matéria de demarcação de terras indígenas, esclarecendo que a tônica do seu julgado é o método dedutivo, “sendo certo que, neste ponto, *minha lente de observação* também se movimenta do geral para o particular”³⁹⁴.

Dentre as decisões do Supremo sobre a matéria, fez remissão ao Recurso Extraordinário n. 183.188, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 10.12.96, em que ficou assentado que “a disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil”. Reconheceu-se, ainda, que a demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República é “ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade”.

Outro julgado destacado é referente ao Mandado de Segurança 24.045, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, no qual, em 28.04.2005, o Pleno do STF consignou que: “ao estabelecer procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/96 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa”.

Do geral para o particular, o Ministro cita o que para ele foi “o caso mais emblemático de todos, porque inaugural da discussão sobre a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol e antecipador das controvérsias que adviriam da respectiva demarcação”: a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.512, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa que, embora não tenha sido conhecida, apresentou um levantamento amplo dos antecedentes antropológicos que bem ilustram a história da região.

O núcleo do seu voto é o que o Ministro relator denomina de “coordenadas genuinamente constitucionais de irrecusável aplicabilidade”. Aqui, o Ministro passa a adotar uma linguagem distinta da que vinha predominando no decorrer do seu voto. Valendo-se de expressões não comuns para o campo judicial e usando o sentido conotativo e imagens metafóricas, o Ministro, partindo de um ponto zero apriorístico: *um despir-se de toda e qualquer pré-compreensão*, apresenta o núcleo do voto:

[...] incursão que passo a empreender pelos domínios cognitivos da Constituição Federal. Viagem em demanda de um conhecimento que para se desprender limpidamente do Magno Texto Federal reclama do intérprete/aplicador o descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas. Uma decidida postura de auto-imposição de *carga ao mar* com tudo o que signifique pré-compreensão intelectual de um tema – esse da área

³⁹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12986.

indígena Raposa Serra do Sol – sobre o qual profundamente divergem cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG's e igrejas.³⁹⁵

A busca por neutralidade ou pelo “máximo de objetividade que nos for possível”³⁹⁶ justificar-se-ia no fato de o julgador valer-se das coordenadas inseridas na Constituição para a demarcação de toda e qualquer terra indígena no país. Coordenadas claras e aplicáveis a qualquer demarcação indistintamente. Embora mesmo aqui, entendo não haver neutralidade, já que essas coordenadas, não obstante o constituinte tenha feito o esforço de definir ele mesmo o que seria terra tradicionalmente ocupada (art. 231, § 1º), não dispensam interpretação e, é nesse momento, em que haveria espaço para pré-compreensões, pela simples razão de o julgador ser também um ser social e político, tendo um “lugar de fala”. A busca deve ser não para limitar o espaço das pré-compreensões, mas sim exigir do julgador que as deixe claras no momento da decisão.

Dividindo sua análise de mérito em blocos temáticos, o Ministro Carlos Britto inicia seu ofício com o título “os índios como tema de matriz constitucional”, afirmando que a CF de 1988 rendeu-lhes copiosa e qualificada referência, abrindo um capítulo constitucional exclusivamente para eles, “sob o mais decidido intuito de favorecê-los”. Esse capítulo, defende o Ministro, constitui verdadeiro “bloco normativo constitucional”³⁹⁷, ensejando, de parilha com os demais comandos normativos, uma interpretação rigorosamente sistêmica ou contextual.³⁹⁸

Mas a quem se dirige a proteção constitucional? O Ministro responde “é cada qual dessas etnias indígenas e suas particularizadas formas de organização social que se põem como alvo dos citados arts. 231 e 232”³⁹⁹. Mas não se trata de quaisquer etnias. A proteção só se estende aos índios brasileiros e não estrangeiros residentes no país.⁴⁰⁰

³⁹⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12989-12990.

³⁹⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12990.

³⁹⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12990.

³⁹⁸ Dando maior relevo aos direitos originários que a Constituição reconheceu aos povos indígenas, o Ministro Carlos Britto afirmou que “a carga de proteção constitucional que se extrai do reconhecimento de ‘direitos originários’ é logicamente maior do que a defluente da simples outorga de direitos que não gozam de tal qualificação. É a diferença que existe entre norma especial e norma geral, esta a sucumbir perante aquela. Quanto mais que, em matéria de tutela dos ‘direitos e interesses indígenas’, as normas constitucionais se categorizam como de natureza especialíssima carregadas que são de uma finalmente clara consciência histórica de compensação e de uma cósmica percepção de que nos índios brasileiros é que vamos encontrar os primeiros elos de uma identidade nacional que urge, mais do que tudo, preservar”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13028).

³⁹⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12995.

⁴⁰⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12997.

A resposta, no entanto, traz alguns conceitos que são aclarados na compreensão do julgador. Assim, ele discorre sobre o significado do substantivo “índios” na Constituição⁴⁰¹, defendendo que o texto constitucional utilizou o substantivo índios no mesmo sentido que a palavra tem na linguagem coloquial. Recorrendo a um dicionário afirma: “a palavra traduz o coletivo de índio, assim entendido o ‘Indígena da América’ [...]. Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o ‘nativo’, o ‘aborígene’, o ‘autóctone’, na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano”.⁴⁰² Vai mais adiante, acrescentando que “o substantivo ‘índios’ é usado para exprimir a diferenciação dos nossos aborígines por numerosas etnias. Compreendendo por etnia todo ‘grupamento humano homogêneo quanto aos caracteres lingüísticos, somáticos e culturais’”, remetendo aqui também ao dicionário.⁴⁰³

Vê-se que o Ministro para responder às questões sobre quem são os “índios” e o que é etnia se vale do conhecimento dos dicionários, não recorrendo à ciência balizada para respondê-los, qual seja, a Antropologia.

Perspectivas generalizantes sobre quem seriam os índios e as etnias indígenas podem ser percebidas em diversas oportunidades no decorrer do voto. Como exemplo, citamos a seguinte passagem: “etnias aborígenes (no Brasil) se estruturam, geograficamente, sob a forma de aldeias e, mais abrangentemente, vilarejos”.⁴⁰⁴

Buscando elementos diacríticos aptos a definir os indígenas, o Ministro menciona que as línguas indígenas seriam o primeiro traço de identidade de cada etnia⁴⁰⁵. Escolhendo esse

⁴⁰¹ Observo que o destinatário dos art. 231 e 232 da Constituição foi um dos principais pontos sobre o qual se digladiaram o autor popular, o Estado de Roraima e os ocupantes não índios de um lado e a Funai, a União e as comunidades indígenas de outro. Os primeiros entendiam que os beneficiários da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – Macuxi, Ingarikó, Patamona, Wapixana e Taurepang – não se enquadravam nas exigências constitucionais para fazer jus à demarcação de terras, já que eram indígenas integrados, aculturados, sendo o grau de aculturação do indígena o primeiro critério pra a demarcação, se isolado poderia fazer jus à terra.

⁴⁰² STF. Ação Popular n. 3388, p. 12994.

⁴⁰³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12994.

⁴⁰⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12994-95

⁴⁰⁵ Elementos diacríticos eram elementos culturais escolhidos para definir traços de distinção, aptos a caracterizar certo grupo humano como etnia. Ocorre que, há algum tempo, a Antropologia tem se desvencilhado desse critério – presença de elementos diacríticos – para caracterizar um grupo como etnia indígena, isso porque a adoção de elementos diacríticos como critério trazia muito mais problemas que soluções: qual deve ser o traço cultural mais importante?, quem está capacitado para definir o que o outro é?, essa definição parte da cultura de quem define ou da cultura de quem é definido?, ao se escolher um elemento diacrítico engessa-se esse elemento, não permitindo modificação?. Diante desses questionamentos, João Pacheco de Oliveira, valendo-se das definições de Barth sobre grupos étnicos, afirma que as categorias étnicas são veículos para a organização social das diferenças, e que isso só ocorre em contextos de interação social. (OLIVEIRA, João Pacheco. Três teses equivocadas sobre o indigenismo (em especial sobre os índios do Nordeste). In: ESPÍRITO SANTO, Marco Antonio do. (Org.). **Política Indigenista: Leste e Nordeste Brasileiros**. Brasília: Funai/DEDOC, 2000, p. 19). Muito antes, Manuela Carneiro da Cunha já

elemento, fica a pergunta, dirigida ao Ministro, se aqueles indígenas, que se reconhecem como tal, mas que tem o português como língua, como é o caso da maior parte dos povos indígenas no Nordeste, seria ou não para o Ministro considerado como indígena.

Contradições também se verificam quando cita o art. 232, que ao trazer expressões como ‘os índios, suas comunidades e organizações’, revelaria um “propósito constitucional de retratar uma diversidade aborígine que antes de ser *interétnica* é, sobretudo, *intraétnica*”.⁴⁰⁶ Ocorre que, em outro momento descrito acima, o Ministro definiu etnia como um grupamento humano homogêneo. Assim, como haver diversidade intraétnica se etnia é algo homogêneo?

Renovando o argumento da “nação brasileira” como o encontro dos grupos de origem indígena, negra e branca que, miscigenados, são formadores de uma só realidade política e cultural, o Ministro escreve:

[...] o macro-conjunto populacional aborígine que se vem se somar àqueles constitutivos dos afro-descendentes e dos egressos de outros países ou continentes (a Europa portuguesa à frente). Dando-se que todos esses grandes conjuntos ou grupos humanos maiores são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação brasileira. Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra”⁴⁰⁷.

A Constituição de 1988, entretanto, ultrapassou essa imagem da nação brasileira como uma só realidade política e cultural, imagem essa integracionista e assimilacionista, passando a desenhar uma proposta de Estado multiétnico e pluricultural. Assim, a coexistência e a valorização da diferença são a tônica dessa era constitucional. Grupos indígenas, negros e de origem européia e asiática, sem se exigir que eles deixem quem são, é que fazem o Brasil, Brasil, parafrazeando Roberto da Matta.

havia conceituado comunidades indígenas como “aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, se consideram distintas da sociedade nacional. E índio é quem pertence a uma dessas comunidades indígenas e é por ela reconhecido”. (CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade**. São Paulo: Brasiliense. 2. ed. 1987, p. 111). Inserindo outros elementos nesse conceito, João Pacheco de Oliveira afirma que “a etnicidade supõe necessariamente uma trajetória (histórica e determinada por múltiplos fatores) e uma origem (uma experiência primária, individual, mas que também está traduzida em saberes e narrativas aos quais vem se acoplar. O que seria próprio das identidades étnicas é que nelas a atualização histórica não anula o sentimento de referência à origem, mas até mesmo o reforça. É da resolução simbólica e coletiva dessa contradição que decorre a força política e emocional da etnicidade”. (OLIVEIRA, João Pacheco. op. cit., 2004, p. 32-33).

⁴⁰⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12995

⁴⁰⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 12995-96.

Além disso, como é exemplo o próprio caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, nem sempre esse encontro entre os grupos é tão cordial como tenta passar o Ministro, ensejando, muitas vezes, a ocorrência do que Roberto Cardoso de Oliveira chama de *fricções interétnicas*.⁴⁰⁸

No que tange às terras indígenas, o Ministro destaca que, como são bens ou propriedade física da União, afetadas à posse permanente e ao usufruto exclusivo indígena, elas se submetem ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais brasileiras: a soberania ou independência nacional, o que não significa que “os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam [...], notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil”.⁴⁰⁹

No contexto da política indigenista oficial, a União assume um papel de centralidade, tendo necessário controle sobre os Estados e Municípios, sempre que estes atuarem no interior das terras já demarcadas como de afetação indígena⁴¹⁰. Essa centralidade, contudo, como alerta o Ministro, “não pode deixar de ser imediatamente coadjuvada pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público”.⁴¹¹

⁴⁰⁸ “Chamamos de ‘fricção interétnica’ o contato entre grupos tribais e segmentos da sociedade brasileira, caracterizados por seus aspectos *competitivos* e, no mais das vezes, *conflituosos*, assumindo esse contato muitas vezes proporções ‘totais’, isto é, envolvendo toda a conduta tribal e não-tribal que passa a ser moldada pela *situação de fricção interétnica*”. (CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **O índio e o mundo dos brancos**. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp. 1996, p. 174). Com isso, não se quer dizer que a cultura indígena se diluiria no contexto da sociedade envolvente, em uma antropologia baseada nas perdas culturais, criando a figura da aculturação. Significa apenas que, na situação de fricção, as identidades coletivas e culturais de indígenas e não indígenas passam a ser reconfiguradas e, com base em seus contextos culturais próprios, reconstruídas.

⁴⁰⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13000.

⁴¹⁰ Estados e Municípios tem obrigações constitucionais e legais para com os povos indígenas. Isso se manifesta não só em relação à saúde e à educação, mas também, em todos os âmbitos de atuação dos entes federativos. Nesse sentido, afirma o Relator: “é do meu pensar que a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em efetiva sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto a sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. Mas sempre sob a firme liderança institucional da União”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.003).

⁴¹¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13003. A posição dos povos indígenas como coadjuvantes da política indigenista e tutelados pelo Ministério Público contraria disposições constitucionais e as atuais conquistas do movimento indígena que tem reivindicado o espaço de co-autores dos rumos e definições políticas para os assuntos que lhes digam respeito. Nesse sentido, desde 2006, reúnem-se com representantes dos Ministérios do Poder Executivo Federal na Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI. Com a reestruturação da Funai, integram, no âmbito regional, os Comitês Regionais (art. 10, do Decreto n. 7056/2009), os quais tem como atribuição: colaborar na formulação das políticas públicas de proteção e promoção territorial dos Povos Indígenas; propor ações de articulação com os outros órgãos dos governos estaduais e municipais e organizações não-governamentais; colaborar na elaboração do

Em postura de franca posição favorável aos índios, mas polarizando a disputa e colocando Estados e Municípios como inimigos da causa indígena, o Ministro adota um tom abertamente político ao afirmar que:

[...] subjaz à normação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal o fato histórico de que Estados e Municípios costumam ver as áreas indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário, extrativista vegetal e minerário de sua economia. Donde a expedição, por eles (Estados e Municípios), dos títulos de legitimação fundiária a que se referiu o Ministro Maurício Corrêa no bojo da ADIN 1.512, favorecedores de não índios. Tanto quanto a práxis das alianças políticas de tais unidades federadas com agropecuaristas de porte, isolada ou conjugadamente com madeireiras e empresas de mineração, sempre que se Poe em debate a causa do indigenato. Pelo que, entregues a si mesmos, Estados e Municípios, tanto pela sua classe dirigente quanto pelos seus estratos econômicos, tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas. Populações cada vez mais empurradas para zonas ermas ou regiões inóspitas do País, num processo de espremedura topográfica somente rediscutido com a devida seriedade jurídica a partir, justamente, da Assembléia Constituinte de 1987/1988.⁴¹²

Esse panorama histórico-normativo reforçaria e justificaria a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, pois, como afirma o Ministro, “se trata de competência a ser exercitada também contra os Estados e Municípios, se necessário. Não só contra os não-índios”⁴¹³.

O Ministro demonstra enorme preocupação com movimentos separatistas ou de secessão. Nesse sentido, afirma que nenhuma terra indígena se eleva à categoria de pessoa político-geográfica, não sendo parte constitutiva do Estado nem tampouco configurando Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) de cada qual das pessoas estatais federadas: “terra indígena é categoria jurídico-constitucional, sim, mas não instituição ou ente federado”.⁴¹⁴

Assim, não seria possível, segundo o Ministro, se falar em territórios indígenas, já que esse se define como parte elementar de cada qual das pessoas jurídicas federadas: é um “conjunto de linhas demarcatórias contínuas, dentro das quais se dá a incidência de uma dada ordem jurídica soberana ou autônoma, lócus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, que são relações de natureza política”.⁴¹⁵

planejamento anual para a região; e apreciar o relatório anual e a prestação de contas da Coordenação Regional (art. 12 do Decreto n. 7056/2009).

⁴¹² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13001-13002.

⁴¹³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13002.

⁴¹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13001.

⁴¹⁵ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.005.

Já o substantivo “terras” assume compostura nitidamente sócio-cultural, não política: “seria agir à revelia da Constituição, entender que as terras indígenas teriam status de um território federado; ou reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional, ainda que virtualmente”.⁴¹⁶

Ocorre que a palavra “território” expressa tanto um sentido jurídico de direito internacional (soberania) e interno (autonomia), quanto um sentido sócio-antropológico, sendo essas categorias distintas, o que é desconsiderado pelo Ministro relator.

De uma interpretação limitadora das possibilidades de tratamento da questão indígena no país, o Ministro chega a uma conclusão positiva, ao entender que nessas terras reconhecidas indígenas não há que se falar em livre circulação de pessoas:

não se elevando à categoria política de território, as terras indígenas não comportam mesmo a livre circulação de pessoas de qualquer grupamento étnico. Assim, como não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infra-estrutura econômica e social, senão sob o comentado regime de prévio acerto com a União e constante monitoramento desta. Sempre coadjuvada, assentamos, pelos índios e suas comunidades, mais o Ministério Público, preservando o constitucional *leit motiv* da demarcação de toda terra indígena: sua afetação aos direitos e interesses de uma dada etnia aborígine.⁴¹⁷

Evitando utilizar os termos “território” e “povo”, mas adotando terminologias ultrapassadas no campo da antropologia como “reserva indígena” e “tribos”, o Ministro reforça sua argumentação de que “nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como nação, ‘país’, ‘pátria’, ‘território nacional’ ou ‘povo’ independente”.⁴¹⁸

Filiando-se a uma interpretação restritiva e até mesmo equivocada da Declaração da Organização das Nações Unidas Sobre Direitos dos Povos Indígenas, o Ministro afirma:

estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas [...] porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política, a ser exercido em conformidade com o direito internacional⁴¹⁹.

Há, no entanto, dispositivo expresso na Declaração que dissipa quaisquer dúvidas sobre a utilização desse instrumento de Direito Internacional para promover independências de territórios indígenas:

⁴¹⁶ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.006.

⁴¹⁷ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.007.

⁴¹⁸ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.008.

⁴¹⁹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.008.

Art. 46. 1. Nada do assinalado na presente Declaração interpretar-se-á no sentido de que se conceda a um Estado, povo, grupo ou pessoa, nenhum direito a participar numa atividade, ou realizar, atos contrários à Carta das Nações Unidas, ou se entenderá no sentido de que autoriza ou fomenta ação alguma encaminhada a violar ou reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

Propugnando uma supremacia *ad eternum* do Texto Constitucional, o Ministro escreve que:

o nosso Magno Texto Federal os [os índios brasileiros] protege por um modo tão próprio quanto na medida certa. Bastando que ele, Magno Texto Brasileiro, *saia do papel* e passe a se incorporar ao nosso cotidiano existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor experiência. É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano sócio-econômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja⁴²⁰.

Assim, considerando que a nossa Constituição já responde a tudo, sendo um documento a-histórico e atemporal, o Ministro nega vigência aos tratados internacionais de Direitos dos Povos Indígenas, evitando fazer citações inclusive à Convenção n. 169/1989 da Organização Internacional do Trabalho que é norma interna no Brasil, afirmando a “desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca”⁴²¹.

Banhado em um monismo patriótico, jungido na doutrina da segurança nacional, o Ministro afirma que o direito aplicável nas terras indígenas é exclusivamente o direito nacional, ou seja, o adotado a partir do processo legislativo regular, o qual envolve os Poderes Legislativo e Executivo. Nega-se a um só tempo a possibilidade de aplicação do Direito Internacional e do direito construído pelos próprios povos indígenas, como base em seus usos, costumes e tradições:

[...] todas as terras indígenas versadas pela nossa Constituição fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano, tampouco o de qualquer organismo internacional, a não ser mediante convenção ou tratado que tenha por fundamento de validade a Constituição brasileira de 1988.⁴²²

Acerca do instituto da demarcação de terras indígenas, o Ministro relator entende que:

tal como regradada pelo art. 231 do nosso texto Magno, ela [a demarcação de terras indígenas] não cai sob o poder discricionário de quem quer que seja. Há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras a demarcar, sendo que tais

⁴²⁰ STF. Ação Popular n. 3388. p. 130009.

⁴²¹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.022.

⁴²² STF. Ação Popular n. 3388. p. 12998

coordenadas já antecipam o conteúdo positivo de cada ato demarcatório em si. Vale dizer, coordenadas que significam a indicação do que seja terra indígena para fins especificamente demarcatórios. Com o que, em grande parte do tema, a nossa Constituição se revela como norma de eficácia plena [...] no sentido de que *prescindente* da intercalação da lei infraconstitucional para cumprir os desígnios a que se preordena.⁴²³

Rebatendo os argumentos daqueles que se colocam contrários à demarcação, o Ministro afirma a posição de superioridade normativa da Constituição federal e as normas que tratam da demarcação de terras indígenas como normas de eficácia plena. Não há necessidade de lei para definir essa atribuição institucional conferida, pela própria Constituição à União. Ainda que houvesse, a Lei 6.001/73, ainda em vigor na parte em que não contrariar a Constituição, traça as diretrizes pra a demarcação de terras indígenas.⁴²⁴

Quando a Constituição menciona que somente à União compete instaurar, seqüenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, o Ministro interpreta que esses atos são situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa se esgotam nos seguintes fazeres: a) “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais” (inciso XVI, do art. 49); b) pronunciar-se, decisoriamente, sobre o ato de “remoção de grupos indígenas de suas terras” (parágrafo 5º do art. 231).⁴²⁵

Sobre a necessidade de consulta ao Conselho de Defesa Nacional, o Ministro entende que essa consulta é facultativa, “nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar, querendo, o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, parágrafo 1º, inciso III), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira”.⁴²⁶

A demarcação de terras indígenas no Brasil, segundo o Ministro Carlos Britto, representa capítulo avançado do constitucionalismo fraternal, tendo natureza jurídica assemelhada às ações afirmativas, visando a reparar ou compensar desigualdades históricas e atuais, comparativamente a outros segmentos sociais:

[...] ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria da quadra constitucional que se volta para a efetivação de

⁴²³ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.009.

⁴²⁴ É consentâneo com a Constituição Federal o art. 19 da Lei 6001/73: as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

⁴²⁵ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.010.

⁴²⁶ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.012.

um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só tem experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão “sociedade fraterna”, e que se Poe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária.’⁴²⁷

Tal posição encontra respaldo em João Pacheco de Oliveira, para quem:

Os direitos indígenas não decorrem de uma condição de primitividade ou de pureza cultural a ser comprovada nos índios e coletividades indígenas atuais, mas sim do reconhecimento, pelo Estado brasileiro, da condição destes de descendentes da população autóctone. Trata-se de um **mecanismo compensatório** pela expropriação territorial, pelo extermínio de incontável número de etnias e pela perda de uma significativa parcela de seus conhecimentos e de seu patrimônio cultural. (grifos no original).⁴²⁸

Nesse contexto, o Ministro lista o que considera serem os direitos fundamentais dos índios e de cada etnia autóctone:

I – perseverar no domínio de sua identidade sem perder o *status* de brasileiros, destacando o vínculo de territorialidade com o Brasil;
II – poder inteirar-se do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para então a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente;
III – ter a chance de demonstrar que o seu tradicional *habitat* ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de um patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida que é de ser aproveitada como um componente da mais atualizada ideia de desenvolvimento, que é o desenvolvimento como um crescer humanizado. Se se prefere, o desenvolvimento não só como categoria econômica ou material, servida pelos mais avançados padrões de ciência, tecnologia e organização racional do trabalho e da produção, como também permeado de valores que são a resultante de uma estrutura de personalidade ou modo pessoal-indígena de ser mais obsequioso: a) da ideia de propriedade como um bem mais coletivo que individual; b) do não-enriquecimento pessoal à custa do empobrecimento alheio [...]; c) de uma vida pessoal e familiar com simplicidade ou sem ostentação material [...]; d) de um tipo não-predatoriamente competitivo de ocupação de espaços de trabalho [...] f) de uma postura como que religiosa de respeito, agradecimento e louvor ao meio ambiente [...] a significar a mais fina sintonia com a nossa monumental biodiversidade e manutenção de um tipo de equilíbrio ecológico [...] além de condição para todo desenvolvimento que mereça o qualificativo de sustentado.⁴²⁹

⁴²⁷ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.013.

⁴²⁸ OLIVEIRA, João Pacheco. op. cit., 2000, p. 24.

⁴²⁹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.016-13.018.

Segundo o Ministro, a Magna Carta teria procurado “integrar os ‘nossos’ índios para agregar valor à subjetividade deles”, o que entende ser o fenômeno da aculturação⁴³⁰, com o objetivo de eles serem “ainda mais do que originalmente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida. Que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado”.⁴³¹

A utilização de termos próprios da antropologia como etnia e aculturação no decorrer do voto do Ministro visa a conferir um respaldo dessa ciência ao que está sendo afirmado no campo judicial. Ocorre que a utilização de um termo deve vir acompanhada pela compreensão do seu conceito, o que não se verifica no caso. O termo “aculturação”, por exemplo, utilizado pelo Ministro, como sinônimo de integração dos índios à sociedade nacional ou regional (incorporação de sistemas de produção, hábitos de consumo etc.), significa, para a antropologia, a perda de uma cultura originária e a adoção de uma cultura dominante⁴³². Nesse sentido, era usado para justificar o seguinte entendimento: se os índios estão aculturados, pois estão integrados plenamente à economia regional e à sociedade local, não se justifica a demarcação de uma terra indígena.

O sentido acima esboçado para aculturação entra em contradição com outra passagem no voto do Min. Carlos Britto em que o mesmo afirma:

É o que se chama de aculturação, compreendida como um longo processo de adaptação social de um indivíduo ou de um grupo, mas sem a necessária perda da identidade pessoal e étnica. Equivale a dizer: assim como os não-índios conservam a sua identidade pessoal no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não índios, por a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas.⁴³³

A confusão conceitual se instala já que aculturação, nesse trecho, passa a ter um sentido semelhante ao de reelaboração cultural, por meio do qual se compreende que o contexto intersocietário gera atualizações históricas e culturais que não anulam o sentimento de pertença a um determinado grupo étnico, antes o reforça.⁴³⁴

⁴³⁰ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.018.

⁴³¹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.018-13.019.

⁴³² Na realidade, o conceito de aculturação está em desuso no seio da antropologia, que, se distanciando de uma etnologia das perdas, está mais preocupada atualmente com as ressignificações e reelaborações culturais. Estudos sobre ressignificações e reelaborações culturais podem ser encontrados em SAHLINS, Marshall. **História e cultura: apologias a Tucídides**. Trad. Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006 e na obra coletiva OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena**. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2004.

⁴³³ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.017.

⁴³⁴ OLIVEIRA, João Pacheco de. op. cit., 2004, p. 33.

Ao afirmar que as populações ditas civilizadas também tem a ganhar com a sua aproximação com os índios, exigindo-se delas solidariedade, no plano do reconhecimento de que os aborígenes precisam do convívio com os não índios⁴³⁵, o Ministro retoma a idéia inicial de aculturação. O que está por trás desse argumento é a tese evolucionista de que os indígenas caminhariam para chegar no estágio evolutivo superior: o da sociedade ocidental. Essa imagem preconceituosa não encontra respaldo nem na Constituição nem nos estudos antropológicos atuais. A contradição persegue em todo o voto.⁴³⁶

Citando o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro e sua compreensão de que os Macuxi e os Wapixana são co-autores da ideologia nacional⁴³⁷, o Ministro entende que os indígenas contribuem sim para o desenvolvimento, mas um desenvolvimento diferente de um mero crescimento econômico. Nesse sentido, defende:

[...] o despropósito da afirmação de que ‘índio só atrapalha o desenvolvimento’, pois o desenvolvimento como categoria humanista e em bases tão ecologicamente equilibradas quanto sustentadas bem pode ter na cosmovisão dos indígenas um dos seus elementos de propulsão. Por isso que ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incube não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas *tirar proveito* delas para diversificar o potencial econômico dos seus territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade *intraétnica* fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sócio-cultural. Até porque esse é o único proceder oficial que se coaduna com o discurso normativo da Constituição, no tema. Um discurso jurídico positivo que já não antagoniza colonização e indigenato, mas ao contrário intenta conciliá-los operacionalmente [...].⁴³⁸

O Ministro-relator apresenta os denominados por ele “marcos regulatórios do conteúdo positivo” de todo e qualquer processo de demarcação:

- 1) **O marco temporal da ocupação** – “a nossa Lei maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Terras que

⁴³⁵ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.019.

⁴³⁶ Em outro momento, o Ministro consigna a seguinte passagem: “Esse avançado estágio de integração comunitária é de se dar pelo modo mais altivo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. [...]. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. Como num aparelho *auto-reverse*, pois também eles, os índios, *tem o direito de nos catequizar um pouco* (falemos assim). (STF. Ação Popular n. 3388. p. 13014).

⁴³⁷ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.021.

⁴³⁸ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.021-13.022.

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”⁴³⁹. Essa data é referência de ocupação, mesmo que as Constituições anteriores já trouxessem previsões expressas que garantiam os direitos dos indígenas às terras que eles ocupavam. Isso evitaria a um só tempo, segundo o Relator, a fraude na subitânea proliferação de aldeias, inclusive com recrutamento de índios vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação e a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras à data vigente da CF/88. O marco temporal da entrada em vigor da Constituição de 1988 funcionaria, como propõe o ministro, como uma “*chapa radiográfica* da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine”.⁴⁴⁰

Importante destacar que o Ministro Carlos Britto, mais adiante em seu voto, estabelece exceções ao marco temporal de 1988, de modo que ele não implicasse em significativa derrota aos povos indígenas:

[...] ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte dos não índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa.** Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre ‘quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé [...]’). (grifos no original).⁴⁴¹

2) **O marco da tradicionalidade na ocupação:** Não basta, segundo o Ministro, constatar uma ocupação fundiária coincidente com dia e ano da promulgação do Texto Magno. “É preciso ainda que esse estar

⁴³⁹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.023.

⁴⁴⁰ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.024.

⁴⁴¹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.049.

coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por eles ocupadas [...] tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco”.⁴⁴² Por tudo isso, esse tipo tradicional de posse fundiária seria um “heterodoxo instituto de Direito Constitucional e não uma ortodoxa figura de Direito Civil”.⁴⁴³

3) **O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional:** aqui o Relator se refere ao “recheio topográfico” grafado no *caput* do art. 231 da Constituição, que, segundo ele, coincide com a própria finalidade prática da demarcação, quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.⁴⁴⁴ Do que decorre, inicialmente, o *sobredireito* ao desfrute das terras que se fizerem

⁴⁴² STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.025-13.026. O reconhecimento dos direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam traduz, conforme afirma o Min. Carlos Britto, “uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura *pré-européia* ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que ‘os direitos originários’ sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, reconhecidos”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.026-13.027). Assim, “o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.027).

⁴⁴³ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.031.

⁴⁴⁴ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.029.

necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam [...]. *Sobredireito* que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm como o meio ambiente uma relação natural de *unha e carne*).⁴⁴⁵

4) **O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”**: o Ministro propõe uma nova interpretação para o princípio da proporcionalidade, estabelecendo um novo marco regulatório constitucional que, conforme afirma, é reflexo da hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos⁴⁴⁶: “por ela, o próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo. Quero dizer: se, para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que ‘somente é dos índios o que lhes for não mais que o

⁴⁴⁵ A relação entre meio ambiente e povos indígenas é mencionada posteriormente quando o relator aponta que “mais que uma simples relação de compatibilidade, o vínculo entre meio ambiente e demarcação de terras indígenas é de ortodoxa pertinência”, razão pela qual se justificaria o decreto homologatório ter incluído área do Parque Nacional do Monte Roraima, conferindo-lhe dupla afetação ecológica e indígena. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.040). Admitindo, em um tom mais realista, a possibilidade de que os indígenas realizem agravos à natureza, o Ministro argumenta que, nesses casos, a própria Constituição oferece possibilidade de pronto reparo, pois “é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI)”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.042).

⁴⁴⁶ Hermenêutica diatópica, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, “parte da ideia de que todas as culturas são incompletas e, portanto podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas. Admitir a relatividade das culturas não implica adoptar sem mais o relativismo como atitude filosófica. Implica, sim, conceber o universalismo como uma particularidade ocidental cuja supremacia como ideia não reside em si mesma, mas antes na supremacia dos interesses que a sustentam. A crítica do universalismo decorre da crítica da possibilidade da teoria geral. A hermenêutica diatópica pressupõe, pelo contrário, o que designo por universalismo negativo, a ideia da impossibilidade da completude cultural”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 126). Em outro momento, o Ministro Carlos Britto, adotando a teoria da hermenêutica diatópica na definição de terras indígenas, escreve que “a semântica adotada pela Constituição nos seus artigos 231 e 232 [...] é que exige de nossa parte uma interpretação mais refinada, mais requintada, porque foi a semântica dos índios, e não a semântica dos não índios. Quando a Constituição diz para a ocupação, para a posse, para a produção, reprodução, a semântica “habitação” a ser utilizada pelo interprete não é a dos não índios, a tradicional, a coloquial; é a dos índios propriamente ditos [...]. Ou seja, segundo os usos, costumes e tradições deles, dos índios e não dos não índios – é por isso que estou falando de uma semântica diatópica, especialíssima, bem ao gosto do notável sociólogo português Boaventura de Sousa Santos”. (STF. Ação Popular n. 3388. p. 13434-13435). Embora demonstre ser conhecedor da teoria, o Ministro não passa dessa demonstração, proferindo a decisão exclusivamente com base em uma lógica racional moderna, não se permitindo ser tocado por uma outra racionalidade.

suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física’, já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é diametralmente oposta: ‘dêem-se aos índios tudo que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a sua estrutura social primieva⁴⁴⁷. Equação que bem se desata da locução constitucional ‘são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’, pela cristalina razão de que esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente. Preexistente, por exemplo, à própria Constituição”.

O Ministro assevera que esse especialíssimo regime constitucional de proteção indígena não significa “recusa a cada qual dos entes federados brasileiros da adoção de políticas públicas de integração dos nossos índios a padrões mais atualizados de convivência com o todo nacional [...]. Tudo na linha do pensamento integracionista [...].”⁴⁴⁸ Aqui, mais uma vez, subjaz a noção de que a estrutura social dos indígenas é primitiva, primieva se comparada com a sociedade ocidental – civilizada, devendo ser integrados como uma medida para sua proteção.

Afirmando que a demarcação das terras indígenas não implicaria em adotar um viés separatista, fazendo “cada área de concentração indígena um apartado cômodo laboratório de enfatuadas teses acadêmicas, à moda de ajardinamento antropológico [...].”⁴⁴⁹, o Ministro adota uma visão essencialista e romântica dos indígenas, para extrair uma conclusão positiva – a impossibilidade de demarcação em ilhas:

os índios são os brasileiros *de vista mais alongada e pernas mais solicitadas*, porque virginalmente afeitos à imensidão territorial deste País-continente. [...] Numa frase, os índios brasileiros são visceralmente avessos a qualquer ideia de guetos, nichos, cercas, muros, grades, viveiros, que são práticas apropriadas para uma demarcação parcimoniosamente insular ou do tipo *queijo suíço*.⁴⁵⁰ (grifos no original).

⁴⁴⁷ Aqui, mais uma vez, subjaz a noção de que a estrutura social dos indígenas é primitiva, primieva se comparada com a sociedade ocidental – civilizada.

⁴⁴⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.034-13.035.

⁴⁴⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.035-13.036.

⁴⁵⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13041. De acordo com o Ministro, o formato constitucional de toda e qualquer demarcação de terras indígenas é o que prevê uma área contínua para o usufruto exclusivo e a posse permanente. Nesse sentido, “o modelo de demarcação, para mim, é o contínuo, não o fracionado em ilhas, o fatiado por porções – tipo queijo suíço -, em que os índios ficam com os buracos e os não-índios, sobretudo os fazendeiros, com o queijo propriamente dito. A demarcação por ilha é uma possibilidade muito grande de matar os índios de fome e impedir

A direção antropológica proposta pelo relator para a demarcação de terras indígenas é a que garante “a cada etnia autóctone a ter para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social”.⁴⁵¹ Assim, propõe um modelo peculiar ou restritamente contínuo de demarcação, fundado na baliza da monoetnicidade e não pluri-etnicidade:

Logo, interdito fica todo impulso, tentação ou veleidade antropológica de conectar, mais que os tradicionais espaços de ocupação fundiária por uma destacada etnia, aqueles que também englobam diferenciados grupos étnicos no interior de um só Estado-membro, inclusive os espaços que por acaso sejam de outra ou de outras etnias igualmente aborígenes.⁴⁵²

Nesse sentido, haveria, de acordo com o Ministro, um “desabono constitucional a demarcações de cambulhada ou *interétnicas*”, mesmo na situação de duas ou mais etnias se caracterizarem por ocupar espaços geograficamente contíguos: “cada etnia indígena deve saber onde começa e onde termina o espaço de trabalho e de vida que por direito originário lhe cabe com exclusividade”.⁴⁵³

O critério da monoetnicidade, no entanto, não consta de nenhum regramento normativo sobre a demarcação de terras indígenas. Nem a Constituição, nem o Estatuto do Índio, nem o Decreto n. 1.775/96 trazem essa previsão.

O Ministro relator, no entanto, estabelece uma exceção à regra criada por ele da monoetnicidade, de modo a resguardar os direitos e interesses dos indígenas:

essa é a regra geral a observar, de matriz diretamente constitucional, embora perfeitamente previsível que prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes possam gerar, com o passar dos anos, uma conditio empírica de espaços que em muito dificulta uma precisa fixação de fronteiras *interétnicas*.⁴⁵⁴

Alternando sua análise para ora abarcar questões gerais ora para abarcar questões específicas em um jogo de palavras que imuniza o discurso das críticas, o Ministro relator se vale de técnica interessante para, quando adota postura criadora das normas, como é exemplo a regra da monoetnicidade, faz ressalvas que garantem a manutenção dos direitos assegurados pelos povos indígenas.

Acerca da demarcação de terras indígenas e faixa de fronteira, o Ministro afirma que:

que eles tenham essa possibilidade de se reproduzir fisicamente e culturalmente”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.432).

⁴⁵¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.042.

⁴⁵² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.043.

⁴⁵³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.046.

⁴⁵⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.046.

longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das nossas faixas de fronteiras, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as duas instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal) se façam também permanentemente presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias, agentes e tudo o mais que possa viabilizar a mais otimizada parceria entre o Estado e as nossas populações nativas.⁴⁵⁵

Segundo o Ministro, os índios não podem se opor à presença do Estado em suas terras, tendo as Forças Armadas uma enorme tarefa a desempenhar, que se constitui em um trunfo: “poder conscientizar ainda mais nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência malsã de certas ONGs, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o sentimento de brasilidade que nos irmana a todos”.⁴⁵⁶

Após 105 parágrafos com respectivos incisos (de acordo com a divisão do voto do Ministro), ele chega na principal parte do voto em que discute especificamente o caso Raposa Serra do Sol. Todos os tópicos anteriores foram abordados de forma ampla e genérica, apresentando ideias gerais sobre os direitos territoriais indígenas no Brasil, em uma tentativa de enovelar o discurso seguinte de uma áurea de autoridade. O Ministro agora está pronto para julgar e todos não de ouvi-lo de forma atenta, pois a autoridade especialista está a falar.

Inicia a abordagem sobre as questões formais alegadas pelas partes, contrapondo-se às alegações de nulidade do processo demarcatório, por suposta agressão ao contraditório e à ampla defesa, pois as duas situações jurídicas ativas foram plenamente exercitadas tanto pelo Estado de Roraima quanto pelos demais atores processuais.

As causas de nulidade apontadas pelo autor popular, pelo Estado de Roraima e pelos ocupantes não indígenas (Lawrence Manly Hart e outros) não foram julgadas como tais pelo Ministro Relator, que entendeu da impossibilidade de concluírem pela parcialidade do laudo antropológico. Segundo ele:

o que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo: os antropólogos Maria Guiomar Melo e Paulo Santili [...] Afinal, é mesmo ao profissional da antropologia que incube assinalar os limites geográficos da concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena.⁴⁵⁷

Considerou que os trabalhos antropológicos elaborados no seio do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol são:

⁴⁵⁵ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.054.

⁴⁵⁶ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.056.

⁴⁵⁷ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.059.

revestidos de todos os elementos de uma etno-antropologia e de uma antropologia social e cultural adequada, pois reveladores da interatividade orgânica dos índios com suas terras e consigo mesmos, tudo enlaçado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à riqueza sentimental das relações uxórias e de parentesco, cosmogonia, artes, coleta, caça, pesca, festas, tradições, crenças, economia, etc.⁴⁵⁸

Abordadas essas questões formais, o Ministro avança para o lado substantivo da demarcação, não sem destacar que “a presente ação tem por objeto tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com extensão a abranger, aproximadamente, 7,5% do território do Estado de Roraima”.⁴⁵⁹

Segundo o Ministro a área referida na Portaria 534/2005 é integralmente constituída de terras indígenas, fato evidenciado pelos 150 anos sem conflitos armados interétnicos; pela presença de uma língua franca ou de um tronco comum; intensas relações de trocas; uniões exogâmicas, ressaltando, ainda, que as terras eram ocupadas de forma tradicional e permanente face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988 (promulgação da Constituição). Considera, no entanto, que a demarcação teria pecado “pela falta de observância do vetor *monoétnico* para a definição dos limites das várias terras indígenas lindeiras que formam toda a área conhecida como Raposa Serra do Sol [...]”⁴⁶⁰. Mas esclarece que a inexistência de irresignação de membros ou do órgão representativo das comunidades envolvidas, no caso concreto, se explica pelo fato da intensa miscigenação entre seus componentes e pela concreta dificuldade de precisa identificação da área de movimentação física de cada uma dessas tribos ou etnias autóctones.⁴⁶¹

Aplicando, no caso concreto, o postulado da proporcionalidade extensiva, cunhado pelo Ministro a partir da hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos, Carlos Britto consagra que “a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais [...] valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos”. Mais a frente: “[...] não tem préstimo para esse fim critérios não índios de mensuração como, por exemplo, cálculo de hectare/habitantes e *clusters* (demarcação em ilhas ou do tipo *queijo suíço*)”.⁴⁶²

Persegue sua análise para afirmar que “são nulas as titulações conferidas pelo INCRA, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, assim como inválida é a ocupação da ‘Fazenda

⁴⁵⁸ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.063.

⁴⁵⁹ STF. Ação Popular n. 3388. p. 13.064.

⁴⁶⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.065.

⁴⁶¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.065-13.066.

⁴⁶² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.066.

Guanabara””. Justifica: a) a autarquia federal, baseada em um estudo inconcluso realizado em 1979 (ausentes a portaria declaratória e o decreto homologatório), sem qualquer consulta à Funai arrecadou terras da União como se devolutas fosse, alienando-as diretamente a particulares; b) as terras já eram e permanecem indígenas, sendo provisoriamente excluídas dos estudos de 1979, 1985, apenas para superar “dificuldades que teria o órgão Tutelar em demarcar”⁴⁶³; c) no que tange à titulação da Fazenda Guanabara, o relator esclarece que a sentença com trânsito em julgado proferida em ação discriminatória padece de vício insanável, já que a ação não cuidou da temática indígena, partindo do pressuposto de que se tratava de terra devoluta⁴⁶⁴.⁴⁶⁵

Concluiu, nessa oportunidade, julgando improcedente *in totum* a ação popular, pronunciando-se sobre a necessária e imediata expulsão dos não índios da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.⁴⁶⁶

5.2. O VOTO DO MIN. MENEZES DIREITO

Em 10 de dezembro de 2008, o Min. Menezes Direito, que havia pedido vista no julgamento anterior, apresentou seu voto, construindo uma argumentação e uma técnica de decisão, no mínimo, curiosa, principalmente em se tratando de ação popular.

O Ministro inicia seu voto-vista de modo semelhante ao Relator, repisando os principais eventos ocorridos no processo, dando destaque aos argumentos apresentados na petição inicial, na contestação da União, nas petições apresentadas pela Funai, pelo Estado de Roraima, e no parecer do Ministério Público Federal, circunscrevendo, portanto, o perímetro dentro do qual a ação se desenvolveu.

Após relatório, o Ministro destaca que “estamos examinando tema da maior relevância tanto no plano interno como no plano internacional. A proteção das terras indígenas sempre

⁴⁶³ Afirmação da antropóloga coordenadora do Grupo de Trabalho de 1984, constante da Informação DEID/Funai 007/98 (STF. Ação Popular n. 3388, p. 1143). Ademais tais estudos foram formulados antes da Constituição de 1988, quando foram estabelecidos outros marcos para demarcação das terras indígenas.

⁴⁶⁴ Nesse sentido, o acórdão do TRF da 1ª Região proferido no bojo da Ação de Manutenção de Posse, processo n. 1998.01.00.0850320, proposta pelo suposto proprietário privado, com trânsito em julgado em 08/08/2004. O acórdão vocalizou que “comprovada através de laudo pericial idôneo a posse indígena, é procedente a oposição para reintegrar a União na posse do bem”.

⁴⁶⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.067-13.069.

⁴⁶⁶ O Ministro esclarece, em momento posterior, que “a expressão ‘não índios’ é significante de expulsão dos que litigam com os índios, disputando-lhes a posse, o uso, a ocupação da área em questão. Eu falei, evidente que não quis incluir os não índios, cônjuges de índios [...]”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.151-13.152)

ocupou espaço entre nós porque representam resgate permanente das origens da vida brasileira”.⁴⁶⁷

Ao caracterizar a área em conflito, o Ministro Menezes Direito afirmou que :

A chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol é uma área integralmente situada no nordeste do território do Estado de Roraima, Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã [...] o que equivale a aproximadamente 17.430 km² ou 7,7 % da área do Estado, uma área de grandeza equivalente àquela do Estado de Sergipe (21.000 km²) ou um pouco mais da metade da Bélgica (30.000km²).⁴⁶⁸

Ao apresentar uma comparação entre o tamanho da terra indígena demarcada e Estados brasileiros ou países e não entre o tamanho da área restante (excluída a Terra Indígena Raposa Serra do Sol) e os mesmos elementos – Estados brasileiros e/ou países, o Ministro deu relevo ao argumento de que se trata de uma área gigantesca, gerando questionamentos se ela seria realmente necessária para os poucos indígenas que nela habitam.

Pouco adiante menciona que “5 etnias em um total estimado de 19.000 índios (4,8% da população do Estado de RR), o que resulta em uma densidade demográfica de 1,1 habitante por km²”.⁴⁶⁹ Entretanto, é preciso destacar que o conceito de terra tradicionalmente ocupada se perfectibiliza no contexto dos usos, costumes e tradições de um ou de vários povos indígenas (art. 231, §1º, CF/88). Assim, sendo o conceito de densidade populacional culturalmente situado no contexto da sociedade ocidental, ele é exógeno ao grupo étnico e não sendo um conceito constitucionalmente válido para se compreender uma terra indígena.

Diferentemente do voto do Ministro Carlos Brito, o Ministro Menezes Direito se vale de números, percentuais e comparação como reforço argumentativo das teses por ele defendidas. Além disso, é recheado de citações e referências a autores importantes no campo da antropologia e da sociologia, como Sérgio Buarque de Holanda, Lévi-Strauss, Darcy Ribeiro.

Acerca do argumento do autor popular de que teria havido um aumento injustificado da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ante a diferença entre a área declarada no Decreto homologatório de 15/04/2005 e na Portaria n. 534/2005 (1.747.464ha) e aquela indicada na Portaria n. 820/1998 (1.678.800ha), o Ministro considerou que no caso não se cuidava de aumento de terra indígena já demarcada, já que a alteração na área ocorreu no curso do processo de demarcação. No entanto, embora afirme que essa diferença se deve a medição realizada após a

⁴⁶⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.096.

⁴⁶⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.099.

⁴⁶⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.100.

fixação dos marcos, decorrendo apenas de atualização do mapa e memorial descritivo, amplia o argumento do autor para deixar antever que, uma vez findo o processo de demarcação, a área não poderá ser mais ampliada. Aqui é importante destacar que o Ministro pela primeira vez em seu voto menciona a ampliação de terra indígena.

O Ministro passa a dedicar atenção a estudo da definição e do alcance dos conceitos de “terra indígena”, “faixa de fronteira” e “unidade de conservação”.

Discorrendo sobre a relação entre os indígenas e a terra, o Ministro consigna que:

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

É nela [na terra] e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é, assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão ideia de algo gerado e formado em determinado *locus*. O índio é, assim, um ser de sua terra.⁴⁷⁰

O Ministro adota, como definição de terra indígena, a constante no *caput* do art. 231, da Constituição Federal, pinçando, no conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, dois elementos que, para ele, são centrais: o advérbio “tradicionalmente” e o verbo “ocupam”, sendo que “é o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas”.⁴⁷¹

Segundo Menezes Direito, o termo “ocupadas” adotado pelo constituinte de 1988 traduz a idéia de presente. Nesse sentido, não se trata de terras que os indígenas “ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais”. Terras ocupadas pelos índios são aquelas vislumbradas quando da promulgação da Constituição de 1988:

O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição de 1988, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios após a sua entrada em vigor.⁴⁷²

Nesse sentido, a correta extensão da proteção iniciada pela Constituição de 1988 exige, pois, de acordo com o Ministro, que a presença dos índios seja verificada na data de sua

⁴⁷⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.105.

⁴⁷¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.106.

⁴⁷² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.106.

promulgação. A ocupação passa a ser um fato a ser verificado, ou nas palavras de Menezes Direito, um *fato indígena*.

A teoria do fato indígena, cunhada pelo Ministro, parte do pressuposto já estabelecido no voto do Ministro Carlos Brito sobre o marco da tradicionalidade indígena – marco temporal da Constituição de 1988. A adoção dessa teoria, ao implicar na substituição da teoria do indigenato, propõe que se adote como critério constitucional a aferição da presença indígena na terra a ser demarcada na data da promulgação da Constituição. Assim, de acordo com o Ministro, “a aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava de dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena”.⁴⁷³

Com relação a situações anteriormente constituídas à demarcação das terras como indígenas, o Ministro esclarece a supremacia da teoria do fato indígena frente a outras teorias como a do indigenato, que implicava em se trazer a lume os sistemas vigentes sob as Constituições de outrora:

É claro que os regimes passados permanecem importando para o exame das situações que neles se acabaram e aperfeiçoaram, mas a investigação da conformação jurídica a esses regimes de terras referentes ao fato indígena verificado em 1988 é agora desnecessária. Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatando o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc). O fato indígena a suplantar, como decidido pelo constituinte dos oitenta.⁴⁷⁴

Ocorre que, ao transformar toda a definição territorial indígena em um fato a ser verificado, o Ministro faz uma redução, sem levar em conta os usos, costumes e tradições indígenas, absolutizando o aspecto temporal em detrimento dos demais.

Além disso, sem as ressalvas constantes no voto do Ministro Carlos Britto, a adoção simples do marco temporal de 1988 pode acabar legitimando o esbulho de muitas terras indígenas, ao dispensar o histórico da ocupação, levando em consideração apenas a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área:

“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

⁴⁷³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.109.

⁴⁷⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.112.

eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado.⁴⁷⁵

O Min. Menezes Direito considera que todos os elementos do conceito constitucional de terras indígenas são fatos a serem averiguados pelos estudos apropriados. “Não há, é verdade, um critério matemático preciso, uma regra abstrata e geral que possa levar tal qual um tipo jurídico à identificação dessas expressões da ocupação indígena”. Esses caberiam à ciência antropológica que, “como ciência não deixa de ter seus próprios métodos e critérios válidos epistemologicamente”.⁴⁷⁶ Destaca que não são os usos, costumes e tradições dos indígenas que dariam o contorno do território. “É a ciência que oferece os meios de identificação do âmbito da presença indígena ou, em outras palavras, do fato indígena”.⁴⁷⁷

Embora reconheça que o antropólogo, no contexto de demarcação de terras indígenas, tem um papel preponderante, que envolve a coordenação de todo o trabalho⁴⁷⁸, o Ministro desconfia da ciência antropológica:

todo fato está sujeito à observação. O que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. A mim me 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.⁴⁷⁹

Como a orientação política dos antropólogos práticos é vista com preocupação, pelo Ministro, assim a própria antropológica, Menezes Direito propõe:

[...] 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.

[...] Nesse ponto é bom atentar para a presença de apenas um ou dois antropólogos em todo o procedimento normalmente seguido pela Funai. A relevância do assunto e seus múltiplos aspectos científicos exigem não só um trabalho multidisciplinar já contemplado pelo Decreto n. 1775/96 (art. 2º, § 2º), mas também a participação de pelo menos três antropólogos.⁴⁸⁰

Uma vez apontadas as diretrizes, no voto do Ministro Menezes Direito, para a demarcação das terras indígenas, o Ministro passa a tecer considerações sobre um estatuto

⁴⁷⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.108.

⁴⁷⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.110.

⁴⁷⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.111.

⁴⁷⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.103.

⁴⁷⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.116.

⁴⁸⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.117.

jurídico ao qual as terras indígenas estariam subordinadas. Estatuto esse caracterizado por uma destinação especial e um aproveitamento exclusivo pelos índios, com restrições para diversas atividades exploratórias. A identificação precisa desses direitos e dessas restrições é tarefa a qual o Ministro passa a empreender, de modo a circunscrever as implicações político-jurídicas do julgamento da Ação Popular n. 3388:

Ao meu sentir, para a melhor percepção das implicações deste caso, é preciso mostrar em que consiste esse conjunto de prerrogativas e restrições atrelado à Terra indígena e que constitui, enfim, que vem sendo reunido sob a noção de “afetação”. E tenho que isso é necessário para balizar as demarcações com a exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis.⁴⁸¹

De acordo com o Ministro, prescinde de lei complementar referida no § 6º do art. 231, a exploração de recursos hídricos e, principalmente, do potencial energético ou a pesquisa e lavra dos recursos minerais, presente o interesse público da União.⁴⁸² Isso porque, como entende Menezes Direito, em se tratando de interesse público, embora se encontrem representados em sede constitucional e, dessa forma, possam estar situados em patamar hierárquico idêntico aos direitos indígenas, acabam prevalecendo sobre estes, uma vez que pelo fato de dizerem respeito somente às comunidades indígenas, os direitos indígenas são expressão de apenas uma parte do interesse público de âmbito nacional. Nesse caso, o fato indígena poderá ter sua força jurídica condicionada por tais interesses.⁴⁸³

Exemplifica a desnecessidade de lei complementar para exploração dos potenciais energéticos das terras indígenas com os Decretos Legislativos emitidos pelo Congresso Nacional para autorizar esses empreendimentos. É o caso, por exemplo, do Decreto Legislativo n. 788/2005 (Usina Hidrelétrica de Belo Monte no Rio Xingu) e n. 103/2006 (Usina Hidrelétrica de Serra da Mesa no Rio Tocantins).⁴⁸⁴

Quanto aos indígenas, o direito ao usufruto de suas terras que a Constituição garante não abarcaria, segundo o Ministro, a exploração dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos. Nesses casos, eles devem solicitar autorização do Congresso e preencher os demais requisitos previstos em lei. Mais além, o Ministro indica que os povos indígenas não podem “criar obstáculos ou impor exigências” para a exploração desses recursos em suas terras, mesmo que

⁴⁸¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.118.

⁴⁸² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.119. Embora cite o art. 176, § 1º, CF/88, não aplica esse dispositivo.

⁴⁸³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.117.

⁴⁸⁴ Há uma série de projetos de lei que buscam regulamentar a exploração de minérios em terras indígenas, tais como PL 692/91, da Deputada Raquel Cândido; PL 1610/96 do Senador Romero Jucá; PL 5742/90, Senador Mozarildo Cavalcante; PL 3872/97, da Deputada Rita Camata. Não obstante haver inúmeros projetos não lei aprovada.

seja por terceiros.⁴⁸⁵ Idêntica situação ocorre no que se refere à lavra garimpeira. Como os indígenas tem apenas o usufruto das riquezas do solo, devem obter a adequada permissão para realizar a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em seu território (Leis 7805/89 e 11.685/08).

Outra restrição importantíssima aos direitos indígenas, conforme estabelecido pelo Ministro, se refere à impossibilidade de revisão dos limites da terra indígena fixados na Portaria do Ministério da Justiça, como decorrência da segurança jurídica.

ora, uma vez estabelecido e constatado esse fato [a presença indígena em 05/10/1988], com base no qual terá sido homologada a área da terra indígena, não pode haver mais espaço ou ensejo para uma revisão dessa área. Cuida-se aqui de verdadeira preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Não se concebe que o poder-dever da administração de rever de ofício seus atos alcance a constatação de um fato cuja ocorrência e extensão decorreram de procedimento instaurado regularmente, com observância do contraditório. Desse procedimento resultou a consolidação de direitos individuais, como ocorre com propriedades imediatamente adjacentes à terra indígena, assim como outros interesses públicos ou particulares relacionados à área não abrangida pela terra indígena.⁴⁸⁶

Em outra oportunidade:

No caso da identificação e da demarcação de terras indígenas, de todos os modos, estou convencido de que a definição da extensão da área, fruto da constatação do **fato indígena** não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador. A demarcação esgota a identificação, sendo vedada sua alteração.⁴⁸⁷

Com relação ao papel do Conselho Nacional de Segurança na definição das demarcações de terras indígenas situadas em faixa de fronteira, o Ministro destacou que a Constituição limitou o papel do Conselho, dando-lhe uma conformação de órgão de consulta, como decorre do art. 91, competindo-lhe apenas opinar e propor e não dar assentimento prévio em procedimentos demarcatórios⁴⁸⁸. Não haveria, portanto, nulidade na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Não obstante, de modo a regulamentar a situação par abarcar outras demarcações, o Ministro estabeleceu que: “para o futuro, entretanto, com o pronunciamento da Suprema Corte sobre a correta interpretação e aplicação do inciso III do parágrafo 1 do art. 91, entendo que se tratando de faixa de fronteira é recomendável que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.119.

⁴⁸⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.122.

⁴⁸⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.123.

⁴⁸⁸ Sobre organização e funcionamento do Conselho de Defesa Nacional ver Lei n. 8183, de 11 de abril de 1991.

⁴⁸⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.130.

Diferentemente do Ministro Carlos Britto, que partiu de uma visão mais romântica dos indígenas com relação ao meio ambiente e às unidades de conservação, o Ministro Menezes Direito entende que há um conflito entre os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação, tendo ambos assento constitucional.⁴⁹⁰ No que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, haveria, nesses casos, uma dupla (terra indígena + unidade de conservação) ou tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + terra indígena), as quais, segundo o Ministro, deveria ser resolvida não pela sucumbência frente aos direitos indígenas, mas por uma conciliação das prerrogativas aparentemente em conflito.

A solução para o conflito estaria, segundo o Ministro, no princípio da unidade da Constituição, para apoiar o regime de dupla ou tripla afetação federal na área:

Essa dupla afetação, porém, não pode se reduzir a discurso que abstratamente garanta a presença do estado na área indígena em faixa de fronteira, mas que concretamente lhe vede o acesso sob o argumento de que os direitos indígenas não podem se maculados. A relevância constitucional, social e ética da proteção dos direitos tradicionais dos índios não pode ser negada e todos os agentes devem zelar pela sua salvaguarda. No entanto, quando ao lado dessa proteção está igualmente garantida a proteção dos interesses da defesa nacional, a salvaguarda dos direitos indígenas não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de prevalecer em qualquer caso. Com isso não se diz, pura e simplesmente, que essa salvaguarda somente deva ser perseguida até o ponto em que se depara com o interesse da defesa nacional. Isso pode ocorrer, ou seja, o interesse da defesa nacional pode e deve sobressair em determinadas condições. O que é importante é que a efetiva conciliação desses dois interesses, de modo a concretizar a dupla afetação, tornando-a real e não apenas discursiva, envolve o respeito simultâneo de ambos os interesses, de modo a que nenhum deles possa ser considerado superado ou minimizado pelo outro de antemão. Nas situações específicas, há de se garantir sempre a possibilidade de conjugação que não pode ser entendida fora de uma lógica de complementariedade.⁴⁹¹

Não obstante ter mencionado que nenhum dos interesses (terra indígena e faixa de fronteira) possam ser considerados superados de antemão, o Ministro logo em seguida afirma que, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional estiver em jogo, havendo, portanto uma definição a priori de qual interesse é mais importante independentemente da situação concreta de conflito. Nesse sentido, o Ministro afirma que:

a instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção 169 da OIT, será implementada independentemente de

⁴⁹⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.132.

⁴⁹¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.135.

consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai.⁴⁹² O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional. É por isso que não se pode conceber uma tentativa de apropriação e exploração dos bens e interesses estratégicos por alguns grupos de indígenas com a cobrança de tarifas e pedágios para viabilizar sua utilização. O usufruto de suas terras não alcança esse tipo de dominação [...]”⁴⁹³

Entre terra indígena e unidade de conservação, o regime jurídico de dupla afetação é mencionado no Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005. No entanto, o Ministro afirma que esse regime acaba ficando em um plano sugestivo, abstrato e, “talvez por receio de contrariar interesses indígenas, esses mais concretos que os difusos interesses ambientais, não chegam a indicar com alguma precisão as restrições que necessariamente deveriam ser feitas aos interesses envolvidos”.⁴⁹⁴

Embora os povos indígenas proporcionem, de um modo geral, uma maior conservação dos recursos naturais, sendo que a biodiversidade está associada, em maior ou menor grau, à presença humana, o Ministro Menezes Direito deixa claro que, sendo os índios pessoas humanas, não deixam de sucumbir, dependendo do caso, a pressões por mais facilidades e recursos. Nesse sentido, defende que:

a área da unidade de conservação, sujeita à tripla afetação (terra indígena, faixa de fronteira e parque nacional), deve ser administrada pelo órgão com atribuição para a gestão das unidades de conservação, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Para tanto, deve contar com a participação das comunidades indígenas da área em caráter opinativo, que poderão ali transitar livremente podendo realizar exclusivamente atividades de extrativismo vegetal, caça e pesca nos períodos e condições estipulados pela administração, que deverá, contudo, levar em conta as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai.⁴⁹⁵

As considerações que vem traçando ao logo do voto e que implicam em restrições a direitos assegurados aos povos indígenas compõe, segundo o Ministro, o Estatuto Jurídico das Terras Indígenas, que:

[...] não se reduz a um “tudo pode” para os índios e um “nada pode” para a defesa do interesse público na sua mais ampla perspectiva. É um estatuto complexo, sofisticado, que consegue ao mesmo tempo cumprir a determinação constitucional de proteção e

⁴⁹² Para o Ministro Menezes Direito, “é essencial que esta Suprema Corte do Brasil deixe claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas para o reconhecimento e fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétreia, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.124).

⁴⁹³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.136-13.137.

⁴⁹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.139.

⁴⁹⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.141.

preservação dos índios e da cultura indígena e assegurar a satisfação dos interesses públicos de ordem nacional, na mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação. O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas se caracteriza pelo usufruto exclusivo dos índios que, todavia, estará sujeito às condições que ora são definidas, no campo da segurança nacional e da preservação do meio ambiente.⁴⁹⁶

Acerca do contraditório e da ampla defesa estabelecidos no Decreto n. 1.775/96, cujas disposições foram aplicadas no processo de identificação e delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Ministro apresenta sua posição nos seguintes termos:

por mais que o Decreto tenha procurado garantir a qualidade técnica dos trabalhos de identificação e demarcação, bem como a participação de todos os interessados no procedimento, titulares de interesses públicos de ordem nacional ou não, estou convencido de que a Constituição exige bem mais que isso. Não me parece razoável que a caracterização de uma área determinada do território nacional e, principalmente, a sua extensão fique a depender de apenas um especialista, a despeito da contribuição dos demais componentes do grupo técnico.

[...] A manifestação dos entes federativos cujos territórios forem abrangidos pela terra indígena não pode ser meramente facultativa, porém obrigatória, e deve ocorrer sobre o estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico (art. 2º, § 6º), sem prejuízo do disposto no § 8º do art. 2º do Decreto n 1775/96.⁴⁹⁷

Absolutizando o direito de participação de Estados e Municípios no processo de demarcação, o Ministro sugere a criação de mais três fases no procedimento demarcatório, que correspondem à oitiva dos entes federados no estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico, o que certamente irá implicar em maior demora na demarcação de terras indígenas.

Interessante notar que a técnica de decisão do Ministro não se baseia na distinção entre o que é geral e, portanto, aplicável a todas as demarcações, e o caso específico, mas trata do fato e da norma como coisas indistintas, passando a impressão de que o que ocorreu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol é semelhante a toda e qualquer demarcação no país, a indicar que as conclusões desse caso também deveriam aplicáveis a toda e qualquer regularização de terra indígena. É o que deixa claro no seguinte trecho:

O que se verifica de tudo o que foi exposto é que tanto a Portaria n. 534 do Ministro da Justiça, de 13 de abril de 2005, quanto o Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005 deixam de atender ao conjunto de condições que a disciplina constitucional impõe ao usufruto dos índios sobre suas terras, ensejando o acolhimento de parte da impugnação do autor. Note-se que não há falar de nulidade. A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento

⁴⁹⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.142.

⁴⁹⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.142-13.143.

demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance.⁴⁹⁸

O Ministro julgou parcialmente procedente a ação, estabelecendo, na parte dispositiva do voto, “condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras”⁴⁹⁹.

Após o voto do Ministro Menezes Direito, ainda na sessão plenária de 10 de dezembro de 2008, o Ministro Carlos Britto retomou a palavra para afirmar que:

Quero dizer a Vossa Excelência e aos eminentes Pares que, em linha de princípio, também concordo [com as condições colocadas no voto do Min. Menezes Direito para a preservação do decreto homologatório da demarcação], até porque – terei oportunidade de fazê-lo quando o feito retornar – praticamente não há nenhuma dessas condições, nenhuma, que já não se contenha no meu voto. [...] Só tenho dúvida, mas isso também será objeto de uma rediscussão - se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão **extra petita**, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido”.⁵⁰⁰

5.3. O VOTO DA MIN. CARMEN LÚCIA

A Ministra Carmen Lúcia iniciou seu voto também enaltecendo a ação popular, vez que traz questões constitucionais de enorme importância, tanto para o cuidado jurídico da garantia do indigenato quanto para a concepção e prática da federação brasileira.

Após fazer um histórico acerca da legislação indigenista, a Ministra Carmen Lúcia: conclui que:

não se pode deixar de atentar a que a Constituição de 1988 introduz mudança na raiz dos institutos que compõem os direitos constitucionais dos índios. Esta mudança está na concepção que se supera de que os índios teriam respeitados direitos para “vir a compor a comunhão nacional” ou vir a se incluírem nas concepções e práticas civilizatórias, e não como opção – que tanto lhes deve ser assegurado, como é próprio da liberdade humana - , mas como orientação estatal.⁵⁰¹

Sem promover uma integração forçada e como política de estado, a Ministra aponta que é necessário reconhecer o direito dos povos indígenas à terra tradicionalmente ocupada, não os obrigando “às opções feitas por nós outros, como se fossemos os únicos a saber o que vale e o que não vale em toda a dimensão humana”.⁵⁰² Assim, defende que:

⁴⁹⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13143-13144.

⁴⁹⁹ Sobre essas condições, ver capítulo anterior.

⁵⁰⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.149.

⁵⁰¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.176.

⁵⁰² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.177.

[...] os índios tem o direito a participarem do progresso e do desenvolvimento das instituições, dos saberes, das práticas e dos costumes, se tanto e na medida em que tanto quiserem. Não se há se insular os índios, nem se há de a eles impor que venham a crer no que crêem os demais brasileiros, a viver como vivem os que não estejam aldeados, Mas há de se lhes garantirem tais direitos, porque não se quer que os saberes humanos não possam a eles passar, para que possam melhor viver, se tanto entenderem necessário, conveniente e na oportunidade que assim desejarem, sem que isso signifique abrir mão de suas crenças e de suas formas de ver o mundo e de viver no mundo.⁵⁰³

Carmen Lúcia afirma que a participação dos entes federativos no processo de demarcação de terras indígenas é medida que deve ser atendida, de modo a cumprir o devido processo constitucional-federativo, pois os entes federados dispõem e impõem a sua autonomia política, constitucionalmente assegurada, em determinado território, o que implica que a alteração desse território com a demarcação, há que contar com a necessária participação de Estados e Municípios. Ressalva, entretanto, que a necessária participação não significa que “possa ser obstada a demarcação pela só vontade dos entes federados, menos ainda quando se considera que a definição da reserva se dá em cumprimento estrito de norma constitucional”.⁵⁰⁴

Concentrando-se no conflito federativo que deu azo à competência do STF para processar e julgar a Ação Popular n. 3388, a Ministra Carmen Lúcia destaca que “tem-se, pois, que mesmo, historicamente, no constitucionalismo brasileiro, os direitos dos índios às suas terras como ponto de formação e conformação de sua visão de mundo e opção de vida antecedem à Federação Brasileira”.⁵⁰⁵

Diferentemente dos votos precedentes, a Ministra Carmen Lúcia abriu um tópico no seu voto para ressaltar a compreensão dos indígenas da Raposa Serra do Sol, em um exercício de tradução do pensamento deles para o Direito. O trecho em que menciona a importância do Monte Roraima para povos Macuxi, Wapixana, Ingarikó, Patamona, Taurepang merece ser reproduzido:

O monte Roraima, como se sabe, guarda a alma da história das etnias dos índios daquela área. Ali, para eles, teria tido início a ideia de mundo, de vida em abundância. A lenda nunca é inveraz para o que a cria ou o que nela crê e faz dos seus símbolos marcas de sua existência. Lenda só é apenas história para o sem fé. Há enorme diferença entre a fé e os símbolos de cada religião ou crença. Mas se os símbolos não são a vida, são eles sinais dos caminhos que se palmilham para melhor viver, para formar um jeito de viver. Se o Monte Roraima surgiu de Macunaíma e de seu irmão Enxikiráng, filhos do sol, se dele por obra e ação de Macunaíma passaram a brotar os cursos d'água e as possibilidades de cultivo, como crêem os índios, para garantia da abundância e da possibilidade do melhor para a humanidade, ou não, o fato é que aquele ponto marca tanto, indiscutivelmente, a produção cultural, necessária de ser reproduzida por eles e pelos que depois dos atuais vierem, como os seus usos, costumes e ali repousa viva a sua

⁵⁰³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.176.

⁵⁰⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.184.

⁵⁰⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.190.

tradição. Excluir tal espaço da área demarcada equivaleria a botar por terra o que nela há de se manter íntegro e disponível para os que vêem o sol pelos clarões do Monte Roraima. E sem o sol, não há luz. E sem luz, não há vida.⁵⁰⁶

Restringindo-se aos pedidos do autor constante na petição inicial, a Ministra afirmou acompanhar o voto do relator apenas para garantir que a área demarcada mantenha-se íntegra, vez que não vislumbrou qualquer nódoa a eivar de inconstitucionalidade ou de ilegalidade os atos questionados. Nas suas palavras:

[...] nem ao menos comprovei, do exame do que nos autos contem qualquer lesividade ao patrimônio público de entidade estatal, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sem o que nem ao menos se atendem aos requisitos constitucionais para a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da CF).⁵⁰⁷

Não reconhecendo lesividade nos atos impugnados, a ação deveria ter sido julgada totalmente improcedente ou nem conhecida pela Ministra, já que a ela faltava um dos pressupostos básicos para a ação popular com apontei no capítulo anterior, qual seja, a lesão patrimônio público de entidade estatal, ou à moralidade administrativa, ou ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. No entanto, sem realizar nenhum aprofundamento da questão, a Ministra encerra o seu voto do seguinte modo:

acompanho, em parte, o eminente Ministro Relator, com as achegas articuladas pelo insigne Ministro Menezes Direito, para concluir pela validade da Portaria 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005. Daí porque a conclusão não haverá de ser pela improcedência total da ação, uma vez que a acolho para interpretar os termos daqueles atos normativos questionados em conformidade com os preceitos constitucionais, na forma dos seguintes itens que, como listados, distingo da seguinte forma: a) o usufruto das riquezas do subsolo, dos rios, e lagos das terras indígenas não inclui a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, dependentes de autorização do Congresso Nacional, ficando os primeiros sujeitos à sua submissão ao interesse público, nos termos do parágrafo 6 do art. 231 da Constituição; b) o usufruto dos bens das terras indígenas exclui a garimpagem e a faiscação, dependente este, se for o caso, de permissão prévia; c) o usufruto dos bens das terras indígenas pelos índios condiciona-se ao interesse da política de defesa nacional, fixada, sem necessidade de qualquer consulta prévia às comunidades índios ou não, pelo Ministério da Defesa e pelo Conselho da Defesa Nacional, nos termos do art. 91, parágrafo 1, incisos III e IV, da Constituição. Nesse sentido, a atuação dos órgãos competentes, a saber, Forças Armadas e Polícia Federal, na área indígena, no desempenho de suas atribuições, não depende de consulta prévia das comunidades envolvidas e de outros órgãos governamentais; d) a condição de terras caracterizadas como indígenas não impede a atuação do Estado brasileiro para a instalação, preservação e uso de equipamentos públicos, tais como estradas, vias de transportes, construções necessárias à prestação dos serviços públicos de competência dos entes estaduais; e) [...] a atuação dos índios nas áreas de dupla afetação, especialmente no que concerne às áreas de conservação condiciona-se ao ingresso, transito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, sob a

⁵⁰⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.204.

⁵⁰⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.206.

responsabilidade dos institutos reconhecidos pela União; f) nos casos em que a presença de não índios é admitida, veda-se a esses qualquer cobrança de tarifas ou imposições pecuniárias de qualquer grandeza ou natureza ou qualquer outra pelas próprias comunidades; g) é proibida a qualquer pessoa que não tenha a condição de índio caça, pesca, coleta de frutos, atividade agropecuária ou extrativista, nos termos do parágrafo 2º do art. 231 combinado com o art. 18, parágrafo 1, da Lei n. 6001/73. Por essa interpretação, que conforma a interpretação e aplicação dos atos questionados à Constituição, validando-os nesta exata medida, é que julgo parcialmente procedente a ação.⁵⁰⁸

Embora tenha adotado técnica semelhante ao Ministro Menezes Direito, a Ministra Carmen Lúcia apresenta, em seu voto, uma série de condições aos direitos territoriais indígenas, mas de forma que elas só são aplicáveis ao caso concreto, sendo tais condições propostas a fim de interpretar os termos dos atos normativos impugnados pelo autor, quais sejam a Portaria n. 534/2005 e o Decreto de 15 de abril de 2005, afastando-se a ocorrência de nulidade da decisão por ser *extra petita*.

No debate que se seguiu após o voto da Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Gilmar Mendes fez alguns questionamentos porque ela não havia concordado integralmente com o Ministro Menezes Direito, já que, na interpretação de Gilmar Mendes, “está se propondo diretrizes que podem afetar os procedimentos de demarcação”⁵⁰⁹, alargando, assim, as conclusões dos votos de modo a albergar outras demarcações. A Ministra retrucou: “quanto a isso não me oponho. Eu apenas digo: como estou dando uma decisão, um voto judicial numa ação específica para esse caso”.⁵¹⁰ Ficou claro, portanto, que o voto da Ministra diz respeito apenas ao caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, embora não se oponha de as diretrizes fixadas afetarem outros processos de demarcação.

5.4. O VOTO DO MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

Ricardo Lewandowski iniciou seu voto com a seguinte frase: “O Brasil é um país multiétnico e multicultural, que se destaca no conserto das nações por essa rica diversidade”.⁵¹¹ Diversidade essa que deve ser respeitada, sob pena de um empobrecimento da humanidade: “De fato, a progressiva extinção da diversidade cultural, a acelerada homogeneização dos modos de

⁵⁰⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.206-13.208.

⁵⁰⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.209.

⁵¹⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.210.

⁵¹¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.213.

ser e pensar, que se registra hoje no mundo, leva a um empobrecimento da humanidade como um todo, pelo aniquilamento do potencial de inovação que a diferença entre as pessoas propicia”⁵¹².

Relembrando João Mendes Júnior, o Ministro menciona que o fundamento jurídico do reconhecimento dos direitos indígenas no Brasil é o indigenato que, conforme conceitua Manuela Carneiro da Cunha, “é um título congênito da posse territorial, não sujeito a qualquer legitimação, em contraste com a ocupação que é um título adquirido”.⁵¹³

Descartando um modelo apriorístico de federação, o Ministro, rendendo flores a auto-citações, afirma que vivemos em uma era em que vigora o “federalismo cooperativo ou de integração, em que se registra um entrelaçamento de competências e uma partilha de recursos dos diferentes níveis governamentais, provindos predominantemente da União”.⁵¹⁴

Esse modelo de Federação implicaria na gestão compartilhada de bens imóveis da União entre os entes federativos, o que é bastante comum, no tocante às terras indígenas, nas quais se dá a prestação compartilhada dos mais diversos serviços públicos, notadamente na área de educação, saúde, habitação, saneamento e segurança.⁵¹⁵ Nesse sentido, discorda com o Min. Carlos Britto quando este afirma que a gestão das terras indígenas deve ser feita pela União, inclusive contra Estados e Municípios.

No caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Ministro entende que não há o que se falar em afronta ao pacto federativo “quando o que se está em jogo é justamente o exercício de uma competência do governo central, claramente delimitada pela Constituição, mesmo porque as terras em disputa jamais fizeram parte do patrimônio dos Estados-membros, pois sempre foram consideradas bens da União”.⁵¹⁶ Ademais, a Federação encontra fundamento de validade na própria Constituição.

Sobre a possibilidade de demarcação das terras indígenas em áreas de fronteira, o Ministro afirmou que “não há, no texto constitucional, nenhuma restrição à ocupação de quaisquer áreas pelos índios, sejam elas de fronteira ou outras”. Valendo-se de um brocardo

⁵¹² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.216.

⁵¹³ CUNHA, Manuela Carneiro da. op. cit., 1987, p. 160.

⁵¹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.219.

⁵¹⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.223. Cita como exemplo dessa integração harmônica entre os diversos níveis político-administrativos da federação, o Plano Diretor do Município de São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas, aprovado pela Lei Municipal n. 209, de 21 de novembro de 2006, que divide o Território do Município em macrozonas: urbana, rural e das terras indígenas (art. 16), cujo objetivo é exatamente incorporar os direitos indígenas assegurados no ordenamento jurídico nacional no Plano Diretor Local (art. 17).

⁵¹⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.223-13.224.

jurídico, confirmou a sua tese: “e, como se sabe, onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo”.⁵¹⁷

Assemelhando a posse dos indígenas sobre as terras que ocupam com o instituto previsto no art. 1.199 do Código Civil⁵¹⁸, o Ministro menciona que:

Estes [os índios], a rigor, exercem uma posse *sui generis*, ou melhor, uma composesse, não uma posse individual, daí porque – ademais dos imperativos sócio-antropológicos – não pode haver a divisão das terras indígenas em ilhas, pois, se tal ocorresse, teríamos uma posse das terras por índios individualmente considerados, o que seria incompatível com o instituto em tela.⁵¹⁹

Diferentemente dos demais votos, o Ministro Lewandowski abriu um capítulo específico no seu voto para falar do tratamento conferido pelos organismos internacionais aos povos indígenas, entendendo que a Declaração dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas, ao contrário dos votos precedentes, “deve ser entendida como um importante marco jurídico internacional para a proteção dos direitos indígenas” e, embora não possua força vinculante, “ela possui inegável valor hermenêutico, apto a balizar as ações dos Estados no tocante aos respectivos povos indígenas”.⁵²⁰

No entanto, posteriormente, no aditamento do seu voto, o Ministro afirmou compartilhar com as preocupações do Ministro Menezes Direito no que tange à eventual interpretação que se possa dar à declaração em combinação com a Convenção n. 169/89 da OIT.⁵²¹

Acompanhou o voto do relator, complementado pelo pronunciamento do Ministro Menezes Direito, cujas achegas também incorporou a seu voto, no dispositivo da decisão, aderindo integralmente à teoria do fato indígena (“que substitui com vantagem o instituto do indigenato”) e às 18 propostas enunciadas pelo Ministro Menezes Direito. Além disso, deixou consignado que entendia ser “constitucional a demarcação em área contínua, afastando a possibilidade de subdividir a terra indígena em ilhas”.⁵²²

Com relação às condicionantes às quais a Ministra Carmen Lúcia havia apresentado discordância, por entender que elas expressavam o óbvio, o Ministro entendeu por bem mantê-las. Assim, manifestou concordância ao item que estabelecia a vedação de ampliação da área

⁵¹⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.225.

⁵¹⁸ Art. 1.199, do Código Civil de 2002: Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

⁵¹⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.231.

⁵²⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.233.

⁵²¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.237.

⁵²² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.236.

indígena, mantendo também o enunciado que apenas repete o art. 231, § 4º da Constituição “por entender que esse enunciado tem um caráter pedagógico e porque neste momento – a meu ver de forma extremamente adequada – o Supremo Tribunal Federal está fixando o regime jurídico das terras indígenas”.⁵²³

5.5. O VOTO DO MIN. EROS GRAU

O Ministro Eros Grau também proferiu o seu voto nessa assentada, pugnando por reconhecer que o “art. 231 da Constituição do Brasil não excepciona, nem suporta redução em seu vigor normativo, no que tange a elas, as terras [indígenas] situadas em zonas de fronteira”.⁵²⁴

Segundo o Ministro Eros Grau, as terras indígenas como propriedades da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios, são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Assim, “[...] a disputa por terra indígena entre agentes econômicos e índios consubstancia algo juridicamente impossível, pois quando dizemos *disputa* aludimos a uma oposição entre *direitos* e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir *direito* nenhum”.⁵²⁵ (grifos no original).

O Ministro Eros Grau também concorda com o destacado valor que a Petição n. 3388 tem na discussão dos direitos indígenas no Brasil: “este é o mais sério conflito social com o qual me deparei desde que cheguei a esse tribunal em 2004”.⁵²⁶

Acerca do modelo demarcatório adotado para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Ministro menciona que a escolha por uma área contínua se deu:

[...] porque eles, os índios, assim tradicionalmente as ocupavam, em outubro de 1988. Como a terra não é valor que se possui e o espaço é concebido como ilimitado, partilhado com os seres que o povoam – seres humanos e não humanos –, as aldeias das cinco etnias da Raposa Serra do Sol movimentavam-se, movimentam-se, deslocando-se de um ponto a outro por inúmeras razões. Uma delas, não a única, a atinente a circunstância de a agricultura indígena obedecer a necessária rotatividade do solo, de

⁵²³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.239.

⁵²⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.240.

⁵²⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.241. Pontes de Miranda, nos comentários à Constituição de 1946, já afirmava serem “ nenhuns quaisquer títulos, ainda que registrados, contra a posse de silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse”. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, v. IV, p. 218).

⁵²⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.242.

sorte a prevenir seu esgotamento e permitir o plantio pelos grupos domésticos durante todo o ano.⁵²⁷

Propondo um exercício reflexivo crítico sobre o próprio direito e sua função no contexto social, Eros Grau consigna que:

É bem verdade – e tenho insistido neste ponto – que o direito é uma arena em que se joga a luta social, nele prevalecendo as hegemonias de sempre. É bem verdade que o discurso do *texto normativo* está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em *discurso normativo*, isto é, em *norma* [...]. Daí que a Constituição há de ser atualizada pelos chamados *intérpretes autênticos*, os juízes, para que se apresente dotada de força normativa. Por isso – sei bem disso – a interpretação não é apenas do texto da *Constituição formal*, mas também da *constituição real*, hegelianamente considerada. O intérprete da Constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever ser*; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o movimento histórico no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa. Nada disso autoriza, todavia, o intérprete autêntico a ir além dos limites do texto, pena de transformarmos a prática jurisdicional em farsa, exercício de subjetivismo a serviço do arbítrio dos juízes e dos de sempre, que – no caso – nutrem projeto ideologicamente bem definido.⁵²⁸

Diante disso, esperava-se que ele julgasse a ação improcedente em todos os seus termos. No entanto, entendendo que a técnica decisória do Ministro Menezes Direito apenas aclarava a Constituição de 1988, transformando o texto em norma, entendeu por bem julgar a ação parcialmente procedente, concordando com as ressalvas da Ministra Carmen Lúcia.

Quanto à Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, o Ministro afirma que “a autodeterminação e a autonomia dos índios que afirma está atrelada, e por ela limitada, à Constituição do Brasil, não a podendo exceder”.⁵²⁹ Nesse sentido, não haveria razão para que esse instrumento de direito internacional deixasse de ser adotado no Brasil.

5.6. O VOTO DO MIN. JOAQUIM BARBOSA

O Ministro Joaquim Barbosa proferiu seu voto iniciando com a afirmação de que é:

[...] fato incontestável que os grupos indígenas Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona ocupam a região situada no Estado de Roraima objeto da presente ação popular, há tempo suficiente para caracterizar a ocupação como imemorial e tradicional, conforme requer a Constituição no art. 231.⁵³⁰

⁵²⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.245.

⁵²⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.244.

⁵²⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.247.

⁵³⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.248.

O Ministro destacou em seu voto a conclusão exarada a partir da análise dos documentos constantes nos autos de que:

[...] a exploração agrícola, tal como tem sido feita pelos latifundiários na região, tem gerado inúmeros danos ambientais, que poderão se tornar irreparáveis, trazendo prejuízos inimagináveis não somente aos habitantes da região, mas a todo o país. A demarcação da área representa, portanto, não apenas o reconhecimento dos direitos indígenas, mas efetiva proteção ao meio ambiente.⁵³¹

Discordando da tese de que a demarcação contínua decorreria necessariamente da Constituição (como consta do voto do Ministro Carlos Britto), ou dependeria do modo como os indígenas ocupavam a terra na data de 1988 (conforme voto do Ministro Eros Grau), Joaquim Barbosa asseverou que

A opção pela demarcação contínua ou pela demarcação em ilhas insere-se no âmbito da competência discricionária do ente político ao qual a Constituição atribuiu tal mister, baseada nos elementos socioculturais e antropológicos colhidos na área, não cabendo ao Judiciário decidir por esta ou aquela opção.⁵³²

Limitando-se à discussão posta nos autos, o Min. Joaquim Barbosa concluiu pela total improcedência do pedido formulado pelo autor popular.

5.7. O VOTO DO MIN. CEZAR PELUSO

O Ministro Cezar Peluso inicia seu voto realizando dois reducionismos à temática dos direitos territoriais indígenas: um assemelhando a posse indígena ao conceito jurídico civil de posse e dois restringindo essa posse ao aspecto econômico. Nas palavras do Ministro:

Aceito porque me parece absolutamente correta a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas, que é o que o eminente Ministro Menezes Direito chamou de *fato indígena*. Na verdade, o *fato da posse jurídica* na data de início de vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponde praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.⁵³³

A posição do Ministro Cezar Peluso contraria, portanto, todos os votos antecedentes que, embora discordem entre si em alguns pontos, mantem firme a convicção de que a posse indígena é distinta da posse civil, sendo aquela um instituto do Direito Constitucional, como afirmou o Ministro Carlos Britto, e de que essa posse não se limita ao aspecto econômico tendo outros

⁵³¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.253.

⁵³² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.254.

⁵³³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.263.

elementos que precisam ser desnudados à luz da ciência antropológica. Se a posse indígena correspondesse ao conceito de posse civil, limitando-se ainda ao aproveitamento econômico da coisa, não haveria razão a Constituição determinar que essas terras devam ser demarcadas pela União. Bastava uma ação simples de usucapião. Sendo institutos completamente distintos e a posse indígena muito mais complexa é que se faz necessário instituir um procedimento próprio para a demarcação da terra indígena.

Acentua “a inoperância jurídica da Declaração da ONU, de 2007”, porque, de acordo com o Ministro, as disposições dos arts. 3º e 4º, que cuidam de autonomia, autogoverno e expressões análogas, poderiam “alimentar idéias de poder de emancipação dentro do Estado brasileiro”.⁵³⁴ Além disso, nos arts. 26 e 28, haveria referências ao poder que se reconhecera às populações indígenas de controlar as terras e de exigir reparações ao Estado quanto ao uso dessas sem consentimento livre, prévio e informado daquelas. Segundo o Ministro:

[...] tais enunciados não são compatíveis com a ordem constitucional brasileira e, por isso, a Corte faz bem em declarar a inoperância jurídica da Declaração, para dissipar quaisquer dúvidas a respeito e retirar toda base jurídica de sustentação a qualquer movimento ideológico que possa fermentar idéias de quebra da coesão social, de desagregação da nacionalidade e de separação territorial. Negar-lhe, expressamente, força normativa, é medida de cautela para que não possa ser invocada em nenhuma circunstância. E, mais do que isso, para que tal declaração não sirva de pretexto para movimento de opiniões que implicariam riscos que são objeto de preocupação fundada de setores responsáveis pelo País, principalmente das forças armadas.⁵³⁵

Os interesses públicos, tais como, segurança coletiva, coesão nacional e integridade territorial, são, conforme expõe o Min. Cezar Peluso, os interesses supremos da Nação e, como tais, são sempre oponíveis a qualquer grupo, estamento, classe, etc., que compõem o corpo nacional. “Nenhum interesse desses segmentos pode entrar em conflito com os interesses supremos do país, sobretudo quanto ao território superposto que a Constituição, [...] denomina *faixa de fronteira* e que constitui instrumento de resguardo da nossa integridade territorial”.⁵³⁶ Nesse sentido, a demarcação de terras indígenas:

[...] não tolera nenhuma restrição às atividades das Forças Armadas e consistentes – só para exemplificar – em entrar no território, dele sair, nele permanecer, construir unidades, estradas, aeroportos, obras de infraestrutura, fiscalizar, intervir, assentar-se, reprimir, integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas.⁵³⁷

⁵³⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.266.

⁵³⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.266.

⁵³⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.267.

⁵³⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.268.

Para realizar tais atividades, as Forças Armadas, de acordo com orientação do julgador, não dependerão de “prévia autorização, assentimento, nem consentimento das populações indígenas”. Isso porque, dentre outras razões, “há algumas populações que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional”.⁵³⁸ O sentido de aculturação expresso no voto do Ministro pode ser compreendido como o processo através do qual os povos indígenas vão perdendo seus elementos e fundamentos culturais, passando a adotar a cultura envolvente ocidental, indo de um estágio menos evoluído para outro mais evoluído. Nesse processo, as Forças Armadas teriam um papel fundamental, integrando as populações indígenas à sociedade nacional.

Sobre o regime de dupla afetação entre terras indígenas e unidades de conservação ambiental, o Ministro Cezar Peluso escreveu:

vejo incompatibilidade absoluta de regimes jurídico-constitucionais entre a defesa das populações indígenas e a defesa da riqueza, da biodiversidade, do patrimônio genético, do meio ambiente, enfim, de tudo aquilo que é objeto da tutela constitucional das chamadas reservas de proteção integral.⁵³⁹

Nesse sentido, entende ser necessária a exclusão de:

[...] qualquer participação das populações indígenas em área que, para mim, está sujeita a um único regime jurídico, o regime jurídico previsto no art. 225 da Constituição e na lei própria, a Lei n. 9985, e que é absolutamente incompatível com o disposto no art. 3º e alguns parágrafos do Decreto que homologou a demarcação [...].⁵⁴⁰

Destacando o fato de que o Supremo Tribunal Federal estava, ao julgar a Ação Popular n. 3388, desenhando um estatuto jurídico das terras indígenas no Brasil, o Ministro Cezar Peluso afirmou que:

a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou **leading case**, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema. [...] Isso vale, principalmente, em relação às novas demarcações, que envolvem um complexo de interesses, direitos e poderes de vários sujeitos jurídicos, seja de direito público, seja de direito privado, envolvendo basicamente, questões de Segurança Nacional no sentido estrito da expressão.⁵⁴¹

As implicações político-jurídicas que a decisão na Ação Popular n. 3388 terá não só para as presentes demarcações, mas também as futuras e as pretéritas, justificam, conforme aponta o

⁵³⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.268.

⁵³⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.269-13.270.

⁵⁴⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.275.

⁵⁴¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.271.

Ministro Cezar Peluso, a inspiração do Ministro Menezes Direito “ao fugir um pouco, vamos dizer assim, das técnicas tradicionais de comandos ou disposições decisórias, com o propósito de deixar clara a postura da Corte a respeito das questões ora suscitadas e prevenindo outras que possam surgir em demarcações futuras”.⁵⁴²

O Ministro afirma concordar com a demarcação contínua simplesmente porque não encontrou “elementos retóricos suficientes para estimar que essa situação subjacente não corresponde à ocupação efetiva na data prevista pela Constituição”.⁵⁴³ Nesse sentido, julga parcialmente procedente a ação, passando a tecer comentários sobre os enunciados apresentadas no voto do Min. Menezes Direito.

Com relação ao item 9, o Ministro Cezar Peluso considera que não contraria:

[...] o espírito da proteção constitucional, nem sequer as necessidades das populações indígenas no processo de integração e aculturação, que se permitam parcerias e negócios jurídicos análogos que não impliquem perda dessa posse, nem da sua exclusividade, mas que estimulem a interação no processo civilizatório como tal. Em outras palavras, eu abriria exceção para parcerias com as populações indígenas.⁵⁴⁴

Em relação ao item 17, segundo o qual “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”, o Ministro entende a necessidade de mantê-la, contrariando o posicionamento da Ministra Carmen Lúcia:

[...] não apenas pela circunstância de significar reafirmação do *fato da posse indígena* na data da Constituição, ou seja, a posse encontrada naquela data e objeto de demarcação, mas também para efeitos futuros, no sentido de que algumas áreas já demarcadas separadamente não podem ser objeto de nenhum movimento tendente a reagrupá-las em áreas contínuas. Isto é, reconhecido o *fato da posse* naquela data e demarcada a área respectiva, a demarcação é insuscetível de qualquer modificação, não obstante a mim me pareça que o constituinte derivado não estará jungido a manter tal situação, quando as populações indígenas se tiverem integrado, de modo que as demarcações já não tenham nenhum sentido econômico, jurídico, nem político, que é o que se espera. Afinal de contas, atrás da decisão desta causa, não pode estar a ideia – que me parece absurda – de que o progresso da civilização seja coisa tão perversa que os índios devam ficar-lhe à margem.⁵⁴⁵

Na compreensão do Ministro, a demarcação de terras indígenas só é possível para indígenas isolados e não aculturados, sendo uma condição transitória até eles atingirem o pleno estágio de indígenas integrados à civilização nacional. Essa interpretação dos direitos territoriais

⁵⁴² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.273.

⁵⁴³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.264.

⁵⁴⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.274.

⁵⁴⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.276.

indígenas não encontra mais amparo desde a Constituição de 1988, que inaugura um novo tempo para os povos indígenas e um Estado fundado na diferença.

Além das condicionantes já mencionadas, o Ministro propõe uma reavaliação no processo de demarcação no que tange à presença de Estados e Município:

[...] embora a Constituição tenha estabelecido como terras da União o que ainda deva ser demarcado, não se pode desconhecer [que] essa demarcação, posterior e apurável apenas no futuro, representa sempre desfalque a área do Estado e também dos municípios. [...] isso tem repercussões cuja consideração impõe que os Estados e municípios participem das comissões de demarcação.⁵⁴⁶

Coroando uma interpretação assimilacionista e evolucionista apresentada ao longo do voto, o Min. Cesar Peluzo, ao final, conclui que:

[...] se o Estado brasileiro continuar a omitir-se no apoio indispensável às populações indígenas, de pouco ou de quase nada valerão as recomendações, as observações e as disposições desta decisão. Se as populações indígenas não contarem com a presença efetiva – e cada vez mais crescente – do Estado no seu desenvolvimento, no resguardo dos seus direitos, no respeito das suas posses, enfim na garantia daquilo que a Constituição chama de sua organização social e dos seus costumes, estarão condenadas, por omissão, a permanecer em estado primitivo de sobrevivência.⁵⁴⁷

5.8. O VOTO DA MIN. ELLEN GRACIE

A Ministra Ellen Gracie logo no início do seu voto dissipa a questão polêmica em torno da técnica usada pelo Ministro Menezes Direito para fazer consignar no dispositivo da decisão por ele exarada uma série de tópicos que se revestem em restrições a direitos territoriais indígenas:

Inicialmente pensava, visto que o objeto da ação diz respeito apenas à desconstituição de uma demarcação já realizada, que poderíamos estar excedendo o pedido original. No entanto, as ponderações colocadas pelos Colegas me convencem de que, efetivamente, esse é o melhor caminho a ser seguido pela Corte, ainda mais numa matéria de tanta delicadeza.⁵⁴⁸

Afirma, então, subscrever a técnica utilizada pelo Ministro Menezes Direito, já que fazendo constar no próprio dispositivo esses elementos, a Ministra entende que o Supremo estaria dando um norte, “uma definição de como proceder e de como encarar a questão de demarcações de terras indígenas, daqui para diante”.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.272.

⁵⁴⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.277-13.278.

⁵⁴⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.279.

⁵⁴⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.279.

Essas condicionantes ao exercício do direito de posse exclusiva e ao usufruto permanente pelas populações indígenas sobre as terras de propriedade da União, entende a Ministra Ellen Gracie, são as mesmas que se impõem a todos os brasileiros.⁵⁵⁰

Ocorre que não podemos tratar de forma igual quando a própria Constituição quis tratar diferente. No caso, as restrições ao usufruto indígena não podem ser consideradas do mesmo modo que as limitações ao direito de propriedade do Direito Administrativo. Exemplificando, se há desapropriação de um imóvel, é possível que dentro da nossa lógica cultural nós nos mudemos para outro lugar, já que o espaço cultural pode estar presente no imóvel desapropriado e no outro local de morada. Mas dentro do contexto cultural indígena, o lugar não é só espaço de morada, não havendo como o território ser gravado de ônus sem que isso implique em uma pesada ofensa aos alicerces culturais de um povo.

5.9. O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

O Ministro Marco Aurélio apresentou o seu voto-vista, suscitando, preliminarmente, a nulidade do processo, apresentando vícios processuais da Ação Popular no âmbito do STF, por ofensa aos arts. 6º da Lei 4717/65, tendo em conta a ausência de: 1) citação das autoridades que editaram a Portaria n. 534/05 e o Decreto de homologação; 2) citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; 4) citação de todas as etnias indígenas interessadas; 5) produção de prova pericial e testemunhal; 6) citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo.

A arguição desses vícios processuais externou a preocupação do Ministro Marco Aurélio de seguir o rito processual previsto da Ação Popular no STF, o que, segundo, ele não foi respeitado nessa ação. Ocorre que quando do julgamento da questão de ordem proposta pelo Ministro Carlos Britto sobre o ingresso do Estado de Roraima, dos ocupantes não índios, das etnias interessadas no feito, o Ministro Marco Aurélio votara no sentido de permitir a participação na ação popular desde que como assistentes simples, recebendo o processo no estado em que se encontrava e não como autores, réus ou litisconsorte ativo ou passivo, sendo contraditório com sua posição anterior alegar nulidade do processo por ausência de citação.

⁵⁵⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.281.

Adotando a compreensão de que os direitos indígenas devem ser interpretados em conjunto com os demais dispositivos da Constituição que com aqueles eventualmente entrem em conflito, o Ministro Marco Aurélio aponta que:

é certa a necessidade de interpretação dos dispositivos que conferem proteção aos índios em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a favorecer a integração social e a unidade política em todo o território brasileiro. O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a natural miscigenação, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso.⁵⁵¹

Miscigenação, encontro de “raças”, convívio harmônico e inexistência de ambiente belicoso são elementos que só podem fazer parte de um senso comum científico⁵⁵² que não se opera na realidade brasileira. O próprio caso em julgamento é prova que não houve convívio harmônico nem tampouco inexistência de conflito belicoso e que a miscigenação foi estratégia de colonização do território.

Segundo o Ministro, “o pano de fundo envolvido na espécie é a soberania nacional, a ser defendida passo a passo por todos aqueles que se digam compromissados com o Brasil de amanhã”.⁵⁵³ Adotando a soberania como valor preponderante no caso, o Ministro Marco Aurélio discorda do Min. Carlos Britto, quando este afirmou que o pano de fundo da ação era o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, os quais eram consequência de um constitucionalismo fraternal, calcado em uma igualdade material que pressupunha a adoção de ações afirmativas. Para Marco Aurélio, “que a visão romântica, calcada em resgate de dívida caduca – e porque não falar dos quilombolas -, seja alijada deste julgamento”.⁵⁵⁴

Cita que no julgamento do Mandado de Segurança n. 24045, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, foi voto vencido, vez que entende ser necessário, “como é exigido pela Constituição Federal”, que desde o início do procedimento administrativo deve ser garantido o

⁵⁵¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.343. Sobre o conceito de raça, Manuela Carneiro da Cunha assevera que ele, entendido como uma subdivisão da espécie, que apresenta caracteres comuns hereditários, foi uma categoria abandonada não só enquanto critério de pertinência a grupos sociais, como também enquanto conceito científico. (CUNHA, Manuela Carneiro da. op. cit., 1987, p. 111). Para estudo mais aprofundado da temática consultar LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e História**. Coleção Os Pensadores, vol. L, São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁵⁵² Por senso comum teórico dos juristas, Luís Alberto Warat designa o conjunto de crenças, fetiches, valores e justificativas que são legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Corresponde, ainda, a “um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estatísticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica”. (WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: SAF, 1994, p. 57).

⁵⁵³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.344.

⁵⁵⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.348.

contraditório e a ampla defesa. Embora os incisos LIV e LV do art. 5º estabeleçam apenas que a todos é garantido o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, estando a legislação recheada de exemplos em que esse contraditório é diferido ou limitado, como ocorre, por exemplo, na própria desapropriação de bens imóveis, em que o particular nem o ente federativo (em se tratando de desapropriação de bem do Estado ou município desapropriado pela União, por exemplo) participam desde o início do procedimento. A declaração do imóvel como sendo de utilidade pública ou de interesse social é ato que diz respeito apenas a entidade desapropriante, sendo o contraditório limitado à discussão do valor da desapropriação.

Embora use os termos “silvícolas” e “reserva”, ultrapassados tanto no contexto antropológico quanto do direito constitucional e internacional, o Ministro lança mão de dispositivos recentemente adotados no Brasil, constantes da Convenção n. 169/89 da OIT. Tratando sobre o direito de consulta, afirma que:

surge incontroversa a necessidade de consulta a todas as comunidades envolvidas na demarcação. O estágio de aculturação talvez tenha avançado de tal maneira que não mais interessa o total isolamento do povo indígena, de forma a viabilizar a vida como em tempos ancestrais. Não cumprir o dever de consulta pode vir a provocar maior lesão aos direitos humanos, pois parte-se da premissa errônea de que todas as comunidades desejam o isolamento.⁵⁵⁵

Mais a frente continua:

A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. A partir da colonização, passando pelo Império e chegando aos dias atuais, isso tem sido uma constante. Na primeira época, houve até mesmo ato do Marques de Pombal voltado à miscigenação, estimulando-se o estabelecimento de relação carnal e sentimental entre portugueses e índias. Como efeito dessa política, notou-se com o decorrer dos anos, o avanço intelectual de descendentes de índios [...] Como então, no século XXI, considerados os avanços culturais de toda ordem, cogitar-se de isolamento da população indígena, procedendo-se à delimitação territorial contínua para afastar-se da área os não índios? O retrocesso é flagrante, não se coadunando com os interesses maiores de uma nacionalidade integrada.⁵⁵⁶

Aqui o Ministro apresenta interpretação semelhante aos votos precedentes no sentido de que a demarcação de terras indígenas só se faz possível no caso de indígenas isolados. Dependendo do estágio de aculturação, não faria mais sentido demarcar-se uma terra como tradicionalmente ocupada por indígenas. Essa interpretação, como demonstrei, é equivocada, não se coadunando com a Constituição Federal de 1988. No entanto, de forma inovadora, o Ministro usa o direito à consulta como um reforço argumentativo não observando a contradição nesse

⁵⁵⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.361-13.362.

⁵⁵⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.381-13.382.

processo. Sendo um direito à consulta um instrumento de autonomia dos povos indígenas, reconhece-se com ele a plena capacidade de todos os povos independente de mais ou menos contato com a sociedade envolvente. Assim, sob a premissa de proteção aos direitos indígenas, o Ministro acaba por negá-los.

Distinguindo de muitos argumentos apresentados pelos Ministros nos votos anteriores, o Ministro Marco Aurélio aponta que “há sim a obrigação de o país demarcar as terras indígenas – o que, alias é exigido pela própria Constituição Federal -, mas não existe um modelo demarcatório claramente definido, contínuo ou em ilhas [...]”.⁵⁵⁷

Reconhecendo a importância do “direito humano à proteção da propriedade privada”⁵⁵⁸, o Ministro afirma ser “favorável à demarcação correta [...], mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da óptica do resgate de dívida histórica, simplesmente histórica – e romântica, portanto, considerando o fato de o Brasil, em algum momento, haver sido habitado exclusivamente por índios”.⁵⁵⁹

O Ministro Marco Aurélio discorda da teoria cunhada pelo Ministro Menezes Direito do fato indígena da ocupação, a ser observado na data da promulgação de 1988. Justifica valendo-se do argumento de que é muita terra para pouco índio:

[...] difícil é conceber o chamado fato indígena, a existência de cerca de dezenove mil índios em toda a extensão geográfica da área demarcada – uma área doze vezes maior que o Município de São Paulo, em que vivem cerca de onze milhões de habitantes. Para mim o enfoque até aqui prevalecente soa desproporcional a discrepar, a mais não poder, da razoabilidade. E tudo, repito à exaustão, resultando de um processo demarcatório cujos elementos coligidos se mostram viciados, como se não vivêssemos em um Estado de Direito.⁵⁶⁰

Ao realizar a comparação entre a ocupação dos indígenas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a ocupação da cidade de São Paulo, o Ministro incorre no vício de querer aplicar o modelo de sociedade envolvente (capitalista ocidental) a sociedades que se baseiam em outros modos de ser, fazer e existir. A isso se chama discriminação cultural.

Restringindo o conceito constitucionalmente adotado de terras indígenas ao conceito de posse, o Ministro afirma que:

uma coisa é dar-se a verificação da posse pelos indígenas em 1988 e preservá-la, impedindo-se a permanência de terceiros. Outra diversa, que não se coaduna com os ditames constitucionais, que a todos submetem, é fazer-se a demarcação contínua e, aí,

⁵⁵⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.378.

⁵⁵⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.378.

⁵⁵⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.379.

⁵⁶⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.380.

em área de tamanho incompatível com o conceito de posse, chegar-se à exclusão dos que não sejam considerados, na via direta ou indireta, indígenas.⁵⁶¹

Para o Ministro, a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol tem o propósito de harmonizar-se “com as diversas sinalizações internacionais de cunho separatista. Não se pode mesmo crer que, em 1988, número limitado de indígenas ocupasse, de forma contínua, área tão vasta”.⁵⁶² Ao mesmo tempo em que considera muita terra para pouco índio, o Ministro, dando relevo ao aspecto econômico, ressalta que “os dados econômicos apresentados demonstram a importância da área para a economia do Estado, a relevância da presença dos fazendeiros na região”.⁵⁶³ O argumento, nesse outro pólo, não é de que seria muita terra para poucos fazendeiros.

Citando o seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 219983/SP, julgado em 9 de dezembro de 1998, que serviu de fundamento para edição da Súmula n. 650 do STF, o Ministro Marco Aurélio, que era o relator dessa ação, entendeu que:

[...] nas previsões das Cartas pretéritas e na da atual, no que alude a “...terras que tradicionalmente ocupam ...”, é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerando não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. [...] Atente-se para a definição, no que, ante a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, mais uma vez homenageou a realidade.⁵⁶⁴

Citando outro voto por ele proferido no Mandado de Segurança n. 21575/MS, “[...] a atual Carta não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo transcorrido desde que as deixaram”.⁵⁶⁵ Sem realizar as ressalvas constantes no voto do Ministro Carlos Britto, o Ministro Marco Aurélio legitima, com a sua interpretação, esbulhos praticados nas terras indígenas.

Esquemáticamente, o Ministro, quanto ao mérito, arrolou os seguintes argumentos: a) nulidade do procedimento administrativo, por violação dos decretos n. 22/91 e 1775/96, considerada a não participação de todos os interessados – ofensa ao contraditório e à ampla defesa; b) nulidade do procedimento administrativo, por violação dos decretos n. 22/91 e 1775/96, considerando o fato de o relatório do grupo interdisciplinar ter sido assinado por uma

⁵⁶¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.405.

⁵⁶² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.402-13.403.

⁵⁶³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.379.

⁵⁶⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.409.

⁵⁶⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.414.

única pessoa, a antropóloga Maria Guiomar de Melo, representante da Funai; c) prejuízo à economia do Estado de Roraima, caso a demarcação da Reserva Indígena ocorra em área contínua; d) instabilidade quanto à segurança nacional, tendo em vista a faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela e Guiana; d) ofensa ao equilíbrio federativo, presente o fato de a área demarcada ocupar grande parte do território do Estado de Roraima. Como se observa, o Ministro reafirma todos os argumentos autorais reforçados pelo Estado de Roraima.

Ao final, julgou procedente o pedido do autor, fixando, à semelhança do voto do Ministro Menezes Direito, parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, porquanto nula a anterior: a) audiência de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) audiência de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima, bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; e) audiência do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

5.10. O VOTO DO MIN. CELSO DE MELLO

Após o voto do Min. Marco Aurélio, o Min. Celso de Mello votou, entendendo que a causa encontrava-se formalmente em ordem sem vícios aptos a invalidá-la.

Antes de sua conclusão, tece argumentação voltada para distinguir a posse do direito civil e a posse indígena. Citando a peça jurídica que foi elaborada pelo ministro Gilmar Mendes, quando Procurador da República, ao oferecer, em nome da União Federal, contestação na ACO 362/MT, cujo relator era o Min. Djacir Falcão, afirma o Ministro Celso de Mello que a posse a que se refere o preceito constitucional não pode ser reduzida a conceito de posse do Direito Civil, já que abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda área por eles habitada, utilizada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural. Por esse motivo

a propriedade das terras indígenas outorgada à União nasce com o objetivo de mantê-las reservadas aos seus legítimos possuidores, sendo determinação que também se dirige ao futuro.

Sobre a importância do direito dos povos indígenas à terra que tradicionalmente ocupam, o Ministro Celso de Mello afirma que:

emerge, claramente, do texto constitucional, que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.⁵⁶⁶

No que tange à possibilidade de demarcação de terras indígenas em área de fronteira, entendeu o Ministro que esse fato “não impede nem atua como obstáculo jurídico a que sejam demarcadas, administrativamente, pela União Federal”.⁵⁶⁷ Entretanto, por constituir a faixa de fronteira área indispensável à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional, o Ministro Celso de Mello entende justificadas “todas as medidas preconizadas no voto que eminente Ministro Menezes Direito proferiu nesta causa, notadamente aquelas concernentes à desnecessidade de prévia autorização da Funai ou de consulta às comunidades tribais interessadas”.⁵⁶⁸

Temendo que o reconhecimento como terras indígenas “de extensas áreas localizadas no Estado membro”, possam vir a comprometer a incolumidade jurídica do Estado federal brasileiro, o Ministro Celso de Mello alegou a necessidade de

rígido controle jurisdicional, quando regularmente provocado por quem se julgue injustamente lesado, do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas – sem prejuízo da possibilidade, na fase administrativa do procedimento demarcatório, de prévia audiência pública, com ampla participação das unidades federadas interessadas[...].⁵⁶⁹

Discordando do Ministro Joaquim Barbosa que entendia que o modelo demarcatório – contínuo ou em ilhas – integrava o mérito administrativo e portanto insuscetível a controle jurisdicional, o Ministro Celso de Mello propugnou a necessidade de um rígido controle jurisdicional, criando, ainda, outra fase no processo de demarcação, qual seja a prévia audiência pública com participação de todas as pessoas federadas.

⁵⁶⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.456.

⁵⁶⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.458.

⁵⁶⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.459.

⁵⁶⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.462-13.463.

Ao final, o Ministro Celso de Mello julgou parcialmente procedente a ação, nos termos dos votos já assentados do relator o Min. Carlos Britto e do Ministro Menezes Direito.

5.11. O VOTO DO MIN. GILMAR MENDES

O Ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal à época, foi o último a votar. Nesse momento, o julgamento já estava definido no sentido de manter a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol conforme declarado na Portaria n. 534/2005 e homologado no Decreto de 15 de abril de 2005. A decisão, no entanto, a partir da técnica consignada no voto do Ministro Menezes Direito, concluía pela procedência parcial do pedido, elencando dezoito condições aos direitos territoriais indígenas. Nesse contexto de definições, o Ministro Gilmar Mendes votou.

Destacando a importância do caso, o Ministro mencionou que:

o caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difíceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional.⁵⁷⁰

Anunciando, desde o início sua pretensão de aplicar a decisão no caso Raposa Serra do Sol a outras demarcações de terras indígenas no país, o Ministro afirma que

a decisão que tomamos hoje, portanto, deve também estar voltada para o futuro. Não devemos apenas mirar nossa atenção retrospectiva para quase três décadas de conflitos nesse difícil processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Devemos, isso sim, deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento dos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam.⁵⁷¹

Embora destaque o contínuo reconhecimento dos povos indígenas, a decisão vinha se configurando no sentido de implicar em restrições ao usufruto exclusivo e à posse permanente reconhecida aos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que não deixa de ser considerado pelo Ministro: “Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros para que o Estado Brasileiro – não apenas a União, mas a federação em seu conjunto – efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação”.⁵⁷²

⁵⁷⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.488.

⁵⁷¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.488.

⁵⁷² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.488.

O voto do Ministro Gilmar Mendes é bem particular em relação aos demais votos, tendo em vista que ele traz elementos da vida pessoal do Ministro que se cruzam com a temática indígena: dos tempos de colégio ao ano de 1987, quando discutiu, na Procuradoria Geral da República, a questão do Parque Indígena do Xingu.⁵⁷³ Posteriormente, no Governo Fernando Henrique Cardoso, estando o Ministro Nelson Jobim na gestão do Ministério da Justiça, se desenhou no STF a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 22, que regulamentava o procedimento demarcatório, porque ele não assegurava o contraditório e a ampla defesa. Isso se repercutia sobre os casos já homologados, sobre as demarcações já efetuadas como também sobre as demarcações em curso. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes comenta a importância que teve assessorando o Ministro Nelson Jobim na elaboração do Decreto n. 1.775/96, que criou uma nova fase no procedimento de demarcação: a do contraditório.⁵⁷⁴

No entanto, mesmo após a edição do Decreto n. 1.775/96 diversos processos foram ajuizados, alegando nulidade do procedimento demarcatório por parcialidade dos membros dos grupos de trabalho e ofensa ao contraditório e à ampla defesa nas demarcações de terras indígenas⁵⁷⁵. Contrariando sua própria obra, o Ministro Gilmar Mendes escreve que:

o tratamento conferido à questão pelos Decretos n. 22/91 e n. 1.775/96 parece, todavia, não ser o mais adequado ao atendimento das exigências constitucionais constantes do art. 5º, LIV, LV, e 231 da Constituição, devendo, pois, ser reformulado, de modo a reduzir a margem de subjetividade inerente ao procedimento de demarcação de terras indígenas. Isso porque, não obstante a demarcação se destine à efetivação (estabelecimento de limites) do direito originário dos índios à posse permanente das terras por eles tradicionalmente ocupadas, é indubitável que essa atividade confere a quem a realiza certa margem de discricionariedade (mesmo que limitada) na interpretação dos dados apurados e na definição de critérios que nortearão o trabalho. [...] com a finalidade de reduzir a parcialidade e a subjetividade dos trabalhos, necessária se faz a sua elaboração por mais de um profissional de qualificação reconhecida, de modo a possibilitar a “junção de perspectivas ou de horizontes”, mitigando, assim a possibilidade de que convicções pessoais ou ideológicas possam determinar os rumos dos trabalhos.⁵⁷⁶

⁵⁷³ Tratava-se da Ação Cível Originária n. 362, proposta perante o STF, em que se reivindicava a anulação de toda a demarcação do Parque Indígena do Xingu ou a correspondente indenização para o Estado do Mato Grosso, alegando-se que a posse indígena deveria coincidir com o conceito de posse do direito civil, conforme jurisprudência firmada na Ação Cível Originária n. 278. O Ministro Gilmar Mendes, à época integrante dos quadros da Procuradoria da República, elaborou a defesa da União no referido processo, defendendo um conceito de posse indígena nas suas múltiplas dimensões, representando um regresso à noção de que ela envolvia a ideia de um *habitat* de valores culturais, conforme jurisprudência do STF, firmada nos votos dos Min. Victor Nunes Leal, Hermes Lima e outros.

⁵⁷⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.492-13.494.

⁵⁷⁵ Esses processos tem recebido decisões desfavoráveis no STF, a exemplo do Mandado de Segurança n. 24045/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁵⁷⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.501-13.502.

Reforçando a condicionante consignada no voto do Ministro Menezes Direito sobre a impossibilidade de vedação de ampliação de terras indígenas demarcadas, o Ministro Gilmar Mendes afirma que essa impossibilidade de revisão do procedimento demarcatório decorreria da coisa julgada administrativa.

Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. No entanto, caso se faça a necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público, como bem salientado no percuciente voto do Ministro Menezes Direito. Não obstante parte considerável da jurisprudência e da doutrina entenda de forma diversa, afirmando a inexistência de coisa julgada ou preclusão no procedimento administrativo demarcatório, o entendimento aqui defendido se revela coerente com o *princípio da segurança jurídica*, haja vista a necessidade de se resguardar a previsibilidade das relações jurídicas e a tranqüilidade social nas áreas contíguas à demarcada.⁵⁷⁷

A tese da coisa julgada administrativa não encontra respaldo no nosso ordenamento jurídico, havendo dispositivo expresso em sentido contrário no art. 53 da Lei 9.784/99, que garante à Administração Pública o direito de rever seus próprios atos. Muito menos respaldo na jurisprudência do STF, que sumulou o princípio da auto-tutela administrativa na Súmula 473, do STF. No entanto, como afirma o Ministro, a impossibilidade de revisão é coerente com o princípio da segurança jurídica que, afirme-se, é um princípio que só ampara a nossa forma de fazer direito, deixando-se, portanto, em um plano subalterno os usos, costumes e tradições que a Constituição reconhece aos povos indígenas.

Segundo o Ministro, a regra deve ser de que o exercício do poder dever conferido à Administração Pública de rever seus próprios atos eivados de ilegalidade não pode elidir o dever de proteção à confiança e boa-fé dos administrados diante de situações jurídicas criadas pelo Poder Público. Nesse sentido, “a prevalência do princípio da ilegalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido”.⁵⁷⁸ Ainda que se admita a tese de proteção da confiança consagrada pelo Ministro, é preciso destacar que muitas ocupações em terras indígenas decorreram de ilegalidades praticadas, como a expulsão dos indígenas de sua

⁵⁷⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.504.

⁵⁷⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.505.

terra tradicional, não podendo o Poder Público beneficiar a torpeza desses ocupantes, excluindo essas áreas das demarcações das terras indígenas. Ademais, eventual ato do Poder Público que gere boa-fé e confiança do administrado poderia se resolver em ação específica de indenização.

Após longas e várias citações ao direito alemão, o Ministro ressalta que não está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. “A revisão deve estar restrita as hipóteses excepcionais, ante a constatação de *grave e insanável* erro na condução do processo administrativo e na definição dos limites da terra indígena”.⁵⁷⁹ Ocorre que esse grave e insanável erro não diz respeito às necessidades dos povos indígenas, já que mais à frente esclarece: “não se pode admitir a possibilidade de que, a qualquer momento, sejam ampliados os limites das terras indígenas já demarcadas, sob a alegação de que as necessidades dos grupos autóctones não foram corretamente aquilatadas à época da demarcação ou de que novos interesses teriam surgido após a sua conclusão”.⁵⁸⁰

O Min. Gilmar Mendes entendeu que pelo fato de o art. 1º, inciso I, da CF, apontar a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ele constitui vetor de interpretação de todas as demais disposições constitucionais, inclusive as relacionadas à demarcação e posse permanente de terras indígenas⁵⁸¹, adotando, portanto, tese de princípios que, aprioristicamente, teriam maior valor normativo e interpretativo que outros. Justifica esse argumento com base no art. 231, § 1º, da Constituição, segundo o qual, se evidenciaria que:

toda a proteção constitucional conferida aos índios é condicionada ao interesse da soberania do País, ora em grau maior, como nas excepcionais hipóteses do artigo mencionado, ora em grau menor, em que outras soluções jurídicas são possíveis para a harmonia e concordância prática desses valores constitucionais.⁵⁸²

No sentido de condicionar os direitos territoriais indígenas à soberania do país, o Ministro lista algumas limitações ao exercício desses direitos: a) necessidade de observar as restrições de ocupação inerentes às áreas de defesa das fronteiras nacionais em faixa de fronteira brasileira, ou seja, respeitar o especial regime de administração ali existente⁵⁸³; b) proibição do exercício impróprio do poder de polícia na área demarcada, seja em rodovias, seja incidente sobre bens públicos, que não aqueles sob os quais detém a posse permanente e usufruto⁵⁸⁴; c) proibição

⁵⁷⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.509.

⁵⁸⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.511.

⁵⁸¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.514.

⁵⁸² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.516.

⁵⁸³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.522.

⁵⁸⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.523.

da garimpagem e a faiscação nas terras demarcadas como indígenas, não integrando o usufruto dos índios, por expressa vedação da Lei n. 7.805, de 18 de julho de 1989⁵⁸⁵; d) proibição de limitação do tráfego de pessoas em rodovias públicas, com barricadas ou com a imposição de quaisquer condições de acesso; e) “também não se pode restringir a utilização e funcionamento de equipamentos e instalações públicas, em detrimento do interesse público concretizado na defesa da integridade soberana do patrimônio público e da adequada prestação de serviços públicos porventura vinculados a tais bens”.⁵⁸⁶

Contrariando jurisprudência da própria Corte, no Mandado de Segurança n. 25483-1/DF, de relatoria do Ministro Carlos Britto, o Ministro Gilmar Mendes afirma para demarcações futuras que envolvam áreas de fronteira, “a manifestação do Conselho de Defesa Nacional deve ser colhida, tendo em vista a relevância geopolítica da questão e as implicações sobre a segurança e a soberania nacionais”.⁵⁸⁷ Segue, em outro momento, afirmando que “a ausência de manifestação [do Conselho de Defesa], nesses casos, poderá significar uma contrariedade à Constituição”.⁵⁸⁸

Acerca das áreas de dupla afetação, o Ministro estabelece que a ocupação indígena deve observar restrições no que, eventualmente, for incompatível com o especial regime de administração das unidades de conservação. Dentre essas restrições, o Gilmar Mendes destaca a necessidade de que os órgãos ambientais (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e, eventualmente, órgãos estaduais ou municipais) delimitem as regras ambientais próprias da unidade de conservação e comuniquem às comunidades indígenas, com auxílio da Funai, para que aquelas tomem conhecimento e participem do processo de conservação ambiental, que é exigido constitucionalmente a todos os brasileiros (índios e não índios).⁵⁸⁹ Isso, de acordo com o Ministro, estaria de acordo com o disposto na Convenção n. 169/89 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais:

É preciso deixar claro que a consulta e comunicação, como o auxílio da FUNAI, às comunidades indígenas é fundamental, inclusive para que elas manifestem sua opinião e

⁵⁸⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.523. Complementa: “diante de constatada superposição de terra indígena em área integrante de faixa de fronteira, na qual se permite excepcionalmente a garimpagem, ressalto que eventualmente seja possível, tão somente em razão dessa peculiaridade, a garimpagem e faiscação a ser realizada com autorização do Estado, mas nunca pelas comunidades indígenas, desde que haja aprovação do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do art. 23, alínea “b” da Lei 7805/93”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.523).

⁵⁸⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.523.

⁵⁸⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.497.

⁵⁸⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.525.

⁵⁸⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.527.

contribuam para a construção conjunta de metas e restrições de uso das terras, a garantir a proteção ambiental das áreas de unidades de conservação.⁵⁹⁰

Destaque-se que o direito de consulta, de acordo com o Ministro, mais corresponderia a um mero direito à informação e a comunicação, sendo posterior à adoção das regras ambientais pelos órgãos responsáveis. As comunidades indígenas, nesse processo, seriam apenas receptoras das normas, sobre as quais elas não deram assentimento prévio. Nesse sentido, o Ministro deixa claro que “isso não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade”⁵⁹¹. A participação seria apenas um elemento adicional ao êxito do processo decisório de administração ambiental de unidades de conservação.⁵⁹²

Sobre a possibilidade de aplicação da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o Ministro entende-a aplicável ao Brasil, desde que ela se submeta ao filtro interpretativo da Constituição Federal, não podendo servir de parâmetro para fomentar direitos de secessão ou autonomia política no âmbito internacional, referindo-se exclusivamente ao direito de autodeterminação cultural interna de costumes e tradições indígenas. Nesse sentido:

apreende-se que a própria Declaração (art. 3º e 4º) esclarece que o direito de autodeterminação refere-se às decisões inerentes ao sistema de vida indígena, quanto ao seu meio de vida e de desenvolvimento econômico, social e cultural, em âmbito exclusivamente interno e local. Ou seja, não se trata de autodeterminação em âmbito jurídico-político como ente estatal independente em âmbito internacional. A própria declaração, em sua integralidade, demonstra esse aspecto, ante a contínua necessidade de diálogo e convivência entre os índios e o Estado soberano que os alberga quanto à implementação dos diversos direitos a eles assegurados.⁵⁹³

Conferindo concordância às considerações desenvolvidas pelo Ministro Menezes Direito, em especial no que se refere à substituição da teoria do indigenato pela teoria do fato indígena, o Ministro Gilmar Mendes propugna que, com essa substituição,

indagações acerca da “imemorialidade” da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional. A expressão “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os “usos, costumes e tradições” indígenas). Por conseguinte, nos termos do art. 231, § 1º, da CF/88, os seguintes fatores devem ser verificados na definição de uma determinada área como terra indígena: a) fator temporal (“habitadas em caráter permanente”); b) fator econômico (“utilizadas para as suas atividades produtivas”); c) fator ecológico

⁵⁹⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.527.

⁵⁹¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.527.

⁵⁹² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.528.

⁵⁹³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.531.

(“imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar”);
d) fator cultural ou demográfico (“necessários à sua reprodução física e cultural”).⁵⁹⁴

Concordando em parte com as alegações do Ministro Marco Aurélio de que a demarcação de terras indígenas não tem a natureza de ações afirmativas, o Ministro Gilmar Mendes escreve que

as razões inspiradoras do legislador constituinte não parecem assentar-se em mero sentimento de culpa [...]. Ao revés, considerou o Texto Magno que a preservação dos silvícolas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se pretende aberta. Vê-se, pois, que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções, diversos dos nossos, e de que o nosso modelo de desenvolvimento não é o único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa.⁵⁹⁵

De acordo com o Ministro, a justa interpretação do art. 231, §1º da Constituição Federal deve levar em conta o paradigma do índio isolado, considerando o grau de aculturação de cada etnia: “o nível de aculturação de um determinado grupo indígena determinará a adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que nortearão a demarcação de uma área como terra indígena”.⁵⁹⁶ A Constituição Federal, no entanto, não diferencia níveis de aculturação, simplesmente ela não usa esse conceito, reconhecendo a todos os povos indígenas, independente de falarem português ou terem uma conta no banco, o direito à terra tradicionalmente ocupada.

A opção por uma demarcação contínua ou descontínua, segundo o Ministro, dependerá das características específicas das áreas e das etnias envolvidas no procedimento demarcatório, sendo uma questão que não está pré-decida no texto constitucional.⁵⁹⁷ Os modelos de áreas reservadas a indígenas que, conforme o Estatuto do Índio, poderiam ser organizados em reserva indígena, parque indígena, colônia agrícola indígena e território federal indígena não foram, como esclarece o Ministro, recepcionados pela Constituição de 1988, que passou a prever apenas a forma de organização em terra indígena. Assim, o tratamento detalhado que a Constituição confere à questão dos índios e de suas terras suplanta, no entendimento de Gilmar Mendes, “o

⁵⁹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.543.

⁵⁹⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.544-13.545.

⁵⁹⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.545.

⁵⁹⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.547.

modelo do Estatuto e faz dela a sede por excelência do estatuto jurídico das terras indígenas, praticamente dispensando outros regramentos”.⁵⁹⁸

No que tange à participação de Estados e municípios no processo demarcatório, o Ministro propõe a aplicação do princípio, cunhado no direito alemão, da fidelidade à federação⁵⁹⁹. Discordando da posição do Ministro Carlos Britto que entende a competência da União poder ser exercida inclusive contra Estados e Municípios, o Ministro Gilmar Mendes estabelece que a afetação do território de uma unidade federada ao usufruto exclusivo dos povos indígenas exige “mais do que o direito de participação, de ser ouvido”, “é preciso que se assegure lugar neste grupo [de trabalho] aos Estados e Municípios afetados pela demarcação”⁶⁰⁰. Nessa senda,

O Decreto [n. 1.775/96] apenas refere o direito de manifestação e de apresentação de provas durante o procedimento de demarcatório, não consignando expressamente o direito dos Estados e Municípios participarem da tomada de decisão do ato administrativo, ou de terem, pelo menos, seus argumentos analisados de forma fundamentada.⁶⁰¹

Propondo uma interpretação conforme a Constituição do Decreto n. 1775/96, o Ministro consigna que seja garantido “o direito dos Estados e Municípios envolvidos de participar efetivamente do processo administrativo demarcatório, devendo integrar o Grupo de Técnico Especializado designado pelo órgão federal para realizar o levantamento fundiário de que trata o decreto”⁶⁰².

O direito ao contraditório e à ampla defesa proposto pelo Ministro configura uma pretensão à tutela jurídica, contendo em seu bojo os seguintes elementos: a) o direito à informação, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) o direito de manifestação, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e

⁵⁹⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.549.

⁵⁹⁹ A federação é uma forma de organização do Estado nação, criado pela modernidade ocidental, especificamente gestada nos Estados Unidos, para gerir territórios com grandes dimensões geográficas. Esse modelo de Estado não nasceu das entranhas do território tupiniquim e da mente de latino-americanos, tendo sido implementado, no nosso país, em substituição ao Estado unitário. O Tribunal Constitucional Federal Alemão conceituou o princípio da lealdade à federação como a obrigação de todas as partes integrantes do pacto federal de atuar de acordo com o espírito do referido pacto e de colaborar com a sua consolidação, protegendo os interesses comuns do conjunto. Mesmo que se entenda aplicável esse princípio no caso concreto, ele deve ser interpretado no sentido de que a Constituição é que representa o pacto federativo, já que ela cria a federação, sendo, portanto, dever da União, Estados e municípios respeitarem seus dispositivos, em especial os arts. 231 232.

⁶⁰⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.550.

⁶⁰¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.550.

⁶⁰² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.551.

jurídicos constantes do processo; c) o direito de ver seus argumentos considerados, “que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas”.⁶⁰³ Na verdade, “ver seus argumentos considerados” não é etimologicamente a mesma coisa que “ver seus argumentos contemplados”, já que aquele tem o sentido de ver os argumentos analisados, para aceitá-los ou não. Ver contemplados seus argumentos tem o mesmo sentido de que a Administração teria o dever de acatar os fundamentos pretendidos por aqueles que se colocam contrários à demarcação, o que é uma ampliação absurda do conceito de devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

De modo a não polarizar o debate, colocando a União em contraponto a Estados e Municípios, o Ministro ressalta que:

a elaboração de políticas públicas direcionadas especificamente às comunidades indígenas são de competência da União, executadas e fiscalizadas pela Fundação Nacional do Índio, podendo contar com a participação dos Estados e Municípios, bem como instituições governamentais e não governamentais, nos termos definidos pela União, conforme as legislações específicas.⁶⁰⁴

Conclui apresentando uma técnica de execução do julgado inovadora e heterodoxa ao campo judicial circunscrito na ação popular. Ao invés de aguardar o prazo para o cumprimento do acórdão, o Ministro entendeu que era preciso dar um cunho mandamental ao julgado, deferindo competência para sua execução ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a supervisão do relator da ação, o Min. Carlos Britto:

Em casos como este, em que há resistências ou potenciais oposições ao efetivo e célere cumprimento da decisão judicial, não tem sido estranho a Cortes Constitucionais a prática da delegação da jurisdição sobre os atos executores a Tribunais ou juízes locais, os quais, por sua maior proximidade aos fatos e capacidade operativa para rápida resposta às lides, podem realizar a execução com maior rapidez e eficiência⁶⁰⁵.

A proposta inova no sentido de que a retirada de ocupantes não índios das terras indígenas, seja de boa ou má fé, era providência encaminhada no âmbito administrativo sob a coordenação da Fundação Nacional do Índio. Com a proposta do Ministro, a matéria administrativa passou a ser diretamente implementada pelo Judiciário, como uma forma de evitar intermináveis litígios que poderiam advir, além de liminares impedindo a desintrusão.

⁶⁰³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.551.

⁶⁰⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.556. A Funai, entretanto, não executa políticas de saúde, conforme constam no Decreto n. 3.156/99 (que dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas), nas Leis n. 8080/90 e 9836/99. Do mesmo modo ocorre com as políticas de educação, nos termos da Lei n. 10.172/2001 e do Decreto 26/91. Nessas duas áreas, a atribuição institucional do órgão indigenista oficial é realizar o monitoramento e a fiscalização da política pública.

⁶⁰⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.559.

Acrescenta, por fim, que a necessidade, conforme entende, de uma reformulação do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, com a elaboração de novas normas que incluam os Estados e Municípios nesse procedimento, em todas as suas fases.⁶⁰⁶

5.12. OS DEBATES EM TORNO DAS CONDICIONANTES

Após assentados os votos dos Ministros, restou visível a assimetria entre as interpretações acerca do art. 231 da CF que, ao que parece, são consequência de um distanciamento metodológico, de ponto de partida e horizonte de chegada, produzido por um distanciamento ideológico.

No jogo de forças que se configurou a Pet. 3388, foi se definindo, a partir da liderança dos votos do Ministro Relator e do Ministro Menezes Direito, uma configuração que, destoando do quadro inicialmente pintado para o fim a possível para a ação, indicou uma resposta completamente inusitada.

Ao final do julgamento, quando se passou aos debates em relação ao teor das condicionantes, o diálogo entre os Ministros Carlos Britto e Menezes Direito foi crucial para a condução da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Antes de discutir sobre as condicionantes propriamente ditas, é importante esclarecer que o Min. Carlos Britto, em razão das condições apresentadas no voto do Min. Menezes Direito, já havia aditado seu voto logo após o pronunciamento de mérito do Ministro Joaquim Barbosa, consignando que o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito havia usado:

uma técnica de decidibilidade ou de uma formatação decisória que me pareceu, num primeiro momento, estranha, mas refletindo melhor, pela importância da causa, eu acho que compreendi perfeitamente a intenção louvabilíssima de Sua Excelência que foi traçar as diretivas para a própria execução desta nossa decisão por parte da União. Então, Sua Excelência transformou fundamentos, transplantou uma parte dos fundamentos para a disposição, para a parte dispositiva da decisão. E pareceu-me uma técnica interessante, inovadora que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa.⁶⁰⁷

Reajustando o seu voto, o Ministro Aires Britto incorporou as condicionantes ao dispositivo de sua decisão, com ressalvas apenas em relação ao item IX, para excluir a expressão

⁶⁰⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.552.

⁶⁰⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.256. Nessa sua fala o Ministro, por diversas vezes menciona que o caso concreto, dando a impressão de que concorda com a técnica usada pelo Ministro, desde que as condicionantes valham apenas para a questão específica que está sendo julgada.

“em caráter apenas opinativo” e inserir as palavras “os usos” antes da expressão “tradições e costumes indígenas”.⁶⁰⁸

A condicionante n. 17, que veda a ampliação de terra indígena demarcada, foi, no entanto, questionada pelo Ministro que entendeu sê-la possível apenas para o caso Raposa Serra do Sol, não para todos os casos: “se for para a Raposa Serra do Sol, eu estou de pleno acordo; agora se for para estender a toda e qualquer demarcação já realizada, já efetivada, eu acho que precisaremos discutir um pouco mais isso”.⁶⁰⁹

Em defesa do dispositivo, o Ministro Menezes Direito contra-argumentou: “[...] nós não devemos considerar a aplicação [da condicionante 17], pelo que foi dito ao longo de toda a discussão, exclusivamente no caso da Raposa Serra do Sol. A ideia da Corte foi a de criar, através desse processo, um modelo próprio de demarcação de terras indígenas”.⁶¹⁰ Justificando o caráter abrangente da condicionante:

Eu entendo que, uma vez feita a demarcação, não deve caber ampliação, porque a ampliação vão gerar conseqüências gravosas, inclusive para aqueles que, uma vez feita a demarcação e executada a demarcação, possam adquirir direitos em virtude dessa demarcação. Se nós admitirmos que é possível a ampliação, a cada momento vamos ter esse embate. [...] se nós vamos admitir, a partir desse marco [a Constituição de 1988] novas ampliações, poderemos criar um impacto, que é extremamente negativo, atingindo direitos que são adquiridos após o processo de demarcação e de execução da demarcação.⁶¹¹

Mais a frente o Ministro Menezes Direito defendeu que, se a demarcação considerou o padrão da Constituição de 1988, não deveria haver ampliação. Caso houvesse necessidade, a União poderia exercer o direito expropriatório, previsto no sistema ordinário das desapropriações, o que permitiria a indenização da terra nua.⁶¹²

Concordando com esse posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes lembrou que “o próprio estatuto do índio, se for necessário, já tem solução para isso que é a desapropriação”.⁶¹³

O Advogado Geral da União, que também representava os interesses da Fundação Nacional do Índio, José Antônio Dias Toffoli, buscou restringir a incidência da condicionante n. 17, afirmando que “[...] por parte da União, há acordo e concordância de que essas referências

⁶⁰⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.274.

⁶⁰⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.576.

⁶¹⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.576.

⁶¹¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.577.

⁶¹² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.580.

⁶¹³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.578.

todas feitas pela maioria formada valerão não só para este caso concreto, mas para outro, em louvor ao princípio da segurança jurídica”.⁶¹⁴ Entretanto:

Em relação à questão fática propriamente dita, temos demarcações feitas anteriormente e posteriormente à Constituição de 88. Então, tendo em vista o marco temporal fixado pela maioria, a União entende que aquelas demarcações feitas anteriormente a 88 poderiam ter uma revisão; as posteriores a 88, não. Não haveria ampliação àquelas posteriores à Constituição de 88 porque o marco fático e normativo é o da Constituição de 88.⁶¹⁵

Discordando dessa tese, o Min. Gilmar Mendes retrucou “o que está demarcado está demarcado; do contrário, isso gera uma instabilidade muito grande”.⁶¹⁶

Pela exclusão desse item, votaram o Ministro Carlos Britto, Eros Grau e Carmen Lúcia que afirmou ter “dificuldade em estabelecer isso de uma forma tão genérica”.⁶¹⁷

Superada essa questão, o Ministro Gilmar Mendes propôs inserir uma outra condicionante – a 19ª, que trataria da necessária participação de Estados e Municípios nos processos demarcação. Explica sua posição: “um dos temas que mais me angustia é o da fidelidade federativa. Tenho a impressão de que é muito difícil, no atual estágio do modelo federativo brasileiro [...] aceitar uma prática de demarcação de áreas sem que o Estado e o Município participem desse processo.”⁶¹⁸

O Ministro Carlos Britto, em outra oportunidade, já discordara dessa posição, entendendo que: “a Constituição optou pela demarcação no âmbito exclusivo da União porque, historicamente, Estados e Municípios sempre se contrapuseram às pretensões indígenas da demarcação de área para as populações indígenas, daí porque titularam ilicitamente, expediram títulos não de propriedade, mas de uso, de ocupação. Há uma razão histórica para excluir desse processo os Estados e os Municípios”.⁶¹⁹

A despeito do argumento do Ministro Carlos Britto, foi incluído o item 19: em que se assegura a efetiva participação dos entes federativos durante todo o processo demarcatório.

O Ministro Gilmar Mendes buscou ampliar para que essas condições sejam aplicáveis também aos procedimentos demarcatórios eventualmente em curso.⁶²⁰ O Min. Carlos Britto

⁶¹⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.580.

⁶¹⁵ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.581.

⁶¹⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.582.

⁶¹⁷ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.585.

⁶¹⁸ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.285.

⁶¹⁹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.286.

⁶²⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.588. Segundo o Ministro Gilmar Mendes: “acredito que, para o futuro, temos que ter uma revisão completa. [...] é que o processo de demarcação é muito sério para ser tratado pela FUNAI”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.463).

discordou: “isso implicaria um voltar a estaca zero”.⁶²¹ Ficou, ao final, estabelecido que seriam aplicadas à condicionantes aos processos de demarcação na fase em que eles se encontrarem.⁶²²

Acerca do marco temporal de 1988 para verificação do fato indígena – a ocupação tradicional da área, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou:

[...] quando a Constituição, no art. 231, parágrafo 1º, estabeleceu que as terras indígenas são aquelas ‘*tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente*’, na verdade o constituinte tirou uma fotografia da situação, que se cristalizou. [...] e, portanto, não há possibilidade deste dinamismo”.⁶²³

Essa interpretação é consentânea com o que o Ministro Carlos Britto propôs no seu voto e que chamou de “chapa radiográfica”. No entanto, o Ministro Relator já havia estabelecido uma restrição à interpretação ampliada desse marco, ressaltando os direitos dos índios sobre as terras em que foram expulsos:

A data limite, ou o marco temporal fixado pela Constituição em 5 de outubro de 1988 está correto. Só que os índios estavam ali, segundo os laudos, nas imediações, e não estavam em certas áreas, hoje ocupadas por fazendeiros, porque foram escoraçados, porque foram expulsos, porque foram violentamente impedidos de materializar a sua ocupação tradicional, que é uma ocupação qualificada pela perdurabilidade, impedida, no caso, por um ato de violência.⁶²⁴

Ao final, o Min. Joaquim Barbosa se colocou contrário a todas essas dezoito condicionantes e o Min. Marco Aurélio julgou totalmente procedente a ação.

Como relator da Petição n. 3388, o Ministro Carlos Britto reescreveu as condicionantes⁶²⁵, após acordo com o Ministro Menezes Direito, passando a denominá-las de salvaguardas institucionais. As mudanças que buscavam não ofender de sobremaneira os direitos territoriais indígenas serão reproduzidas abaixo:

Voto do Ministro Menezes Direito	No acórdão – as salvaguardas do Min. Carlos Britto
(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e	(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e

⁶²¹ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.588.

⁶²² STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.589.

⁶²³ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.589.

⁶²⁴ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.433.

⁶²⁵ Além disso, no seu voto evitou usar a palavra silvícola, substituindo-a por comunidade indígena. Justificou o Min. Carlos Britto: “quando dos trabalhos constituintes, a palavra “silvícola” foi eliminada da Constituição e a preferência recaiu sobre o substantivo “índios”, porque os índios são os primitivos habitantes da América – os nativos –, ao passo que “silvícola” é o habitante da selva, ou seja, ainda de tanga. O fato é que não se precisa usar tanga para se merecer a proteção da toga”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.586).

dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, interesse público da União, na forma de lei complementar	dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar
(II) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional	(ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional
(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional	(iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei
(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira	(iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira
(V) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados	(v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementados

independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai	independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai
(VI) a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai	(vi) a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai
(VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação	(vii) 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 de educação
(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade	(viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
(IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos	(ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e

indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai	costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai
(X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração	(x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai	(xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai
(XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas	(xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas
(XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não	(xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não
(XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973)	(xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973)

<p>(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973)</p>	<p>(xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973)</p>
<p>(XVI) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/73), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros</p>	<p>(xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/73), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros</p>
<p>(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada</p>	<p>(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada</p>
<p>(XVIII) os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)</p>	<p>(xviii) os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)</p>
	<p>(xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento</p>

6. DA CRÍTICA JURÍDICA À IMAGINAÇÃO ANTROPOLÓGICA – A NECESSIDADE DE SUPERAR AS CONDICIONANTES DA RAPOSA SERRA DO SOL

6.1 O EFEITO SIMBÓLICO DO DISCURSO – APLICAÇÕES EM CASCATA DA DECISÃO NA PETIÇÃO N. 3388

Em notícia publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal⁶²⁶ em 19 de março de 2009, o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, concedeu entrevista sobre o julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na qual consignou sua opinião sobre a Ação Popular n. 3388:

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

O pronunciamento do Ministro já adiantara a posição que o STF deveria tomar com relação aos processos que envolviam discussão sobre demarcações de terras indígenas em tramitação na Corte Máxima. Como apontou o Ministro, o discurso consignado na Ação Popular n. 3388 deveria reverberar nos demais casos de demarcação, tendo um efeito transcendente tanto no âmbito judicial como administrativo.

6.1.1. As ações em tramitação no STF

A partir do julgamento da Ação Popular n. 3388 outras ações seguiram as orientações consignadas no acórdão, as quais estabeleciam restrições aos direitos territoriais indígenas,

⁶²⁶ Disponível em www.stf.jus.br.

incluindo a teoria do fato indígena que estabeleceu a data de 05 de outubro de 1988 para a averiguação da presença indígena no território.

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF sobre as ações que haviam sido protocoladas entre os meses de março de 2009 e março de 2010 que tratavam de direitos territoriais indígenas, encontrei os processos, contextualizados a seguir, que receberam decisões com base no julgamento da Petição n. 3388:

a) Reclamação n. 8070

Em abril de 2009, a Agropecuária Fazenda Brasil Ltda. protocolou Reclamação junto ao STF contra a Fundação Nacional do Índio, com o objetivo de suspender o trabalho de um grupo técnico da Funai que visava à revisão dos limites da Terra Indígena Wawi, localizada no Estado do Mato Grosso.

Os estudos complementares de natureza cartorial e fundiária estariam, segundo a autora da reclamação, desrespeitando a decisão do STF na Petição n. 3388, que consignou ser vedada a ampliação de terra indígena demarcada.

O relator da Reclamação, o Ministro Carlos Britto, destacou que a ação popular que definiu a situação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não é meio processual de controle abstrato de normas nem se iguala a súmula vinculante, revelando ter dúvidas quanto ao cabimento da reclamação. Negou, desse modo, a decisão liminar, por não vislumbrar perigo na demora de uma decisão “dado que apenas se constituiu grupo técnico para realização de estudos”.

b) Proposta de Súmula Vinculante n. 49

A Confederação Nacional de Agricultura – CNA apresentou, em outubro de 2009, Proposta de Súmula Vinculante⁶²⁷ ao STF para que seja pacificado o entendimento de que os

⁶²⁷ A Súmula Vinculante é um instituto do direito constitucional-processual, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu, no texto constitucional, o art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. O objetivo da súmula vinculante é, conforme dispõe o § 1º, obrigar órgãos judiciários e a administração pública a adotar um posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual, evitando, assim, grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de

incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos antes de cinco de outubro de 1988, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

Alegou a CNA que, no julgamento da Pet. 3388, o Plenário do STF definiu que a ocupação indígena permanente deve ser verificada na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, havendo no entanto a necessidade de sumular o entendimento ante aos posicionamentos diferentes adotados pelos tribunais.

No julgamento da Proposta de Súmula Vinculante, a Comissão de Jurisprudência entendeu que é inegável que essa questão não se encontra completamente equacionada, tendo o próprio Ministro Ayres Britto, no voto que proferiu como relator da Pet. 3388, apontado para outras importantes variáveis a ser consideradas. O relator da Ação Popular, conforme afirmado pela Comissão, consignara que a tradicionalidade da posse nativa não se perdia onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte de não-índios, referindo-se aqui às comunidades indígenas que foram forçadas a deixar suas terras por terem sido alvo de diversas modalidades de violência.

A Proposta de Súmula Vinculante foi, assim, arquivada por entenderem os Ministros que “falta ao presente caso, à toda evidência, o requisito formal da existência de reiteradas decisões desta Casa sobre essa complexa e delicada questão constitucional (...)”.

c) Mandado de Segurança n. 28.574/RR

Proprietários de títulos incidentes sobre a Terra Indígena Anaro, município de Amajari (RR), impetraram mandado de segurança com o fim de anular o Decreto Presidencial publicado no dia 21 de dezembro de 2009, o qual declarou ser de posse indígena a área correspondente a 30.473 hectares. Desse total, argumentam os proprietários, 1.500 hectares são da Fazenda Topografia, adquirida em 1943, conforme documentos de compra e venda.

Alegaram, em síntese que: a) o Presidente da República não teria legitimidade para a demarcação de terras indígenas, função que caberia exclusivamente ao Congresso Nacional; b) os donos da área não tiveram oportunidade de se manifestar no processo, uma vez que o estudo

processos sobre questão idêntica. O procedimento para adoção, revogação e revisa de súmula vinculante foi regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

antropológico teria se baseado exclusivamente em entrevistas com os índios; c) as terras indígenas seriam somente aquelas efetivamente habitadas por grupos de índios no momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, o que não é o caso da Fazenda Topografia, adquirida ainda na década de 1940.

O Ministro Gilmar Mendes⁶²⁸, em janeiro de 2010, concedeu a liminar para suspender parcialmente a demarcação da terra indígena Anaro, em Roraima, somente em relação à parte que abrange a Fazenda Topografia. Afirmou em sua decisão que “são plausíveis os argumentos quanto à violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório”. Reconheceu, ainda, indícios de que a terra não seria indígena já que em 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição), fixada como marco temporal de ocupação na Ação Popular n. 3388, a área já era de propriedade dos impetrantes.

d) Mandados de Segurança n. 28.541, 28.555 e 28.567

Os proprietários do imóvel rural Fazenda Iporã, localizada no município de Paranhos, Mato Grosso do Sul, ajuizaram Mandado de Segurança com o objetivo de anular decreto presidencial que homologou a demarcação da Terra Indígena Arroio-Korá, publicado em 21 de dezembro de 2009, com 7.175 hectares, dos quais 184 hectares são ocupados pela fazenda.

Argumentam os impetrantes que adquiriram a fazenda há décadas e, desde então, a utilizam de forma produtiva, com atividade agropastoril para seu sustento. Além disso, alegam que: a) ilegitimidade do Presidente para demarcar terras indígenas, a qual seria competência exclusiva do Congresso Nacional; b) violação os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, pois não lhes foi conferida a oportunidade de se manifestarem previamente à edição do decreto; c) se existiu alguma aldeia indígena na área trata-se de aldeamento extinto porque os índios que estão hoje no local o teriam invadido em 2001; d) o estudo antropológico seria falho, na opinião dos fazendeiros, porque se baseou exclusivamente nas entrevistas com os índios; e) a Fazenda Iporã foi transferida pelo Estado do Mato Grosso ao domínio privado em 1924, tendo sido, desde então, ocupada por não índios.

⁶²⁸ O Ministro Gilmar Mendes foi o relator do caso tendo em vista que, por ser o então Presidente do STF, respondia pelo plantão da Corte Máxima durante as férias forenses.

O Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, concedeu a liminar, suspendendo os efeitos do decreto presidencial homologatório com relação à área da Fazenda Iporã, até decisão final de mérito. Argumentou o Ministro que eram plausíveis os argumentos quanto à violação ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa. Além disso, os documentos apresentados pelos impetrantes atestariam, de acordo com o Ministro, que o registro do imóvel se deu em 1924, data anterior a 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal, marco fixado pelo STF no caso Raposa Serra do Sol para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam).

Posteriormente a essa decisão, outras duas liminares foram concedidas pelo Ministro Gilmar Mendes, nos Mandados de Segurança n. 28.555 e 28.567, impetrados por proprietários atingidos pelo decreto presidencial que homologou a demarcação da Terra Indígena Arroio-Korá. Foi suspensa a eficácia do decreto em relação às fazendas Polegar (1.573 hectares), São Judas Tadeu (3.804 hectares), Porto Domingos (760 hectares) e Potreiro-Corá (444 hectares).

Os argumentos para a decisão foram semelhantes aos proferidos no Mandado de Segurança n. 28541, acrescentando o Ministro que os documentos apresentados pelos impetrantes atestariam que os registros dos imóveis são da década de 1920, comprovando, ainda, a transferência de propriedade dos imóveis ao domínio privado pelo Estado de Mato Grosso, cujos títulos foram ratificados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

A concessão dessas liminares implicou na suspensão dos efeitos do decreto homologatório da demarcação em aproximadamente 94% da área total da Terra Indígena Arroio-Korá.

e) Ação Cautelar n. 2541

O Estado de Roraima ajuizou em janeiro de 2010 a Ação Cautelar n. 2541, com pedido de liminar, objetivando impedir que o Projeto de Assentamento Nova Amazônia, destinado a produtores rurais não índios que foram retirados da Terra Indígena Raposa Serra do Sol seja utilizado para expansão da Terra Indígena Serra da Moça. Requerendo a citação da União, da Funai, do Incra e também da Comunidade Indígena Serra da Moça como integrantes do pólo passivo, a ação foi encaminhada ao Presidente do STF, o Min. Gilmar Mendes, que respondia pelo plantão da Suprema Corte no período de férias forenses.

Segundo o autor, a área do projeto de assentamento – localizada na antiga Fazenda Bamerindus, desapropriada e incorporada ao patrimônio da União para fins de reforma agrária – foi ocupada por um grupo de oito famílias indígenas pertencentes à Terra Indígena Serra da Moça, passando a denominá-la Comunidade Indígena Lago da Praia, intencionando reivindicar a extensão da terra tradicionalmente ocupada. Nesse contexto, o INCRA e a Funai estariam a encampar a ocupação, nutrindo a perspectiva de extensão da Serra da Moça, reivindicada pelos índios.

Diante desses fatos, o Estado de Roraima alega que a 19ª condição imposta pelo STF no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que assegura a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas encravadas em seus territórios, foi desrespeitada, uma vez que em momento algum o estado teria sido chamado a se manifestar no conflito deflagrado no Projeto de Assentamento Nova Amazônia, que diz respeito à demarcação da Terra Indígena Serra da Moça. Alega, ainda, o ente estadual que também restou ofendido o entendimento do STF na Petição n. 3388 que fixou a data de 5 de outubro de 1988 como marco para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Além disso, afirma o Estado de Roraima que a Serra da Moça já tem uma área de 11.626 hectares pra uma população de apenas 441 índios.

Por fim, aponta que a situação afronta a condição estabelecida pelo STF, inscrita sob o n. 17, que veda a ampliação de terra indígena já demarcada, de modo que o governo federal “não pode patrocinar ou chancelar a invasão”, sendo que a ampliação das terras indígenas já demarcadas poderia inviabilizar o desenvolvimento econômico e social do Estado, imprimindo ao Estado uma eterna dependência de recursos federais.

Com essas alegações, o Estado de Roraima solicitou que fosse determinado aos indígenas oriundos da Terra Indígena Serra da Moça que desocupassem a área do Projeto de Assentamento Nova Amazônia. Quanto à União, à Funai e ao INCRA, requereu que estes se abstivessem de adotar qualquer medida tendente a legitimar a invasão e converter a área em uma extensão da Terra Indígena.

O Presidente do STF à época, o Min. Gilmar Mendes, determinou a intimação imediata da União, da Funai, do INCRA, a fim de que se manifestassem sobre o pedido de medida cautelar formulado pelo Estado de Roraima na Ação Cautelar n. 2541.

No final do mês de janeiro de 2010, o Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar no sentido de determinar a manutenção de assentamentos já existentes na área conhecida como Nova Amazônia, em Roraima, proibindo o acesso de novos grupos indígenas ao local. A decisão estabelece ainda que “a União e a Fundação Nacional do Índio se abstenham de praticar quaisquer atos no sentido de reconhecer a área como indígena”.

Ao decidir, o Ministro ressaltou que, com base no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Supremo havia fixado a data da promulgação da Constituição como marco temporal para o reconhecimento aos grupos indígenas dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ademais, ao explicitar as condições impostas pela disciplina constitucional sobre a demarcação de terras indígenas, o STF determinou ser vedada a ampliação de terras já demarcadas.

f) Ação Cautelar n. 2556

Proprietários das Fazendas Petrópolis e São Pedro do Paratudal ajuizaram Ação Cautelar no final do mês de janeiro de 2010, requerendo provimento no sentido de anular procedimento administrativo da Funai e Portaria do Ministério da Justiça n. 791/2007, que declaram de posse permanente do povo indígena Terena a Terra Indígena Cachoeirinha, onde se localizam as duas fazendas, no Município de Miranda, no Mato Grosso do Sul.

A ação, submetida ao então Presidente do STF, o Ministro Gilmar Mendes, teve a liminar concedida, em fevereiro de 2010, no sentido de suspender a demarcação e manter os proprietários na posse das terras correspondentes às duas fazendas até o julgamento final da ação que discute se a Portaria do Ministério da Justiça deve ou não ser anulada.

Entendeu o Ministro que haveria nos autos documentos que tornam plausíveis a tese de que a posse das fazendas Petrópolis e São Pedro do Paratudal remonta aos anos de 1871 e 1898, respectivamente. Como no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388), o STF deixou assentada a data da promulgação da Constituição como marco temporal para o reconhecimento

dos direitos indígenas sobre as terras que ocupam, não se poderia dizer que as terras das duas fazendas seriam indígenas, já que antes de 1988 elas já seriam propriedade de não índios.

Ademais, afirmou que a aldeia Cachoeirinha já se encontrava demarcada originariamente em 1905, por conhecido trabalho de Rondon, sendo o registro imobiliário do ano de 1951. Nesse sentido o novo ato demarcatório implicaria em ampliação de terra indígena já demarcada, o que de acordo com decisão proferida na Pet. 3388 é providência vedada.

6.1.2. Medidas administrativas tomadas pelo Ministério da Justiça e pela Fundação Nacional do Índio

Além dessas ações no âmbito do STF, cuja lista é meramente exemplificativa, o julgamento da Ação Popular n. 3388 pelo Supremo Tribunal Federal gerou outras consequências no âmbito administrativo.

Em 19 de maio de 2011, o Ministério da Justiça editou a Portaria Conjunta n. 951, com o objetivo de constituir grupo de trabalho interinstitucional para elaborar ato que disciplinasse a condicionante n. 17, que prevê a necessária participação de Estados e Municípios nos processos de demarcação de terras indígenas. Reproduzo na íntegra o texto da Portaria:

GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA CONJUNTA Nº 951, DE 19 DE MAIO DE 2011

Cria Grupo de Trabalho Interinstitucional para elaborar ato que discipline a forma como os entes federados poderão participar do procedimento administrativo de identificação e demarcação de terra indígena, em consonância com a condicionante n.º 17 da decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3388.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, o ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO e o PRESIDENTE DA FUNAI, no uso de suas atribuições legais, resolvem:

Art. 1º Instituir Grupo de Trabalho com o objetivo de elaborar minuta de portaria que discipline a forma como os entes federados poderão participar do procedimento administrativo de identificação e demarcação de terra indígena, em consonância com a condicionante n.º 17 da decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3388.

Art. 2º O Grupo de Trabalho será composto pelos seguintes membros:

I - 2 (dois) representantes do Ministério da Justiça, sendo que um deverá obrigatoriamente estar lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça;

II - 3 (três) representantes da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, sendo que um deverá obrigatoriamente estar lotado na Procuradoria Federal especializada junto a FUNAI;

III - 1 (um) representante da Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. O órgão e as entidades mencionados nos incisos deverão indicar os representantes para comporem o Grupo de Trabalho, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação desta Portaria.

Art. 3º O Grupo de Trabalho será coordenado por um dos representantes do Ministério da Justiça e se reunirá sempre que convocado pelo seu coordenador.

Art. 4º O Grupo de Trabalho apresentará a minuta de portaria, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da primeira convocação para o início dos trabalhos.

Art. 5º A participação no Grupo de Trabalho será considerada serviço público relevante, não ensejando, por si só, qualquer remuneração.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ EDUARDO CARDOZO

Ministro de Estado da Justiça

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

Ministro da Advocacia-Geral da União

MARCIO AUGUSTO FREITAS DE MEIRA

Presidente da FUNAI

Em 10 de junho de 2011, foi publicado no Diário Oficial da União⁶²⁹ a Portaria Interinstitucional MJ/GM nº 1002, de 09/06/2011, que designam os servidores do Ministério da Justiça, Funai e Advocacia Geral da União para compor o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Conjunta n. 951, de 19 de maio de 2011, retificando, na oportunidade, o art. 1º da Portaria Conjunta n. 951/2011, que passou a vigorar com a seguinte redação: "Art. 1º Instituir Grupo de Trabalho com o objetivo de elaborar minuta de portaria que discipline a forma como os entes federados poderão participar do procedimento administrativo de identificação e demarcação de terra indígena, em consonância com a condicionante n.º 19 da decisão do Supremo Tribunal Federal na Pet. 3388".

Considerando a condicionante n. 19 como fato consolidado, o Ministério da Justiça, a Advocacia Geral da União e a Fundação Nacional do Índio instituíram a referida Portaria para elaborar minuta de ato normativo que disciplinasse a participação dos entes federados. No entanto, ao buscar regulamentar essa condicionante, os próprios órgãos e entidades da União estão ajudando a consolidá-la, a qual não é fruto de decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal, nem tampouco se tornou súmula vinculante. Ademais a Portaria contrariou a Convenção n. 169/89 da OIT ao prever medida administrativa que certamente afetará os povos indígenas, por instituir novo regulamento à demarcação das terras indígenas, sem garantir a consulta livre, prévia e informada, nem a participação dos povos indígenas no processo decisório, já que não consta nenhum representante indígena no Grupo de Trabalho.

Discordando da edição da Portaria Conjunta n. 951, de 19 de maio de 2011, a bancada indígena da Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI, pela primeira vez desde que a Comissão foi constituída desde 2006, boicotou, em 16 de junho de 2011, uma reunião ordinária

⁶²⁹ Diário Oficial da União, n. 111, de 10 de jun. 2011, Seção 2, p. 39.

da CNPI. De modo a justificar sua postura, as lideranças indígenas entregaram o seguinte manifesto ao Presidente da Funai, Márcio Meira, e à Presidente da República, Dilma Roussef:

Manifesto da Bancada Indígena da Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI
Nós, representantes indígenas na Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI, em protesto contra a omissão, o descaso e a morosidade do Governo da Presidente Dilma Roussef em garantir a proteção dos direitos dos nossos povos, suspendemos nesta data de início da 17ª. Reunião Ordinária a nossa participação na Comissão em razão dos seguintes acontecimentos:

1º. Resoluções das quais participamos raramente foram encaminhadas, tornando-se sem efeito e resultado concreto.

2º. Outras decisões de governo, como a reestruturação da Funai, foram encaminhadas sem o nosso consentimento, no entanto fomos acusados de ter sido co-responsáveis na sua aprovação e encaminhamento.

3º. Contrariando a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que em seu artigo 6º estabelece que os governos deverão “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que se tenha em vista medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente”, e contrariando o próprio Decreto de criação da CNPI, o governo tem adotado medidas de flagrante violação aos nossos direitos.

O governo está determinado a construir empreendimentos que impactam ou impactarão direta ou indiretamente as nossas terras, o meio ambiente, a vida e cultura dos nossos povos, como a hidrelétrica de Belo Monte.

Nos últimos dias fomos surpreendidos por mais um ato antiindígena do Poder Executivo que publicou sem ter ouvido os nossos povos e organizações a Portaria Conjunta nº 951 de 19 de maio de 2011 que cria um grupo de estudo interministerial para elaborar ato que discipline a participação dos entes federados nos procedimentos de identificação e delimitação das terras indígenas.

Questionamos a finalidade proposta pela referida portaria cuja justificativa é atribuída à aplicação da “Condicionante nº 17 da decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3388”, referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Não podemos entender a pressa do Governo brasileiro em se antecipar à conclusão do julgamento, sendo que o Supremo Tribunal Federal não concluiu este processo, a não ser para atender aos interesses de alguns governos estaduais, grupos econômicos e oligarquias políticas regionais declaradamente contrárias aos direitos dos povos indígenas.

Como representantes dos nossos povos na Comissão Nacional de Política Indigenista queremos tornar pública a nossa posição contrária a esta Portaria, razão pela qual exigimos a sua imediata revogação.

4º. Enquanto espaço privilegiado de diálogo e interlocução com o governo para definir as políticas de interesse dos nossos povos a CNPI teve feitos importantes como as consultas regionais sobre as propostas para o novo Estatuto dos Povos Indígenas, a elaboração do Projeto de Lei do Conselho Nacional de Política Indigenista e a construção da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas (PNGATI). Porém, essas ações se tornaram até o momento sem efeito, uma vez que o governo não cumpre o compromisso de viabilizar a tramitação, aprovação e implementação desses instrumentos.

5º. A implementação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) e a autonomia política, financeira e administrativa dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs) não está acontecendo.

6º. A reestruturação da FUNAI não sai do papel e os problemas nas comunidades continuam se agravando. As coordenações regionais e coordenações técnicas locais não

estão funcionando, e o órgão indigenista paralizou as suas ações, notadamente a demarcação das terras indígenas, os processos de desintrusão e se comporta conivente do processo de criminalização de lideranças e comunidades indígenas.

7°. A educação escolar indígena diferenciada, direito conquistado na Constituição Federal e em Legislação específica, está sendo desrespeitada. O Ministério de Educação até o momento não implementou as decisões tomadas na Conferência Nacional de Educação Indígena e nem estruturou o setor correspondente para o cumprimento destas ações.

8°. A nossa participação na CNPI tornou-se sem sentido. Só voltaremos a esta Comissão quando a Presidente Dilma Roussef e seus ministros envolvidos com a questão indígena compareçam a esta instância dispostos a estabelecer uma agenda de trabalho e metas concretas, explicitando qual é a política indigenista que irá adotar para o atendimento das demandas e reivindicações que reiteradamente temos apresentado ao governo neste âmbito ou por intermédio dos nossos povos e organizações representativas como aconteceu no último Acampamento Terra Livre realizado em Brasília no período de 02 a 05 de maio de 2011.

9°. Reiteramos o nosso repúdio à forma autoritária e a morosidade com que o governo Dilma está tratando os nossos direitos e reivindicamos respeito a nossa condição de cidadãos brasileiros e representantes de povos étnica e culturalmente diferenciados, com direitos assegurados pela Constituição Federal e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Como o fizemos até agora, manifestamos a nossa disposição de continuar lutando e contribuindo na construção das políticas voltadas nós, desde que estas atendam os reais interesses e aspirações dos nossos povos e comunidades.

Brasília – DF, 16 de junho de 2011.

Bancada Indígena da CNPI. (grifos nossos).

6. 2. DA CRÍTICA JURÍDICA À IMAGINAÇÃO ANTROPOLÓGICA

O julgamento da Ação Popular n. 3388 é um marco na jurisprudência constitucional brasileira, tendo sido o primeiro momento em que o Supremo Tribunal Federal debruçou-se tão a fundo na compreensão sobre os direitos territoriais indígenas, pós Constituição de 1988.

Nesse quadro de possibilidades, a decisão de mérito na ação consignou perspectivas muito importantes para os povos indígenas no Brasil, as quais não posso deixar de considerar:

- pela primeira vez, um caso de demarcação de terras indígenas mobilizou o país inteiro, ganhando um espaço na mídia nunca antes visto, tornando popular um tema tão complexo;
- definiu que o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é constitucional, devendo ser encaminhado pelo Poder Executivo da União e não pelo Poder Legislativo;

- definiu a possibilidade de demarcação de terras contínuas, não obstante os Ministros tenham se digladiado em torno da possibilidade do Judiciário adentrar nessa questão indicando um modelo contínuo ou em ilhas;
- assentou a possibilidade de demarcação de terras indígenas em áreas de fronteira, restando por ser definida, nesses casos, a necessidade ou não de oitiva do Conselho de Defesa Nacional;
- adotou o regime de dupla afetação em casos de sobreposição entre terras indígenas e unidades de conservação, considerando que os direitos originários dos índios sobre suas terras e os direitos ambientais são conciliáveis;
- afirmou os direitos indígenas são originários, sendo o marco para a aferição da ocupação a data da promulgação da Constituição de 1988;
- a demarcação de uma terra indígena não constitui lesão ao patrimônio público, não inviabilizando a existência de unidades da federação nem comprometendo o seu desenvolvimento econômico.

Não obstante a esses “ganhos”, a Ação Popular também impingiu amarga derrota. Assim, faz-se necessário, depois de percorrer tortuoso caminho, tecer comentários mais detidos sobre o modo como o Supremo Tribunal Federal construiu a decisão acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e do próprio conteúdo dessa decisão.

Como diversas vezes ao longo do texto ressaltai, o instrumento processual da Ação Popular não é instrumento idôneo para discutir lei em tese ou para consignar uma providência em tese, ou seja, vinculante. A ação popular tem um objeto certo constitucionalmente definido: o ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico e à moralidade administrativa. Nesse sentido, não se encontra dentre as suas possibilidades a regulamentação de direitos, em especial direitos territoriais indígenas.

Conforme leciona Hely Lopes Meireles, “[...] o pronunciamento do Judiciário, nessa ação [popular], fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação”.⁶³⁰ No caso,

⁶³⁰ MEIRELES, Hely Lopes. op. cit., 2007, p. 128.

tendo sido constatada a inoocorrência da lesividade e declarada a constitucionalidade do procedimento demarcatório, era de se esperar que a ação fosse julgada improcedente.

Evitando, entretanto, oferecer uma resposta meramente formal às partes envolvidas na questão da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, valendo-se de uma decisão minimalista⁶³¹, o Supremo Tribunal Federal decidiu levantar os óbices formais e construir uma decisão completamente inovadora.

A definição de um “estatuto jurídico das terras indígenas”, com 19 condições ao exercício dos direitos ao usufruto exclusivo e à posse permanente dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, era medida cuja possibilidade de ocorrência, nem de longe, era vislumbrada no rito da ação popular. O Supremo Tribunal Federal inovou, dando a uma ação de controle concreto de constitucionalidade, um efeito típico de controle abstrato⁶³², algo que o ministro Gilmar Mendes chamou de *efeito transcendente*.

Abro, aqui, um rápido parêntese para falar do controle concreto e abstrato de constitucionalidade. Quanto às circunstâncias ou ao modo como se manifesta, o controle de constitucionalidade pode ser concreto ou abstrato. O primeiro é o que surge a propósito da aplicação de normas ou de quaisquer atos a casos concretos, visando a solução das lides. Já o controle abstrato dirige-se aos comportamentos do poder público ou às normas em si, por aquilo

⁶³¹ Decisão minimalista é aquela que procura decidir apenas o estritamente necessário à resolução da causa, não enfrentando grandes questões nem tampouco buscando elaborar amplos acordos acerca do tema, fazendo uso estratégico e recorrente do silêncio. Sobre decisões minimalistas, ver SUSTEIN, Cass. **One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass: Havard University Press, 2001.

⁶³² Denomina-se controle de constitucionalidade o procedimento através do qual órgãos do Estado verificam se determinados atos ou leis, que gozam de presunção de constitucionalidade por emanarem dos poderes públicos, estão em conformidade com a Constituição. Caso comprovado que não estão de acordo com a norma fundamental, tais leis ou atos são declarados nulos ou inaplicados. O objetivo do controle de constitucionalidade é garantir que a Constituição assuma esse lugar de destaque no ordenamento, protegendo-a de dispositivos infraconstitucionais com ela incompatíveis. Para Ana Maria D’Ávila Lopes, “(...) o estabelecimento de mecanismos de proteção da integridade do texto constitucional responde à necessidade de proteger a ordem fundamental, diante de possíveis violações pelo ordenamento jurídico ordinário”. (LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Jurisdição constitucional e constituições principiológicas*. In: SALES, Lília Maria de Moraes; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Orgs.). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento**. Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 41). Busca-se, com esse mecanismo, salvaguardar um mínimo de estabilidade nas relações jurídicas, evitando a proliferação de leis completamente incompatíveis entre si. Devendo obediência à Constituição, que é norma que se enquadra em uma posição hierarquicamente superior às demais, garante-se que as normas posteriores a serem elaboradas sigam as diretrizes normativas e valorativas fixadas constitucionalmente. A Constituição é, pois, a máxima expressão da soberania interna de um Estado, garantindo que todas as relações e normas, mesmo entre particulares, estejam sob o seu guarda-chuva normativo.

que significam à ordem jurídica, independentemente da sua incidência em quaisquer relações ou situações da vida.

Daí se falar em controle de natureza objetiva e subjetiva para se referir a essa classificação. Seria subjetiva quando se prende a um interesse direto e pessoal de alguém, quando tem por causa a repercussão da ofensa da Lei Fundamental nas esferas jurídicas de certas e determinadas pessoas, quando a ofensa à Constituição se repercute em lesão ou ameaça de lesão a direitos e interesses destas pessoas. É objetiva quando, à margem de um dado interesse, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva, quando o que se busca é a conformidade dos atos e das leis às normas constitucionais. Nesse ponto, Jorge Miranda faz uma observação interessante:

Todavia, deve frisar-se que há sempre uma face subjectivista e uma face objectivista em toda a fiscalização. Acontece é que cada sistema propende para certo sentido, realça mais uma face sem realçar a outra, estrutura-se com o centro ou nos direitos ou posições constitucionais dos sujeitos ou na constitucionalidade como valor em si.⁶³³

Essa classificação entre controle concreto e abstrato relaciona-se com a classificação que trata do controle em termos processuais, enquadrando-o como incidental ou principal. Diz-se incidental, o controle realizado no contexto de um processo judicial, em que a inconstitucionalidade é argüida como questão prejudicial ao exame do mérito, não configurando o objeto principal da demanda. Sendo exercido no âmbito do caso concreto, o controle incidental tem natureza subjetiva, envolvendo interesses de autor e réu. Por esse motivo, fala-se em inconstitucionalidade pela via da exceção ou defesa⁶³⁴. A abrangência da decisão que será sentenciada pelo juiz, é apenas entre as partes envolvidas no processo. Há a necessidade de um processo em curso, de uma causa em andamento, para que o problema da inconstitucionalidade seja considerado pelos tribunais.⁶³⁵

⁶³³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 2.ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 313.

⁶³⁴ A terminologia “pela via da exceção ou defesa” é criticada, uma vez que, na teoria geral do processo, ela nos remete à posição processual do réu, enquanto o pedido de inconstitucionalidade incidental pode ser fundamento da pretensão do autor, a exemplo do mandado de segurança.

⁶³⁵ Em geral, o controle incidental é associado ao modelo difuso, tendo em vista que, neste, a inconstitucionalidade é discutida no caso concreto, como prejudicial ao pedido principal. No direito comparado, a doutrina identifica exceções a essa regra, trazendo casos de controle exercido pelo Tribunal Constitucional, mas pela via incidental. Nesse sentido, Barbosa Moreira esclarece: “características ecléticas apresentam os sistemas atuais de controle na Itália e na República Federal da Alemanha que reconhecem a um único órgão judicial competência para apreciar a questão da constitucionalidade, mas lhe deferem o exercício dessa competência quer pela via *principal* (mediante a

A segunda forma de controle (controle principal) é aquela em que a questão constitucional é suscitada autonomamente, por meio de mecanismos de impugnação abstrata das normas, sendo a argüição de inconstitucionalidade o objeto principal da demanda. É o caso das ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, em que não se discute nenhum interesse subjetivo, não havendo partes (autor e réu) envolvidos no processo. Por isso se diz que o sistema de controle abstrato possui natureza objetiva, tendo a decisão nessas ações tem efeito vinculante e *erga omnes*, ou seja, oponível a todos.⁶³⁶

No Brasil, essas classificações se inter cruzam, fazendo com que o controle concreto de constitucionalidade também seja incidental, já que o pedido de inconstitucionalidade é apenas meio na busca do bem da vida pleiteado, tendo, portanto, efeitos apenas entre as partes litigantes⁶³⁷; e que o controle abstrato seja principal, já que aqui não há relação jurídica em confronto, o que se discute é a lei em tese, sendo a argüição de inconstitucionalidade o fim em si mesmo.

Esses institutos, históricos no direito processual brasileiro, foram inovados com a decisão do caso Raposa Serra do Sol, na qual o Supremo Tribunal Federal, em vez de julgar o pedido do autor, qual seja, a constitucionalidade da Portaria n. 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005, inseriu traços característicos do processo objetivo, firmando 19 diretivas para a interpretação e concretização dos direitos territoriais indígenas no Brasil, ampliando, portanto, o espectro de incidência da decisão.

Essa inovação processual no âmbito do controle de constitucionalidade realizado incidentalmente, sem constituir o pedido principal da ação, vinha sendo esboçada no julgamento

provocação de algum legitimado), quer por via *incidental*, a propósito de caso concreto, sujeito à cognição de qualquer outro órgão judicial, que submete a questão à Corte Constitucional, a fim de que esta a resolva com força vinculativa, ficando suspenso, nesse meio-tempo, o processo em que suscitou a questão. Na mesma corrente insere-se a Constituição espanhola de 1978 (arts. 161 a 165)". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. rev. e atual., v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30).

⁶³⁶ Destaque-se que as ações de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em tese são processadas e julgadas perante as cúpulas do Poder Judiciário. Nesse sentido, em se tratando de lei ou ato normativo municipal em ofensa à Constituição Estadual, a ação deve ser analisada perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Em se tratando de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, a ação deve ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal.

⁶³⁷ Para adquirir efeitos *erga omnes* e vinculantes, a decisão deve passar pelo crivo do Senado Federal, na forma consignada pela Constituição de 1988: "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

da Reclamação 4335-5/AC, cujo relator é o Min. Gilmar Mendes.⁶³⁸ Nessa ação, o voto do Ministro relator considerou que os efeitos de uma decisão proferida em sede de controle difuso – que, a rigor, atingiriam somente as partes envolvidas no processo – poderiam ser tais e quais os reconhecidos a uma decisão proferida em controle concentrado, independentemente de o Senado Federal atuar na forma da competência que lhe outorgou a Constituição Federal no art. 52, X, isto é, editando uma resolução para determinar a suspensão da eficácia da norma declarada incompatível com a Constituição.

Como contraponto a esse entendimento, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima discordam veementemente da tese esboçada pelo Ministro, entendendo que ela:

advoga, em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.⁶³⁹

A tendência apresentada no voto do Ministro Gilmar Mendes no bojo da Reclamação 4335/AC é repetida de forma semelhante na Ação Popular n. 3388, com a adoção das condições que passaram a integrar o dispositivo da decisão e que, como reconheceu o Ministro Menezes Direito, foram construídas com base na técnica legislativa⁶⁴⁰. Trata-se de uma tendência conhecida por “objetivação”, “dessubjetivação” ou “abstrativização” do controle concreto. Buscando esclarecê-la, Clarissa Teixeira Paiva enuncia que “talvez a experiência brasileira de convivência entre as duas formas de controle, consagradas no direito internacional, tenha

⁶³⁸ A Reclamação foi proposta pela Defensoria Pública da União, em 04 de maio de 2006, em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que vedou a progressão de regime para condenados por crime hediondo, mesmo após o julgamento do HC n. 82.959, pelo Supremo Tribunal Federal. Entendeu o magistrado que o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º. da Lei 8.072/90 foi proferido em sede de controle difuso, não tendo efeito *erga omnes* nem vinculante. Até fevereiro de 2011, a referida reclamação ainda aguardava julgamento, tendo recebido votos favoráveis do Relator e do Min. Eros Grau e votos pela improcedência do Min. Joaquim Barbosa e do Min. Sepúlveda Pertence.

⁶³⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. . **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>. Acesso em 12 de jan. 2010.

⁶⁴⁰ STF. Ação Popular n. 3388, p. 13.572.

caminhado para um estágio evolutivo de aperfeiçoamento em que se procura privilegiar o melhor que cada sistema tem a oferecer”.⁶⁴¹

Várias são as razões apontadas pela doutrina no sentido de explicar a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade⁶⁴², dentre elas: firmar o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional no Brasil e não como instância recursal; diminuir o volume de processos em tramitação no STF através da atribuição de efeitos gerais a qualquer decisão em controle de constitucionalidade proferida pelo Pleno; criar de barreiras de contenção de recursos, implicando que o STF só deverá analisar questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes.

Ocorre que, essa tendência de abstrativização do controle difuso, diferentemente do que afirmou Clarice Teixeira Paiva, não parece caminhar para um sistema híbrido em que se procure privilegiar o melhor do controle difuso e do modelo concentrado. No caso do julgamento da Petição n. 3388, a pretexto de realizar uma interpretação constitucionalmente adequada aos direitos territoriais indígenas, o STF normatizou, estabelecendo uma decisão com efeitos transcendentais, ou melhor seria dizer, vinculantes, sem a necessidade, inclusive, de se tornar súmula vinculante.⁶⁴³

A própria técnica adotada para as condicionantes no sentido de mesclar dispositivos que já constavam no ordenamento jurídico aplicável às terras indígenas (Constituição Federal de 1988, Lei n. 6.001/73) e inovações normativas criadas pelo STF tinha a intenção de equiparar todas as condicionantes, como se o STF não estivesse fazendo um trabalho de criação, mas

⁶⁴¹ PAIVA, Clarissa Teixeira. **Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade**. Revista da AGU. Brasília, ano VII, n. 17, jul./set. 2008, p. 49.

⁶⁴² Sobre o tema, ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁶⁴³ Importante observar, nesse sentido, que a única proposta de súmula vinculante decorrente do julgamento da Petição n. 3388, ajuizada até o presente momento, foi a que se referia ao marco temporal de 1988, tema que não recebeu dos ministros uma condicionante específica, integrando o fundamento da decisão e não o dispositivo. Isso indica que o dispositivo não precisará de súmula vinculante para ser aplicado em outras demarcações, sendo ínsito o efeito transcendente como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes. O Ministério Público Federal, nos embargos de declaração ajuizados em face das condicionantes adotadas na Ação Popular n. 3388, escreveu que: “Na verdade, para proferir orientações gerais dotadas de força impositiva a partir de processos subjetivos, o STF teria que se valer do procedimento adotado para a edição de súmula vinculante (art. 103-A, CF). Contudo, na hipótese [da Petição n. 3388], isto não seria possível, seja porque não há reiteradas decisões da Corte sobre as matérias que foram objeto das condições (art. 103-A, *caput*, CF), seja porque estas não geram ‘relevante multiplicação de processos sobre matéria idêntica’ (art. 103-A, parágrafo 1º, CF)”. (STF. Ação Popular n. 3388, p. 16.159).

apenas de esclarecimento do querer constitucional, como se atuasse apenas para ser “a boca da lei”⁶⁴⁴, enunciando a interpretação literal do texto constitucional. Essa postura já foi analisada por Bourdieu, para quem haveria uma “fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la”.⁶⁴⁵

As condicionantes foram alvo da irresignação do Ministério Público Federal que, em embargos de declaração apresentado, consignou que:

não cabe ao STF, a partir de *obiter dictum* lançado em voto proferido em sede de processo subjetivo, traçar parâmetros abstratos de conduta, máxime em contexto em que os mesmos não foram sequer objeto de discussão no curso da lide. [...] É certo que o STF vem relativizando a ideia tradicional, de matriz kelseniana, de que seu papel no âmbito da jurisdição constitucional é o de mero legislador negativo. A corte, em sintonia com outros tribunais constitucionais, vem admitindo, em algumas circunstâncias especiais, a prolação de decisões de caráter aditivo. Sem embargo, os princípios democrático e de separação dos poderes impõem limites para essa atividade normativa do STF, que foram ostensivamente ultrapassados no caso. Na hipótese, sem nenhuma discussão prévia na sociedade, simplesmente foi proposta a edição de comandos gerais e abstratos, em tema extremamente complexo de enorme relevância jurídica. Tal procedimento viola não apenas as regras legais concernentes aos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada (CPC, arts. 469 e 472, art. 18 Lei n. 4717/65), como também fere de morte os princípios do Estado democrático de direito e da separação dos poderes segundo os quais cabe ao legislador, devidamente legitimado pelo voto popular, a prerrogativa de expedir normas gerais e abstratas de conduta.⁶⁴⁶

Com efeito, as questões abordadas nas condicionantes não foram objeto específico da lide, não guardando relação com os limites traçados para a procedência ou não de uma ação popular. O mais grave, contudo, é que sobre essa técnica jurídica, que inovou ao desenhar um arcabouço normativo denominado “estatuto jurídico para as terras indígenas”, não se estabeleceu o contraditório. As partes, os diversos grupos e instituições afetadas pelas medidas consignadas não puderam se manifestar e influir na elaboração das citadas condições, não tendo sido renovado o prazo para sustentação oral.

⁶⁴⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e argumentação**: um contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65.

⁶⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. op. cit., p. 219.

⁶⁴⁶ STF. Ação Popular n. 3388, p. 16.158-16.159.

Ademais, a inovação da técnica jurídica, que, como afirma Ana Paula Caldeira Souto Maior⁶⁴⁷, refletiu as pressões sofridas pela Corte, consignou dispositivos que ofendem o direito à terra e a autonomia na gestão territorial pelos povos indígenas, conforme se verifica na análise de cada uma das condicionantes:

6.2.1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar

A primeira condicionante adotada pelos Ministros no julgamento da Petição n. 3388 se refere ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. Embora a condicionante cite dois dispositivos constitucionais aplicáveis à matéria, ela inova ao afirmar que o usufruto dos povos indígenas *pode ser suplantado de maneira genérica*.

Isso significa que, não obstante tenham sido inúmeras as citações nos votos dos Ministros acerca do princípio da unidade da Constituição⁶⁴⁸, o conceito indeterminado “relevante interesse público da União”⁶⁴⁹ sempre terá prevalência sobre os direitos dos índios ao usufruto de rios, lagos e das riquezas do solo, tendo maior carga normativa que o capítulo que a Constituição abre aos índios.

⁶⁴⁷ Ana Paula Caldeira Souto Maior. STF confirma a constitucionalidade da demarcação da TI Raposa Serra do Sol. In: VERÍSSIMO, Adalberto et al. (Orgs.). **Áreas Protegidas na Amazônia brasileira: avanços e desafios**. Belém: Imazon; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011, p. 51.

⁶⁴⁸ O princípio da unidade da Constituição é um princípio importante que orienta a interpretação da Constituição, em especial no caso de conflitos entre normas constitucionais. Nas palavras de Friedrich Müller: “esse princípio ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A ‘unidade da constituição’ enquanto visão orientadora da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como arcabouço de normas. Este, por um lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si, mas forma, por outro lado, provavelmente, um todo integrado com sentido”. (MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82). O princípio da unidade da Constituição não desconsidera, portanto, as tensões existentes entre os dispositivos constitucionais, mas indica quem, em havendo eventual contradição que apareça como resultado parcial do processo de concretização das normas, a tarefa interpretativa deve dirigir-se no sentido de harmonizar, o máximo possível, os dispositivos, evitando que um anule o outro.

⁶⁴⁹ Observe que a condicionante, em sua redação final, ficou um pouco mais favorável para os indígenas do que anteriormente consignado no voto do Ministro Menezes Direito que não apresentava o adjetivo “relevante”, a indicar que o usufruto dos indígenas poderia ser suplantado pela simples presença de qualquer interesse da União.

Podendo ser suplantado de maneira genérica, o direito ao usufruto deixa de ser direito para se tornar uma mera liberalidade do Estado, podendo ser excluído *a priori*, desde que haja relevante interesse público da União. Isso significa, além de negar força normativa ao art. 231 da Constituição Federal, que é prescindível realizar ponderação de interesses sempre que diante de um conflito entre relevante interesse Público da União e direito ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos reconhecidos aos povos indígenas.

A primazia incondicional do interesse da União a suplantar, de maneira genérica, os direitos indígenas representam, ainda, uma autorização genérica ao Congresso para que, ao legislar sobre a matéria, estabeleça qualquer coisa como interesse legítimo da União.

6.2.2. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional

6.2.3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei

As condicionantes n. 2 e 3 são decorrentes do art. 231, §3º da Constituição Federal que assim dispõe: “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

Entretanto, na construção dos enunciados, foi suprimida uma parte importante do dispositivo constitucional que assegura a oitiva das comunidades indígenas nos casos de realização dessas intervenções gravosas nas terras tradicionalmente ocupadas por elas.

As duas condicionantes implicaram, portanto, em uma redução no texto constitucional sem qualquer fundamento jurídico, social ou antropológico. Atuaram, nesse ponto, os Ministros como Poder Constituinte, arvorando-se na tarefa de reescrever a Constituição.

Destaco que há autores que entendem ser necessário, para que haja aproveitamento dos recursos hídricos, pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas, não só a autorização

do Congresso Nacional, mas, antes disso, a prévia edição de lei complementar que definirá o relevante interesse público em favor da União.⁶⁵⁰

6.2.4. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira

A Constituição, no art. 231, § 7º, determinou não se aplicarem às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º, que se refere à organização da atividade garimpeira.

Pelo texto constitucional não fica claro que o usufruto dos índios não abrange a garimpagem e a faiscação, mas apenas que nas terras indígenas o Estado não pode incentivar e favorecer a atividade garimpeira.

Entretanto, o art. 44 da Lei n. 6.001/73 estabelece que “as riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas”.

A condicionante, contrariando, em parte, expressa disposição legal, esclarece que é possível aos indígenas realizar garimpagem nas terras que tradicionalmente ocupam, desde que obtenham permissão da lavra garimpeira junto aos órgãos competentes, no caso o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

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

Essa condicionante peca pelas mesmas razões que a condicionante n. 1, estabelecendo à política de defesa nacional uma carga valorativa e normativa superior ao usufruto dos índios, que, em qualquer hipótese, fica subordinado aos interesses daquela e dependentes das leituras sobre

⁶⁵⁰ Nesse sentido, ver SANTILLI, Juliana. Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Fabris, 1993, p. 145-160.

segurança nacional realizada por órgãos próximos às Forças Armadas. Ressalte-se que, pela redação da condicionante, ela é aplicável não só em terras indígenas localizadas em áreas de fronteira, mas a qualquer terra indígena.

A restrição imposta por essa condicionante se torna mais grave que a estabelecida no item 6.2.1., uma vez que expressamente menciona a imprestabilidade da consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai, no caso de instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, da expansão estratégica da malha viária, da exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e do resguardo das riquezas de cunho estratégico. Tais atividades serão implementadas apenas levando em consideração a manifestação do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional.

Ocorre que, conforme dispõe o art. 6º da Convenção n. 169/89 da OIT, é direito dos povos indígenas e obrigação dos governos 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. Essas consultas, conforme prevê o mesmo artigo no item 2, devem 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.

Como a Convenção n. 169/89 foi incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e do Decreto Presidencial n. 5051, de 19 de abril de 2004⁶⁵¹, o direito à consulta prévia tem plena aplicabilidade no ordenamento brasileiro, sendo um instrumento importante no diálogo com o Estado, sempre que medidas legislativas ou administrativas que pretendam ser implementadas por este venham a afetar os povos indígenas. Diante disso, fica o questionamento acerca da possibilidade de o STF simplesmente desconsiderar esse direito, submetendo os interesses dos indígenas ao entendimento do Ministério da Defesa e do Conselho de Defesa Nacional.

⁶⁵¹ Ainda que a Convenção n. 169/89 da OIT não tivesse sido incorporada no ordenamento brasileiro, a Corte Máxima, no julgamento do RE 466.343, em dezembro de 2008, entendeu pelo “status” privilegiado dos tratados de direitos humanos, divergindo quanto à hierarquia destes. Prevaleceu, por pequena maioria (5 a 4), a tese da supralegalidade e, pois, de eficácia paralisante de legislação infraconstitucional com eles incompatível.

Ressalto que o mesmo vigor com que se determina a construção de bases, unidades e postos militares em terras indígenas não é observado, no entanto, quando se fala na instalação deles em extensas propriedades privadas, que podem ou não estar em áreas de fronteira.

6.2.6. A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai

O direito à consulta às comunidades indígenas também é negado nessa condicionante que estabelece a primazia da atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, em detrimento de quaisquer outros direitos que os povos indígenas possuam. Diante disso, pode-se extrair do dispositivo o seu verdadeiro fundamento: os povos indígenas no Brasil ainda são visto como ameaça à soberania nacional.

A preocupação, contudo, não se sustenta. O movimento indígena brasileiro nunca manifestou, dentre as suas bandeiras de luta, a intenção de erigir Estados nem dentro nem fora do Estado Brasileiro. Suas formas de convivência com o poder estatal não tendem à secessão, mas antes buscam uma parceira, uma articulação com o Estado, exemplo disso é a participação de lideranças indígenas na Comissão Nacional de Política Indigenista. Os povos indígenas brasileiros não tem experiência histórica de adoção de uma forma de organização centralizada que lhes sirva de antecedentes.⁶⁵²

6.2.7. 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

⁶⁵² Nesse sentido, Pierre Clastres, estudando as sociedades indígenas da América do Sul, o que incluiu as sociedades indígenas no Brasil, constata que nelas o espaço da chefia não é o lugar do poder. O chefe está a serviço da sociedade, sendo esta em si mesma verdadeiro lugar do poder. O chefe tem apenas prestígio, pelos dons oratórios, pelo carisma e pela sua capacidade técnica, nomeadamente a militar, mas sua palavra não resulta em ordem ou lei, sendo despida de qualquer pretensão de comando. Essas sociedades constituíram um arcabouço cultural que impede o surgimento da figura do “chefe que quer bancar o chefe”, interditando a emergência de um poder político individual e central, ou seja, o Estado. Não há, pois, espaço na ordem sócio-cultural de um poder político separado da sociedade. O poder político, como uma necessidade inerente à vida social, é universal, embora possa se realizar de formas distintas: pela via do poder coercitivo e pela via do poder não coercitivo. O que adotam essas sociedades é o segundo modelo, distinto. (CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003).

necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação

Aqui a condicionante peca por não prever expressamente que a instalação desses equipamentos deve ser precedida de consulta às comunidades indígenas, devendo ser garantido, sempre que houver dano aos direitos indígenas, o direito à compensação e mitigação.

O direito à compensação e à mitigação já é observado nos casos de construção de estradas, instalação de redes elétricas em terras indígenas, uma vez que o dano por eles suportado corresponde à supressão territorial.

A consulta às comunidades indígenas é crucial nesses casos, uma vez que a instalação ou construção de equipamentos pode afetar de forma grave a dinâmica cultural e a organização social do povo indígena, devendo-se ter claro que a consulta deve prever também o direito de discordar do projeto.

No âmbito da América Latina, importa destacar a recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em 28 de novembro de 2007, condenou o Suriname por desconhecer direitos fundamentais do povo tribal Saramaka, na aprovação da construção de uma hidrelétrica que afeta suas terras tradicionais. Dentre os principais argumentos trazidos na decisão, encontra-se a ofensa ao direito de consulta prévia sobre medidas administrativas para efeitos de autorização e construção da obra em território Saramaka.⁶⁵³ A decisão proferida pela Corte também consignou que:

*[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.*⁶⁵⁴

6.2.8. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

Ao determinar que o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), ligado ao Ministério do Meio Ambiente, será o responsável pela administração da

⁶⁵³ A sentença, na íntegra, encontra-se disponível em http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/CIDH-Saramaka%20vs%20Surinam%20Derecho%20Consulta-%20Consentimiento.pdf.

⁶⁵⁴ Disponível em http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/CIDH-Saramaka%20vs%20Surinam%20Derecho%20Consulta-%20Consentimiento.pdf.

unidade de conservação sobreposta à terra indígena, a condicionante retira a autonomia dos povos de gerirem parte do território que tradicionalmente ocupam. No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, isso é mais grave, uma vez que o Parque Nacional do Monte Roraima está assentado no local que, para os Makuxi, Ingarikó, Patamona, Taurepang e Wapixana, é a origem de tudo o que é conhecido.

Entre reconhecer a possibilidade de os povos indígenas gerirem em parceria com o Instituto Chico Mendes a área de dupla afetação (terra indígena e unidade de conservação) e a gestão ser exclusiva da entidade estatal, os Ministros deram prevalência à segunda hipótese, ofendendo, nesse ponto, o art. 15, item 1 da Convenção n. 169/89 da OIT que estabelece: “os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados”.

A atribuição ao ICMBio da exclusividade na administração da unidade de conservação, sendo responsável pelo usufruto dos indígenas, implica, ainda, no fortalecimento de uma visão tutelar que a Constituição fez por bem em rechaçar. Os povos indígenas tem autonomia para ajuizar ações, reconhecendo-se a eles o direito à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Além disso, a condicionante promove uma ponderação prévia e genérica entre dois direitos (ao usufruto exclusivo dos indígenas e ao meio ambiente equilibrado) que, apenas em situações específicas, poderão entrar em conflito. Não obstante, opta pela defesa da unidade de conservação, de forma prévia.

6.2.9. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai

A condicionante n. 9 limita a abrangência da restrição imposta na condicionante anterior, ao afirmar que a comunidade indígena deve participar da administração da área de

unidade de conservação juntamente com o Instituto Chico Mendes, levando-se em conta as tradições e os costumes indígenas.

Nesse sentido, pode-se interpretar o item no sentido do dever do ICMBio de considerar a participação indígena e a forma com que os índios usam a área de sobreposição, partindo da discussão sobre gestão compartilhada e participativa. Ou então, em conjugação com a condicionante anterior, interpretar a oitiva das comunidades indígenas apenas como um fator a ser sopesado pela autoridade ambiental.⁶⁵⁵

6.2.10. O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

A condicionante não prevê o direito dos povos indígenas de gerir o território afetado pela unidade de conservação, permitindo ou negando o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios. Essa gestão é feita de forma exclusiva pela administração da unidade de conservação (a cargo do ICMBio), quem define os horários e condições para esse trânsito.

6.2.11. Devem ser admitidos o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai

Desconsiderando o que a Constituição estabeleceu, no art. 231, no sentido de reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, superando a noção de tutela que vigorava na Lei n. 6.001/73, a condicionante aponta que o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena obedecerão as condições estabelecidas exclusivamente pela Funai, omitindo-se quanto à qualquer participação indígena nesse processo.

⁶⁵⁵ Acerca da possibilidade de gestão partilhada de terras indígenas e unidades de conservação, há uma importante obra coletiva publicada: RICARDO, Fany (Org). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza – o desafio das superposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

6.2.12. O ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas

Limitando as possibilidades de usufruto da terra indígena, inclusive no que se refere ao turismo sustentável desenvolvido pelos povos indígenas em muitas terras tradicionalmente ocupadas, a condicionante n. 12 proíbe a cobrança de qualquer tarifa pelo ingresso, trânsito e permanência de não índios nas terras demarcadas.

No Ceará, por exemplo, os povos indígenas Jenipapo Kanindé, Tremembé e Tapeba compõem a Rede Cearense de Turismo Comunitário – Rede Tucum⁶⁵⁶, que busca, na contramão do turismo convencional, construir um modelo de turismo pautado no “controle efetivo da população local sobre o seu desenvolvimento, sendo ela diretamente responsável pelo planejamento das atividades e pela gestão das infra-estruturas e serviços turísticos”.⁶⁵⁷ Caso essa condicionante seja adotada de forma acrítica à gestão territorial realizada por outros povos indígenas, poderia haver uma proibição desse tipo de uso.

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

Esta restrição é discriminatória em relação aos demais brasileiros que podem ser indenizados por danos causados aos seus direitos, sempre que houver instalação e utilização de equipamentos que, a despeito de serem colocados a serviço do público, gravar o território de um ônus, que pode ter conseqüências não só econômicas, mas principalmente socioambientais.

Acerca desta condicionante, Joenia Batista de Carvalho, advogada Wapichana que atuou na Ação Popular n. 3388, como advogada das comunidades indígenas, escreve que:

Ao dizer que não pode haver cobrança de qualquer quantia pela existência de estradas, linhas de transmissão ou quaisquer equipamentos públicos, poderá se estar proibindo as populações indígenas de receberem indenização ou compensação financeira pela criação de servidões ou pela utilização de parte de suas terras por grandes obras de infraestrutura, como ocorreria com qualquer cidadão. [...] A condição XIII seria, assim, uma

⁶⁵⁶ Disponível em <http://www.tucum.org/oktiva.net/2313/secao/18713>. Acesso em 12 de mai. 2011.

⁶⁵⁷ Disponível em <http://www.tucum.org/oktiva.net/2313/secao/18703>. Acesso em 12 de mai. 2011.

regra discriminatória. [...] O propósito de tornar as terras indígenas como bens da União foi o de proteger a base física de sobrevivência dos índios, não de torná-la uma reserva de recursos naturais para a utilização indiscriminada pelo poder público.⁶⁵⁸

6.2.14. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973)

Reprodução atualizada do art. 18, do Estatuto do Índio, que determina: “As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas”.

6.2.15. É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973)

Reprodução atualizada do art. 18, § 1º, do Estatuto do Índio, que estabelece: “Nessas áreas [terras indígenas], é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa”.

6.2.16. As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/73), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros

Embora não haja disposição legal ou constitucional expressa no sentido de resguardar o patrimônio indígena dos ônus tributários, os Ministros entenderam que os resultados da lavra de riquezas minerais em terras indígenas e a renda indígena, que é aquela resultante da aplicação de

⁶⁵⁸ WAPICHANA, Joenia. A reafirmação da Raposa Serra do Sol e novos desafios. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (Orgs.). **Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídicas popular**. Curitiba: Terra de Direitos, 2010, p. 195.

bens e utilidades integrantes do Patrimônio Indígena, deveriam gozar de plena imunidade em face da cobrança de impostos, taxas e contribuições.

Esta é uma das únicas condicionantes que são favoráveis à questão indígena.

6.2.17. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada

Esta condicionante é, certamente, a mais ofensiva aos direitos territoriais indígenas, não só por contrariar o dispositivo constitucional que garante serem imprescritíveis as terras indígenas, mas também por convalidar erros da Administração Pública em prejuízo dos índios, privilegiando uma suposta situação jurídica consolidada e a segurança jurídica, princípio esse que não tem correspondente nos usos, costumes e tradições indígenas.

Por não deixar claro a quem se dirige essa condicionante se a terras indígenas demarcadas antes da Constituição de 1988 ou somente depois dela, o item dá margem a interpretações de que a vedação se aplicaria a ambas as situações indistintamente.

Ocorre que o peso da limitação proposta é muito maior para os povos indígenas que tiveram suas terras demarcadas antes de 1988, uma vez que a Constituição operou mudança significativa na definição de terras indígenas, subordinando o conceito aos usos, costumes e tradições indígenas. Terras demarcadas ainda durante o regime do Serviço de Proteção ao Índio – SPI tinham dimensões diminutas e não correspondiam ao território indígena:

[O SPI] aldeava com o intuito de “favorecer” a integração dos indígenas na “comunhão nacional”. Esse objetivo, aliás, perdurou em vários setores do governo federal, até mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que além de ratificar os direitos dos povos indígenas varrendo a lógica “integracionista”, determinou a absoluta proteção de suas terras e lugares sagrados ocupados por eles, mantendo-os em seu habitat natural (art. 231 e parágrafos da CF). Na prática, a ação do SPI significou uma tentativa final de “limpar” as terras, para que colonizadores e outros interessados concluíssem a posse do território Guarani e Kaiowá.⁶⁵⁹

A citação menciona a demarcação do território Guarani Kaiowa e Nandeva, no Estado do Mato Grosso do Sul, que vivem em oito áreas indígenas delimitadas entre os anos de 1920 e 1930 pelo SPI, dividindo o espaço do seu território tradicional com fazendas, plantações de soja e gado.

⁶⁵⁹ Conselho Indigenista Missionário – Regional Mato Grosso do Sul; Comissão Pró-Índio de São Paulo; Procuradoria Regional da República da 3ª Região. **Conflitos de Direitos sobre as Terras Indígenas Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 59.

Longe de ser uma realidade apenas dos Guarani, a demarcação em glebas diminutas fazia parte da rotina do órgão indigenista. Nesse sentido, João Pacheco de Oliveira narra:

A noção com que trabalhamos, atualmente, de “território indígena”, que está presente na legislação e que demanda dos antropólogos relatório técnicos de identificação e peritagens judiciais, é uma elaboração dos brancos e historicamente datada. A sua constituição ocorreu na década de 1950, por ocasião dos debates relativos à criação do Parque Indígena do Xingu⁶⁶⁰. A proposta final apresentada pelo SPI incorporava argumentos e sugestões de diversos antropólogos, como Darci Ribeiro, Roberto Cardoso de Oliveira e Eduardo Galvão. Nela tomava-se como dever do Estado, e finalidade explícita de uma política pública, a preservação das culturas indígenas estabelecidas pelo menos há mais de um século na região dos formadores do rio Xingu, mantendo uma relação simbiótica com aquele nicho ecológico, sem permitir a implantação de empreendimentos mercantis e de colonos brancos, mas desenvolvendo técnicas próprias de convivência e relações internas estáveis. Pela primeira vez, propunha-se a destinação, aos índios, de uma parcela bastante extensa do território nacional, e o argumento utilizado para justificar tal proposta, bem como os limites geográficos ali estabelecidos, era que os recursos naturais ali existentes seriam os necessários e suficientes para garantir aos índios a plena reprodução de sua cultura e do seu modo de vida. Foi esse padrão de definição de terra indígena que veio a estar presente na Emenda Constitucional de 1969 e na Constituição de 1988, fundamentando, ainda, os critérios que subsidiam os atuais processos de reconhecimento de áreas indígenas. As iniciativas anteriormente colocadas em prática pelo SPI pretendiam justificar-se por argumentos exclusivamente humanitários [...]. Por sua vez, as terras destinadas aos índios [...] eram de dimensões bem mais modestas, correspondendo a glebas e fazendas menores. Imbuído de uma perspectiva evolucionista e contribuindo para a regularização do mercados de terras nas regiões de fronteira, por meio de sua ação pacificadora, o SPI não costumava verbalizar a intenção de preservação cultural, nem estabelecia uma conexão necessária entre uma cultura indígena e um dado meio ambiente. As terras que eram atribuídas pelo SPI a populações indígenas que foram objeto de um processo de pacificação – e conseqüentemente sedentarização e tutela – eram muito menores que a região onde construíam seus aldeamentos (sazonais ou com periodicidade mais extensa) e transitavam com certa regularidade.⁶⁶¹

A citação, embora extensa, demonstra que a atuação do SPI ao demarcar terras indígenas era voltada muito mais para a liberação de áreas para expansão da fronteira econômica, do que efetivamente de reconhecimento de direitos dos índios sobre um território, que além de morada, é o espaço físico e simbólico onde eles desenvolvem sua existência diferenciada.

⁶⁶⁰ Destaque-se que a demarcação de terras indígenas para a criação do Parque Indígena do Xingu foi alvo de ações judiciais. Na Ação Cível Originária n. 362/MT que tramitou perante o STF, o ministro Gilmar Mendes, na época Procurador da República, ofereceu, em nome da União Federal, a contestação, alegando que o preceito constitucional consignado no art. 231 não poderia ser reduzido ao conceito de posse do Direito Civil, pois abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, ‘toda área por eles habitada’, utilizada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural.

⁶⁶¹ OLIVEIRA, João Pacheco de. op. cit., 2000, p. 20.

Nesse sentido, ao impedir que essas situações sejam revistas, o STF reduziu a proteção do direito das populações indígenas sobre suas terras, consolidando demarcações inconstitucionais.

Além disso, mesmo para aquelas demarcações que foram realizadas com fundamento na Constituição de 1988, é possível que um aumento populacional considerável ou outros fatores tornem necessário o aumento da área demarcada. Negar isso a priori, sem uma análise de cada caso é condenar as sociedades indígenas a ficarem estáticas no tempo. A realidade dessas sociedades, como de qualquer outra sociedade humana, não é estática no tempo, mas dinâmica, o que se reconhece que essas sociedades tem história!

Ressalte-se também que, na forma como está redigida, a condicionante pode dar margem à leitura de que seja impossível ampliar terras indígenas ainda que não seja sob a forma de demarcação. Entretanto, não há razão legítima que justifique a impossibilidade de aquisição de novas terras pelas formas tradicionais da legislação civil, como está expresso nos arts. 32 e 39, III, da Lei 6001/73.

6.2.18. Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)

Reprodução do art. 231, §4º da Constituição Federal de 1988.

6.2.19. É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento

A participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas está previsto no Decreto n. 1.775/96, no art. 2º, § 8º: “desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior”.

Nesse sentido, do modo como está escrito, a condicionante representa apenas um reforço ao dispositivo transcrito.

6.2.20. A tese do fato indígena: a data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, como marco temporal da ocupação

Embora esse entendimento não conste nas condicionantes, é inegável que o STF nesse ponto também inovou.

Até o julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, vigorava na jurisprudência constitucional e perante os estudiosos no tema que os direitos indígenas, reconhecidos como originários, representavam a consagração do instituto do indigenato, por meio do qual a posse indígena não estaria sujeita à legitimação, sendo uma posse congênita e, portanto, distinta do instituto da posse previsto no direito civil.

O instituto do indigenato foi estudado por João Mendes Júnior que consagrou um dos mais sólidos entendimentos sobre a temática. De acordo com o autor:

Das terras devolutas, a lei reservou as necessárias para a fundação de povoações e abertura de estradas e mais as fundações públicas e para a colonização dos indígenas. Lei 601, de 1850. O regulamento de 1318, de 30 de janeiro de 1854, interpretando a referida Lei, declarou que as terras seriam reservadas para colonização “e aldeamento dos indígenas nos distritos que existirem hordas selvagens”. (arts. 72 a 75). O fim da lei era reservar terras para os índios que se aldeassem. [...] em qualquer hipótese, suas terras [dos indígenas brasileiros] lhe pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de Abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro⁶⁶².

Assim, a partir das Constituições brasileiras de 1934 até 1988 apenas se reforçou o instituto do indigenato, reconhecido por legislações anteriores, e que distinguia a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação, resguardando-as de impulsos mercantis. As terras indígenas ficaram a salvo, portanto, por se tratarem de bens que se situavam fora do comércio.

A Constituição de 1988 rendeu flores ao instituto do indigenato ao reconhecer os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, *caput*) e

⁶⁶² MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil**, seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hnries, Iramos, 1912, p. 57.

ao tornar nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas (art. 231, § 6º).

Assim, embora a jurisprudência do STF já tivesse se consolidado no sentido de que não há direito adquirido diante da Constituição (RE n. 94414, Rel. Min. Moreira Alves), era inegável que, em matéria de direitos indígenas, foi a própria Constituição que nos remeteu ao passado, deixando a salvo os direitos dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, posto que originários, anteriores, portanto, ao próprio regime constitucional.

A proteção constitucionalmente conferida às terras indígenas, entendendo serem os direitos sobre elas originários dos povos indígenas, tornou o instituto do indigenato tradicional do Direito Público e Constitucional brasileiro, representando, portanto, importante parâmetro para uma interpretação histórica do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas.

Entretanto, nos fundamentos do voto do Ministro relator e do Ministro Menezes Direito, foi estabelecido que o marco da ocupação indígena não era definido pela etno-história, mas sim pela data intransponível da promulgação da Constituição de 1988, qual seja, 5 de outubro de 1988.

O marco temporal da entrada em vigor da Constituição de 1988, desse modo, funcionaria, como propõe o Ministro Carlos Britto, como uma “*chapa radiográfica* da questão indígena”, tornando-se necessário demonstrar a efetiva ocupação indígena em 1988, para fins de se reconhecer a posse permanente e usufruto exclusivo.

Fixar um marco cronológico de acordo com a forma como a sociedade ocidental conta o tempo e estabelecer que antes ou depois daquele dia não se reconhecem os direitos dos indígenas sobre as terras que ocupam é cancelar o esbulho das terras indígenas, conseqüentemente, o etnocídio.

A fixação de um marco em 1988 abriu a possibilidade para a interpretação de que se há títulos dominiais concedidos antes de 1988 e os índios nela não se encontravam nesta data, as terras não seriam indígenas. Evitando esse tipo de interpretação reducionista, o STF ressaltou o direito daqueles povos que não estavam ocupando a terra na data da promulgação da Constituição em razão de sua expulsão por parte de terceiros.⁶⁶³

⁶⁶³ Na Ação Cível Originária n. 323/MG, julgada em 14 de outubro de 2003, o STF julgara que o afastamento forçado dos indígenas de suas terras não implicava da perda do direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Como se observa das condicionantes, a maioria delas estabeleceu uma preponderância genérica dos interesses classificados como “razões de Estado”⁶⁶⁴, tais como a defesa nacional, soberania e integridade do território, em detrimento dos direitos territoriais indígenas. Essa preponderância não se coaduna com as teorias da Constituição, nem com a metodologia específica utilizada para interpretar seus dispositivos, a qual exige um esforço do intérprete no sentido de compatibilizar as normas constitucionais sem anulação do núcleo essencial de nenhuma delas. Ademais, esse exercício de ponderação é sempre contextual e situacional, a indicar que a ponderação realizada em um caso concreto não pode concluir pela edição de uma lei geral válida para casos completamente distintos daquele que originou a interpretação⁶⁶⁵. Acerca da solução de tensões de bens constitucionalmente protegidos, esclarece J. J. Gomes Canotilho que, diante de tal problemática, deve-se utilizar da ponderação desses princípios, destacando a inexistência de uma ordem abstrata de bens constitucionais, o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão aditada às circunstâncias do caso.⁶⁶⁶

Ocorre que, na Ação Popular n. 3388, estava em confronto, por exemplo, princípios institucionais do Estado, como a defesa nacional e integridade do território, e os direitos fundamentais dos povos indígenas, tendo o STF concluído pela priorização dos primeiros em face dos segundos, subvertendo a própria importância histórica das Constituições, que foram instrumentos criados para salvaguardar os direitos do cidadão frente aos arbítrios estatais. No caso, os direitos indígenas foram suplantados em nome dos interesses maiores do Estado.

Ana Paula Souto Maior destaca que, por terem sido geradas em uma ação na qual não foram objeto de contraditório e ampla defesa, não fazendo parte do objeto de pedir da ação que foi julgada: a anulação do procedimento de demarcação, “a interpretação destas salvaguardas

⁶⁶⁴ Sobre as razões de Estado, ver FOUCAULT, Michael. **O nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶⁶⁵ Ao adotar uma solução geral para toda vez em que houver confronto entre os direitos territoriais indígenas e a atuação das forças armadas ou com relação à tutela do meio ambiente, os Ministros do STF buscaram reduzir ou minimizar *a priori* o conflito, o confronto, conferindo, de antemão, uma resposta a ele, sempre contrária aos interesses indígenas, reproduzindo uma visão assimilacionista e integracionista dos povos indígenas, como uma forma de manter o *status quo*. Essa postura faz todo o sentido quando se aprende com Boudieu que “é nas lutas ligadas aos interesses associados às diferentes posições que o direito encontra o princípio de sua transformação”. (BOURDIEU, Pierre. op. cit., p. 212).

⁶⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1109-1110.

deve, portanto, considerar de maneira coerente, a decisão integral do STF sobre o caso, a sólida legislação brasileira indigenista, incluindo a legislação internacional a qual o país se obrigou, sob pena de violar direitos indígenas”⁶⁶⁷, evitando-se, assim, que a inovação na técnica jurídica, que busca orientar decisões futuras, viole os direitos dos povos indígenas que não estavam em debate e discussão na Ação Popular n. 3388.

Mesmo que a autora tente minimizar os impactos das condicionantes na consolidação da proteção jurídica dos direitos territoriais indígenas, é inegável que as violações implementadas pela decisão são múltiplas e significativas: subvertem-se as escalas de valores que a informam, retira-se a autonomia dos povos indígenas de gerirem o território por eles tradicionalmente ocupado, reforça-se a tutela e sinaliza-se para a sociedade envolvente a possibilidade de desrespeito à diferença, constitucionalmente tão amparada.

Analisando o Poder Judiciário no Brasil e a forma como ele produz os seus julgados, Boaventura de Sousa Santos escreveu que, no contexto da luta dos povos indígenas: “o maior entrave colocado pelo judiciário para além da morosidade sistêmica, que afecta a todos, é a morosidade activa, a decisão deliberada de não decidir, arquivar os casos e assim evitar abordar a questão dada sua complexidade e os interesses envolvidos”.⁶⁶⁸

Na Ação Popular n. 3388, entretanto, o principal problema não foi a falta de decisão ou de enfrentamento de questões tão complexas, mas foi exatamente o enfrentamento delas e o resultado final obtido.

Isso não significa que a negação da importância de uma posição ativa dos tribunais na defesa de direitos e garantias fundamentais. O papel do Judiciário, em se tratando de questões indígenas é essencial, já que por se tratar de povos numericamente em desvantagem, suas pretensões e direitos não raras vezes são desrespeitados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que essa posição ativa, esse ativismo judicial, nem sempre tem uma finalidade tão democrática. É o que aponta Boaventura de Sousa Santos, ao analisar essa tendência:

está em curso uma contrarrevolução jurídica em vários países latino-americanos. É possível que o Brasil venha a ser um deles. Entendo por contrarrevolução jurídica uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial,

⁶⁶⁷ Ana Paula Caldeira Souto Maior. op. cit., 2011, p. 52.

⁶⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 80.

muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições.⁶⁶⁹

Foi o caso da Ação Popular n. 3388. Como diversas vezes mencionado, o art. 231 da Constituição Federal de 1988 reconhece aos povos indígenas não somente os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas mas igualmente – e mesmo antes disso – “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, enfim sua cultura. Com isso, a norma que emana do texto constitucional possibilita a afirmação de que, pelos menos com relação à questão indígena, o Estado Brasileiro adotou o pluralismo jurídico, conceituado por Antonio Carlos Wolkmer como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”⁶⁷⁰. Para além do reconhecimento do pluralismo jurídico, a Constituição reconhece claramente a constituição cultural dos índios, isto é, a sua imersão em uma cultura distinta daquela que, por exemplo, se revela na própria constituição, sendo o direito originário dos índios sobre suas terras decorrência desse reconhecimento, objetivando, portanto, garantir a sobrevivência coletiva, a sobrevivência dos indígenas como integrantes de povos culturalmente constituídos. Não é, pois, meramente a sobrevivência física de cada um desses indígenas, mas a sua integridade e permanência como integrantes de unidades socioculturais que a demarcação das terras indígenas visa garantir.

A Constituição promoveu, desse modo, duas aberturas: **uma abertura em si** – reconhecendo que seu guarda-chuva normativo não se enquadra a totalidade da diversidade brasileira, havendo, paralelamente a ela e de forma articulada, outros guarda-chuvas normativos os quais compõem a realidade sociojurídica dos povos indígenas brasileiros; e **outra abertura para além de si** – sendo um guarda-chuva paralelo, mas articulado, para que haja a plenitude da concretização constitucional do art. 231, abre-se um flanco de possibilidades, para o futuro, de se adotar outras normas mais favoráveis aos povos indígenas, desde que compatíveis com as diretrizes gerais do capítulo constitucional consagrado aos índios. No sentido dessa segunda abertura, reforçando-a, situa-se o art. 5º, § 2º, igualmente da Constituição de 1988: “os direitos e

⁶⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A contrarrevolução jurídica**. Disponível em <http://unisinus.br/blog/ppgdireito/2009/12/05/a-contrarrevolucao-juridica/>. Acesso em 12 de mar. 2010.

⁶⁷⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 219.

garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tais características da Constituição no trato das questões indígenas foram reflexos da intensa mobilização de lideranças dos mais diversos povos indígenas que se dirigiram à Brasília, durante o período constituinte para tentar valer os seus direitos. Como documenta Rosane Lacerda sobre as vésperas da Assembléia Nacional Constituinte:

A maioria [dos índios], entretanto, passava a afirmar uma certeza: a grande lei dos brancos estava para ser escrita pelos políticos “lá em Brasília”, e se os índios não poderiam participar de sua elaboração com as próprias mãos, lutariam para que, pela primeira vez, em 500 anos, a lei dos “brancos” fosse escrita considerando a opinião e a vontade dos povos indígenas.⁶⁷¹

As mobilizações indígenas resultaram em um texto constitucional que atendeu aos itens fundamentais apresentados pela União das Nações Indígenas – UNI à Assembléia Nacional Constituinte e que representava a base de um programa mínimo. Tais itens, conforme enuncia Sílvio Coelho dos Santos explicitavam a necessidade de:

a) reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas, como primeiros habitantes do Brasil; b) demarcação e garantia das terras indígenas; c) usufruto exclusivo, pelos povos indígenas, das riquezas naturais existentes no solo e no subsolo de seus territórios; d) reassentamento, em condições dignas e justas, dos posseiros pobres que se encontram em terras indígenas; e) reconhecimento e respeito às organizações sociais e culturais dos povos indígenas, com seus projetos de futuro além das garantias de plena cidadania.⁶⁷²

⁶⁷¹ LACERDA, Rosane. **Diferença não é incapacidade**: Gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Brasília, 2007, volume II, p. 168. Narrando essa mobilização, Sílvio Coelho dos Santos reforça que: “as lideranças indígenas realizaram pressões e se tornaram presença constante no cenário político nacional. A sua estratégia foi centrada no emocionalismo dos constituintes e na visão romântica que sobre os índios tem as populações urbanas do país. Algumas dessas lideranças indígenas lograram atrair as atenções dos constituintes explicitando suas relações harmônicas com a natureza e/ou sua vontade de participar da vida política nacional. A imprensa, por seu lado, abriu espaços ponderáveis para as lideranças índias efetivarem suas reivindicações. Isto foi decisivo. Apesar da problemática relativa à concepção de um estado pluriétnico não ter sido tratada, não há dúvidas que ocorreram avanços”. (COELHO DOS SANTOS, Sílvio. **Povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC/Movimento, 1989, p. 62).

⁶⁷² COELHO DOS SANTOS, Sílvio. op. cit., 1989, p. 62. Destaco que a Constituição não incorporou todas as demandas do movimento indígena. Com relação às riquezas do subsolo, elas não foram expressamente contempladas como sendo de usufruto exclusivo indígena. Além disso, a proposta inicial das lideranças indígenas era que os constituintes inserissem a condição do Brasil como Estado pluriétnico, devendo ser previsto que o Estado brasileiro se organizaria através dos Estados federados, dos Territórios, do Distrito Federal e de comunidades indígenas. Essa tese encontrou forte resistência dos setores militares e de interesses econômicos ligados à grandes mineradoras, a indicar que a proposta inicial teve que ser alterada para um programa mínimo.

A despeito de tudo isso, a decisão do STF e as condicionantes adotadas no bojo do julgamento acerca da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, ao restringirem o exercício dos direitos territoriais indígenas, retiraram toda a força pulsante da Constituição, neutralizando, pela via judicial, supostamente democrática, os avanços que a Constituição de 1988 consagrou sobre o tema, reduzindo seu potencial emancipatório⁶⁷³.

A Constituição, posta à prova, acabou subsumida a um campo menor ao que tinha sido conquistado no desenho instituído. Para além disso, as condicionantes implicaram, ainda, em limitações para o futuro, vedando o espaço dos possíveis⁶⁷⁴. Ao encerrar o texto constitucional em uma versão menor do que ele mesmo consagra e, ainda, decretar uma imutabilidade *pro futuro*, os Ministros condenaram as gerações futuras dos povos indígenas ao momento presente, impossibilitando-as de, ao exercer em plenitude sua autonomia (o que inclui, o direito de ouvir e ser ouvido), encontrar outros caminhos na trilha aberta pelo Constituinte de 1988. 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.

⁶⁷³ A utilização da expressão “potencial emancipatório” tem como finalidade destacar o modo como a Constituição Federal de 1988 abriu-se ao Outro, reconhecendo suas próprias limitações ao tentar inserir a vida e a dinâmica sociocultural dos povos indígenas dentro do seu guarda-chuva normativo. Emancipação aqui não tem o sentido de “um processo histórico da crescente racionalização da vida social, das instituições, da política e da cultura e do conhecimento com um sentido e uma direcção unilineares precisos, condensados no conceito de progresso”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *op. cit.*, 2006, p. 31). Emancipação tem o seu conceito reinventado e reconceitualizado, como sugere Boaventura de Sousa Santos, “para integrar as propostas emancipatórias de transformação social formuladas pelos diferentes movimentos e organizações que compõem a globalização contra-hegemónica e que tem muito pouco a ver, em termos objectivos, estratégias, sujeitos colectivos e forma de actuação, com aquelas que constituíram historicamente os padrões ocidentais de emancipação social”. (Idem. 2006, p. 41-42). Nessa transição conceitual e paradigmática, é preciso imaginar a emancipação social sem o recurso a uma teoria geral da emancipação social. De acordo com Boaventura, “em substituição da teoria geral da emancipação social proponho um procedimento de tradução entre os diferentes projectos parciais da emancipação social. O trabalho de tradução visa transformar a incomensurabilidade em diferença, uma diferença que torne possível a inteligibilidade recíproca entre os diferentes projectos de emancipação social sem que nenhum possa subordinar em geral ou absorver qualquer outro”. (Idem, 2006, p. 42).

⁶⁷⁴ Sobre o conceito de espaços dos possíveis, Bourdieu menciona que “entre os efeitos propriamente simbólicos do direito, há que dar um lugar especial ao efeito de oficialização como reconhecimento público de normalidade que torna dizível, pensável, confessável, uma conduta até então considerada tabu (é o caso, por exemplo, das medidas que dizem respeito à homossexualidade). E também ao efeito de imposição simbólica que a regra explicitamente publicada e as possibilidades que ela designa, pode exercer, ao abrir o espaço dos possíveis (ou, mais simplesmente, ao “dar idéias”). [...] as representações constitutivas daquilo a que se poderia chamar o “direito vivido” devem muito a esse efeito, mais ou menos deformado, do direito codificado: o universo dos possíveis que este faz existir, no próprio trabalho que é necessário para o neutralizar, tende verossimilmente, a preparar os espíritos para as mudanças aparentemente brutais que surgirão quando forem dadas as condições de realização desses possíveis teóricos [...]”. (BOURDIEU, Pierre. *op. cit.*, p. 246).

Arvorando-se da condição de proteger e interpretar o instituído – o texto constitucional e as demais normas legais -, o STF inviabilizou qualquer possibilidade para o surgimento do instituinte, o Ainda-não, aquele que se aponta no horizonte, mas lhe faltam condições concretas para se colocar como força apta a disputar espaço com o instituído ou superá-lo.

Ao quer me parece, a decisão foi fundada em uma lógica do controle e da definição sobre o “Outro”⁶⁷⁵, em que os Ministros se colocando no papel de novos colonizadores, ao caracterizar os povos indígenas que deveriam ser albergados pela norma constitucional: os não aculturados, passaram a definir um estatuto próprio a regular suas vidas. Tudo aos moldes dos decretos coloniais.

Nesse contexto, as condicionantes deixam claro que, além do legado de desigualdade e injustiças sociais profundos do colonialismo e do imperialismo, há um legado epistemológico do eurocentrismo, conhecido como colonialidade do saber, que continua a produzir racionalidades expressas em definições jurídicas que subalternizam os indígenas a um quadro de possibilidades de ser, fazer e existir, cujos limites não foram sequer alvo de consulta, debate e busca de consenso, são simplesmente impostos, embora, ironicamente, lhes seja atribuído o epíteto de “salvaguardas”.

No substrato da decisão acerca da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol está, portanto, uma dominação epistemológica⁶⁷⁶, que suprimiu as formas de saber próprias dos povos indígenas, as quais não foram consideradas para a definição do estatuto jurídico a regular a sua relação com a terra e com o território.

Impingindo-lhes dezenove condicionantes, frutos de uma epistemologia abstrata, descontextualizada, pois superam os destinatários originais da Ação Popular n. 3388 para atingir todos os povos indígenas no Brasil, os Ministros do STF cunharam uma decisão digna de tempos de fascismo social, o qual, segundo Boaventura de Sousa Santos, representa um regime social e civilizacional de relações de poder extremamente desiguais em que se concede à parte mais forte

⁶⁷⁵ O “Outro” é aquele que se apresenta como distinto do Ocidente, que, pela desigualdade de poder e de saber foi apropriado e colonizado por este. Conforme aponta Boaventura de Sousa Santos, o “Outro” descoberto assumiu três formas principais, a saber: o Oriente, o selvagem e a natureza. (Boaventura de Sousa Santos. op. cit., 2006, p. 181).

⁶⁷⁶ A dominação ou colonialismo epistemológico, de acordo com Alba Maria Pinho de Carvalho, “encarna uma relação ‘saber-poder’ extremamente desigual e aniquiladora da riqueza da diversidade de saberes, produzidos, então, como ‘não-existentes’ e, assim, radicalmente excluídos do padrão dominante de racionalidade”. (PINHO DE CARVALHO, Alba Maria. O exercício do ofício da pesquisa e o desafio da construção metodológica. In: BAPTISTA, Maria Manuel (ed.). **Cultura: metodologias e investigação**. Lisboa: Ver o verso, 2009, p. 118).

o poder de veto sobre a vida e sobre o modo de vida da parte mais fraca. “O fascismo social, antes de sacrificar a democracia em razão das exigências do capitalismo, promove-a, até o ponto de não ser mais necessário nem tampouco conveniente, sacrificar a democracia para promover o capitalismo”. Nesse sentido, não se confunde com o fascismo político dos anos trinta e quarenta. Trata-se de um fascismo pluralista que caracteriza as sociedades como politicamente democráticas, mas socialmente fascistas.⁶⁷⁷

Aqui, entretanto, cabe argumentar que a ofensa epistemológica alegada, de não consideração dos saberes indígenas para se proferir uma decisão que os atingia, não se sustenta, uma vez que essas são as regras do campo judicial: as decisões jurídicas são proferidas por juízes que utilizam a técnica jurídica, ou melhor, a ciência jurídica, para realizar seu mister. Mas é exatamente por esse motivo que se faz necessário realizar um salto antropológico, estranhando o que, como advogada, me é familiar, propondo reflexões insuspeitas a um olhar condicionado não só pelo hábito, mas também por uma “razão indolente”⁶⁷⁸.

É com base nesse estranhamento, típico da ciência antropológica, que posso afirmar que o método clássico do campo judicial se operacionalizar deve ser repensado quando em jogo estiverem presentes conflitos envolvendo direitos indígenas. Nesses casos, não é só um mero conflito entre um dispositivo legal A e um dispositivo legal B, ou entre o princípio A e o princípio B. O que este em conflito é o próprio “fazer direito” e a racionalidade a ele pressuposta. Sem essa devida observação, o campo judicial vai ser sempre um “não lugar” para os saberes indígenas, por mais que suas decisões lhes sejam favoráveis.

Essa é uma questão que decorre da convivência, em um mesmo território, de sistemas jurídicos distintos e, muitas vezes, divergentes, sendo potencializada em Estados multiculturais e pluriétnicos, como é o caso do Brasil. Isso porque ainda prevalece no Direito uma visão evolucionista das sociedades, em que as culturas vão se aperfeiçoando até chegar a um estágio superior que é o da sociedade nacional. Nessa senda, cita-se Manoel Moreira:

La idea que prevalece en el universo del Derecho es que la cultura es un producto de la evolución de la humanidad y se va perfeccionando como una tecnología. Los grupos étnicos y sociedades simples que no comparten este proceso quedan postergados en la historia, condenados al atraso primitivo. Para el Derecho presentan una incomodidad

⁶⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 333.

⁶⁷⁸ A “razão indolente” é a razão típica da modernidade ocidental, que, para se manter como a única racionalidade possível, desperdiça a experiência no mundo, produzindo não lugares, não saberes, não humanos.

*metodológica que solo puede remediarse imponiendo las reglas de la cultura dominante.*⁶⁷⁹

De modo a fazer frente à dominação epistêmica que venho mencionando, Boaventura propõe um conjunto de intervenções que denunciam a supressão de saberes, ao mesmo tempo em que investiga as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos (ecologia de saberes⁶⁸⁰). O autor designa essa proposição de Epistemologias do Sul, partindo da compreensão de que “o mundo é epistemologicamente diverso e que essa diversidade, longe de ser algo negativo, representa um enorme enriquecimento das capacidades humanas para conferir inteligibilidade e intencionalidade às experiências sociais”⁶⁸¹.

Ao afirmar a diversidade epistemológica do mundo, Boaventura rompe com o pensamento moderno ocidental, que, ao se impor como única forma de pensamento possível, invisibilizando outras formas de conhecimento, configura um pensamento abissal. Isso significa que o pensamento moderno ocidental criou um sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que as invisíveis são estabelecidas através de linhas radicais que dividem a realidade social entre o universo “deste lado da linha” e o universo “do outro lado da linha”. No pensamento abissal, a divisão entre as linhas impede a co-presença dos dois lados, indicando que “o outro lado da linha” desaparece como realidade, torna-se inexistente, ou é produzido como inexistente. O não-existente é excluído de forma radical, sendo irrelevante ou incompreensível. Fora “deste lado da linha” há apenas inexistência, invisibilidade, ausência não-dialética⁶⁸².

A permanência das linhas abissais pode ser percebida, também, pela forma como uma poderosa base institucional (universidades, centros de investigação, profissões jurídicas) e por uma sofisticada linguagem tecnológica e jurisprudencial continuam marcando de forma rígida e profunda a dualidade das linhas que separavam/separam o visível do tornado invisível. Ao

⁶⁷⁹ MOREIRA, Manuel Alberto Jesús. *El concepto de cultura en el derecho*. Civitas: Revista de Ciências Sociais. v. 8, n. 3, set. – dez. 2008. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 469.

⁶⁸⁰ Para Boaventura, “a ecologia de saberes é um conjunto de epistemologias que partem da possibilidade da diversidade e da globalização contra-hegemônicas e pretendem contribuir para as credibilizar e fortalecer. Assentam em dois pressupostos: 1) não há epistemologias neutras e as que clamam sê-lo são as menos neutras; 2) a reflexão epistemológica deve incidir não nos conhecimentos em abstrato, mas nas práticas de conhecimento e seus impactos noutras práticas sociais”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 154).

⁶⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 18.

⁶⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 32.

policie as fronteiras entre as linhas, as universidades, os tribunais e a linguagem continuam assegurando o monopólio do conhecimento e do direito modernos, ao mesmo tempo em que apontam “o outro lado da linha” como o lugar das práticas incompreensíveis, mágicas e idolátricas que, no máximo, podem chegar a ser objeto do conhecimento “deste lado da linha”.

Diante dessas linhas abissais, o direito elaborado pelos povos indígenas é, para usar expressões cunhadas por Boaventura de Sousa Santos, tido como “não-existente”. A “razão indolente” das sociedades ocidentais desperdiça a vasta experiência dos povos indígenas, invisibilizando suas realidades e seus modos de viver, ao tempo em que lhes impõe as normatividades estatais.⁶⁸³

Em outro momento, analisando esse ativismo judicial não tão democrático do Supremo Tribunal Federal, propôs a adoção de mecanismos de participação da sociedade civil no âmbito do controle concentrado e difuso exercido pelo STF. O objetivo era não só tornar as decisões proferidas mais legítimas e democráticas, construindo uma relação de co-implicação entre democracia e controle de constitucionalidade, mas também uma forma de realizar o controle do discurso dos ministros. Mais pessoas, grupos ou organizações participando do processo implicaria em decisões mais consentâneas com a pluralidade encontrada na sociedade.⁶⁸⁴

Peter Häberle, propondo o alargamento do círculo de intérpretes para evitar uma limitação da força vital da Constituição por “reserva de mercado” dos juristas, apresenta, como solução, a integração das ciências sociais no processo decisório:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. Se se considerar que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional.⁶⁸⁵

⁶⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006.

⁶⁸⁴ NÓBREGA, Luciana Nogueira. Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Ornélia Silva Guimarães. (Org.). **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2010.

⁶⁸⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 12.

No caso de conflitos envolvendo direitos indígenas, entretanto, foi preciso redefinir o meu ponto de vista. A questão não é quem controla o discurso dos Ministros, que, por estarem no topo do campo judicial, controlam os discursos dos demais juízes e tribunais. É preciso situar esse pensamento de controle dentro de uma racionalidade mais ampla, a qual, pautada no controle do diferente, do distinto, de outros saberes, se impõe como a única racionalidade possível.

É preciso, como diria Boaventura de Sousa Santos, superar as linhas abissais que dividem a racionalidade moderna e as demais, em um processo que deve partir do reconhecimento da própria arbitrariedade dessa divisão, instituída pelo legado colonial. Nesse sentido, de acordo com Carlos Walter Porto-Gonçalves:

a colonialidade do saber, ao recuperar a simultaneidade dos diferentes lugares na conformação de nosso mundo: abre espaço para que múltiplas epistemes dialoguem. Em *nuestra América* mais que hibridismos há que se reconhecer que há pensamentos que aprenderam a viver *entre* lógicas distintas, a se mover *entre* diferentes códigos e, por isso, mais que multiculturalismo sinaliza para interculturalidades (S. R. Cucicanqui e C. Walsh, entre muitas e muitos), para gnosés liminares (Mignolo), para diálogo de saberes (Leff, Porto-Gonçalves).⁶⁸⁶

6.3. O QUE A RAPOSA SERRA DO SOL TEM A ENSINAR PARA O DIREITO ESTATAL

Contam os indígenas mais velhos do povo Macuxi, que ocupa tradicionalmente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que certo dia, um caçador foi à caça perto da serra Pacará. Já era tardezinha e de noite avistou um veado. Logo o homem foi atrás da caça para ver se a encontrava mais perto. Mas quando ele chegou onde tinha visto, o veado não estava mais naquele lugar. De repente, apareceu outro homem. Esse homem era o veado que tinha se transformado em um ser humano. Era um homem velho e logo perguntou: - *O que procura?* O caçador respondeu: - *Estou caçando, vi um veado aqui e de repente ele sumiu.* O velho disse: - *O veado que viste sou eu. Venha comigo!* O caçador foi com ele. Quando iam caminhando falou ao caçador que iria levá-lo a um lugar onde havia vários animais de caça e que o caçador não devia contar a ninguém o que lhe aconteceu. Caso contasse a alguém nunca mais entraria naquele lugar. Eram três buracos numa enorme loca de pedra: *um buraco é da cobra, outro é da onça e mais um buraco é o dos*

⁶⁸⁶ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Apresentação da edição em português. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 13.

animais de caça onde vou levar você. Não vá errar o buraco. Se for no buraco errado, morrerá pelos bichos ferozes. Esenunpanto’: Tamî’ nawîrî pata pó itteêseru awanî tepusen pepîn. **(Ensino):** Na natureza, tudo tem seu segredo).⁶⁸⁷

A narrativa acima retrata um aspecto primordial entre o pensamento dos povos indígenas da Amazônia, incluindo-se os povos da Raposa Serra do Sol: de acordo com a construção racional ameríndia, a natureza e a cultura tem uma relação distinta da que foi cunhada nos marcos da sociedade ocidental, uma relação de co-implicação em que se torna possível os animais ensinarem coisas para os seres humanos, e, antes disso, transformarem-se neles. Sobre esse tema, Viveiros de Castro sugere o que denomina de perspectivismo ameríndio:

[...] se há uma noção virtualmente universal no pensamento ameríndio, é aquela de um estado original de indiferenciação entre os humanos e os animais, descrito pela mitologia. [...] A condição original comum aos humanos e animais não é a animalidade, mas a humanidade. A grande divisão mítica mostra menos a cultura se distinguindo da natureza que a natureza se afastando da cultura: os mitos contam como os animais perderam os atributos herdados ou mantidos pelos humanos. Os humanos são aqueles que continuaram iguais a si mesmos: os animais são ex-humanos, e não os humanos ex-animais.⁶⁸⁸

Por essa tradução do pensamento ameríndio, faz todo o sentido que um animal, no caso do mito acima narrado – um veado – se transforme em humano e compartilhe da linguagem, porque já houve no tempo a experiência histórica em que todos eram humanos. Isso destoa na raiz do pensamento ocidental que se erigiu em torno de seu próprio mito fundador, calcado na oposição entre natureza e cultura. De acordo com o mito ocidental, houve uma época em que animais e humanos compartilhavam de uma mesma condição – a animalidade, sendo que, com o passar do tempo, os humanos foram se diferenciando, com base em sua racionalidade, tornando-se, então, aqueles que controlam a natureza.⁶⁸⁹

Mas o que um mito que é contado pelos mais velhos nas aldeias Macuxi tem a ver com a presente dissertação? Tudo. Primeiro porque demonstra uma forma importante de induzir a uma

⁶⁸⁷ A versão mais completa desse mito pode ser encontrado na obra coletiva dos professores Macuxi: CLEMENTINO, Alcelino et. al. op. cit., 2004, p. 84.

⁶⁸⁸ VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Os pronomes cosmológicos e o perspectivismo ameríndio. **Mana – Estudos de Antropologia Social**. Rio de Janeiro, Museu Nacional/ UFRJ, v. 2, n. 2, 1996, p. 118-119.

⁶⁸⁹ Viveiros de Castro comenta, comparando a compreensão ocidental e ameríndia de natureza e cultura, que “[...] em lugar de precisarmos provar que eles [os ameríndios] são humanos porque se distinguem do animal, trata-se agora de mostrar quão pouco humanos somos nós, que opomos humanos e animais de um modo que eles nunca fizeram: para eles, natureza e cultura são parte de um mesmo campo sociocósmico [...]”. (VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. op. cit., 1996, p. 119).

ação considerada positiva dentro da sociedade específica. Os mitos são uma forma de fazer o direito dentro das aldeias. No entanto, em vez de previsões gerais e abstratas como “matar alguém”, cominando-se à conduta uma penalidade, os mitos atingem o objetivo de evitar uma ação danosa ou atingir uma conduta desejada pelo todo social a partir de histórias que narram fatos concretos, trazendo, no caso Macuxi, ao final, um ensinamento. Mas há outra justificativa. O mito narrado acima traduz um aspecto que é primordial do pensamento do maior povo indígena que habita tradicionalmente a área da Raposa Serra do Sol: a existência de um *continuum* entre natureza e cultura. Esse *continuum* se reproduz em todos os demais campos do ser, fazer e produzir dos povos da Raposa Serra do Sol, refletindo-se, inclusive, no modo como eles se relacionam com a terra e com o território. Para os Macuxi, conforme afirma Paulo Santilli:

as terras, as águas, os minerais, como a fauna e a flora existentes além do domínio estrito da aldeia e dos terrenos cultivados, não são concebidos como bens passíveis de serem convertidos em propriedade pessoal ou coletiva. Ao contrário, são concebidos não como domínios humanos, mas de outras espécies de seres vivos que habitam o nosso mundo. Assim as águas e os seres aquáticos pertencem ao domínio próprio ordenado pela mãe das águas, as matas, as serras são domínios diferenciados de outras tantas espécies que nelas residem e gerem as respectivas forças vitais tanto dos seres animais e sobrenaturais, enfim, seres que podem adquirir múltiplas formas, mas que, via de regra, apenas podem ser vistos pelos pajés – *piatzán*.⁶⁹⁰

Dentro desse contexto sociocultural tão próprio e fundado em bases tão distintas do pensamento ocidental, fica o questionamento: é possível enquadrar essa lógica do pensar o mundo e a si mesmo no formato consignado nas condicionantes do STF?

Por tudo o que vem sendo exposto até aqui, a minha resposta é um sonoro não. E justifico propondo algumas reflexões: Como conciliar esse território permeado de seres que produzem a doença e suas curas, que cuidam das águas e das serras, com a proposta de militarização da área, com possibilidade de construção de bases militares sem ao menos se garantir uma consulta aos povos indígenas? Como se pensar na administração da área correspondente ao Monte Roraima, a cargo quase que exclusivo do ICMBio? Como negar o direito à história para povos que tiveram seus territórios demarcados na década de 20 ou 30 para dar vazão às novas fronteiras agrícolas?

⁶⁹⁰ SANTILLI, Paulo. Usos da terra, fusos da lei: o caso Macuxi. In: NOVAES, Regina Reyes; KANT DE LIMA, Roberto. (Org.). **Antropologia e Direitos Humanos**. Niterói: EdUFF, 2001, p. 94-95.

É preciso, entretanto, ir além da constatação de que a decisão na Ação Popular n. 3388 se traduz em uma grave ofensa aos direitos fundamentais dos povos indígenas de existirem como tais. É necessário tirarmos ensinamentos desse caso concreto, aos moldes dos mitos contados pelos povos da Raposa Serra do Sol.

O primeiro dos ensinamentos aprendidos é o reconhecimento da insuficiência do direito estatal (aqui identificado como ocidental e moderno) de dar conta de toda a diversidade “jurídica” do mundo.

Ainda que as palavras “direito” ou “jurídico” não encontrem uma tradução precisa entre as culturas originárias ou indígenas, é possível se falar em equivalentes homeomórficos, ou seja símbolos ou conceitos que, mesmo sendo diferentes da idéia de direito como posta para a sociedade ocidental, possa realizar função semelhante junto aos povos indígenas.⁶⁹¹

No caso brasileiro, a própria Constituição de 1988, no art. 231, *caput*, e § 1º, não ignorou a limitação do direito estatal de dar conta da totalidade dos modos de ser, fazer e existir de todos os povos indígenas que ocupam tradicionalmente terras indígenas no Brasil, abrindo um guarda-chuva normativo específico não totalmente incluso no guarda-chuva constitucional, mas com ele articulado. É como interpreto o art. 231 que reconhece aos povos indígenas sua língua, seus costumes, suas tradições e organização social, definindo as terras que esses povos tradicionalmente ocupam de acordo com os usos, costumes e tradições deles. Assim, no caso indígena, a Constituição declarou a relevância da produção não estatal do direito.

O segundo ensinamento e não menos importante implica na necessidade de coordenação entre esses modos de compreender o “fenômeno jurídico”, que passa pela exigência de uma hermenêutica não pautada em valores genericamente dados para interpretar o direito estatal.

Como demonstrei, as condicionantes foram resultado de uma valoração *a priori* e genérica das chamadas “razões de Estado” em detrimento dos direitos territoriais indígenas. Segurança jurídica, defesa do território, proteção integral do meio ambiente (descolado da

⁶⁹¹ Para um aprofundamento no conceito de culturas jurídicas homeomórficas, ver PANIKKAR, Raimon. Ideology as a Cross-cultural Catalyst. *Numem*. Vol. XVIII, fasc. 3, 1971 e PANIKKAR, Raimon. **The Intra-Religious Dialogue**. New York: Paulist Press, 1978.

sociedade) foram considerados com uma estatura normativa hierarquicamente superior à ocupada pelos direitos indígenas.

Essa construção interpretativa acabou, portanto, reduzindo o amparo constitucional ao pluralismo jurídico, ou seja, ao reconhecimento de que, pelo menos na questão indígena, o Estado moderno brasileiro não tem o monopólio da produção do “direito”.

De modo a evitar que a interpretação neutralize o espaço da pluralidade e da interculturalidade, é preciso propor uma hermenêutica (re)construtiva que recupere e (re)invente as tradições e práticas suprimidas pela vigência de um direito universal moderno⁶⁹², para, assim, se chegar a soluções compartilhadas, sem desconsiderar, de antemão, a importância do direito gestado no seio das sociedades indígenas.

A direção dessa hermenêutica plural pode ser encontrada em Agustí Nicolau Coll e Robert Vachon. Esses autores partem da compreensão de que toda cultura repousa em um mito englobante compreendido como aquele no qual se crê sem ser consciente de que se crê nele, mas que impregna toda a cultura, constituindo sua alma profunda. Isso implica que a cultura jurídica particular de uma dada sociedade, criada de acordo com mito profundo que lhe é próprio e em interação com outros elementos de sua realidade específica, não pode ser compreendida nem julgada a partir do mito de outra cultura.⁶⁹³

Mas como respeitar as construções jurídicas derivadas dos respectivos mitos fundadores de cada sociedade sem cair no relativismo cultural⁶⁹⁴? Nesse contexto, é preciso ter em mente as orientações de Marco Antonio Barbosa: “o estabelecimento de um modo de vida justo para sociedades culturalmente diferentes deve, antes de tudo, preservar a diferença. [...] As sociedades culturalmente diferentes devem compreender que todo o progresso social só é possível por uma

⁶⁹² Como afirma Boaventura de Sousa Santos, “todo el derecho es contextual. La descontextualización del derecho operada por la ciencia jurídica se asienta en la conversión de la juridicidad en un espacio abstracto (vacío: susceptible de ser ocupado) y en un tiempo abstracto (cronológico: susceptible de ser medido), a su vez transformados en expresiones de universalidad”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho*. In: COURTIS, Christian (Comp.). **Desde otra mirada: textos de Teoría Crítica del Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 468).

⁶⁹³ VACHON, Robert; COLL, Agustí Nicolau. *Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico*. In: ORDÓÑES CIFUENTES, José Emilio Rolando (Coord.). **Etnicidad y derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales**. V Jornadas Lascasianas. México: UNAM, 1996, p. 269-270.

⁶⁹⁴ O relativismo cultural propugna uma distância tão abissal entre as culturas que não haveria nenhum ponto de inteligência mútua entre elas. Esse relativismo, levado às suas últimas consequências, justifica a “guetização”, o apartheid, acabando por reforçar a supremacia de uma cultura sobre outra.

associação entre culturas”.⁶⁹⁵ Em outras palavras, é preciso percorrer o espaço tênue entre o multiculturalismo e o relativismo cultural – o espaço da interculturalidade.

Para percorrer esse espaço, superando uma aparente incomensurabilidade entre esses saberes, Boaventura propõe a adoção da hermenêutica diatópica, a qual:

[...] parte da ideia de que todas as culturas são incompletas e, portanto podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas. Admitir a relatividade das culturas não implica adoptar sem mais o relativismo como atitude filosófica. Implica, sim, conceber o universalismo como uma particularidade ocidental cuja supremacia como idéia não reside em si mesma, mas antes na supremacia dos interesses que a sustentam. A crítica do universalismo decorre da crítica da possibilidade da teoria geral. A hermenêutica diatópica pressupõe, pelo contrário, o que designo por universalismo negativo, a ideia da impossibilidade da completude cultural.⁶⁹⁶

Como procedimento operacionalizador da hermenêutica diatópica, Boaventura afirma a necessidade de adoção da *tradução intercultural* que corresponde, segundo o autor, ao “procedimento que permite criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis como as possíveis, reveladas pela sociologia das ausências e a sociologia das emergências”.⁶⁹⁷ Pela tradução, não se atribui a nenhum conjunto de experiências o estatuto de verdade a priori. É no trabalho de tradução que vai se identificando as preocupações comuns, as aproximações complementares e as contradições intransponíveis. A tradução intercultural proposta por Boaventura se faz necessária, mas não a priori. É preciso que o “Outro” fale por si e somente a partir do encontro dessa fala com a fala jurídica ocidental se promova a tradução entre esses “ditos”.

Caminhando de forma semelhante a Boaventura, Agustí Nicolau Coll e Robert Vachon também concluem pelo caminho da hermenêutica diatópica, mas instrumentalizam-na de modo distinto:

Para comprender las otras culturas jurídicas no occidentales y no modernas, no basta tomar conciencia de la originalidad de sus procesos y lógicas sociojurídicas (sistemas y estructuras propias), sino también de sus visiones y horizontes, es decir de los mitos de sus topoi propio (interpretación diatópica). La interpretación diatópica es aquella que intenta descubrir estas distintas culturas jurídicas radicalmente diferentes, reuniéndolas (que no yuxtaponiéndolas) en un diálogo que permita la emergencia de un mito en el que se pueda entrar en comunión y que permita comprendernos bajo un mismo horizonte de inteligibilidad, sin que este horizonte sea exclusivamente el de una sola

⁶⁹⁵ BARBOSA, Marco Antonio. op. cit., 2001, p. 22.

⁶⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 126.

⁶⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., 2006, p. 123.

*cultura jurídica (dia-tópico: que atraviesa los topoi para alcanzar el mito del cual éstos son la expresión).*⁶⁹⁸

A hermenêutica diatópica, ao pretender estudar os fenômenos jurídicos em seus contextos, buscando aspectos de aproximação para superar a distância não do presente em relação ao passado ou do passado em relação ao presente, mas do presente em relação ao presente, constitui a superação interpretativa do evolucionismo e do assimilacionismo que orientaram as políticas do Estado brasileiro até 1988, e que se reproduziram na decisão do STF sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Não é possível, portanto, compreender uma cultura jurídica distinta da ocidental tão só com o instrumental teórico e conceitual próprio da cultura jurídica ocidental. É preciso se abrir aos conhecimentos não estritamente científicos, é preciso conhecer, a partir da gramática cultural dos povos indígenas, sua estrutura, sua lógica, seu modo de inteligibilidade e, conseqüentemente, o seu sistema jurídico. Ou como diriam Agustí Nicolau Coll e Robert Vachon:

*[...] no podremos comprender el sistema jurídico del otro a menos que nos dejemos conquistar por su corazón mítico. En el interior de los sistema jurídicos existe una intencionalidad ultima, que es su corazón y su alma, que asegura la perennidad profunda, a pesar y frente a las presiones provenientes del exterior. Esta intencionalidad se encuentra enraizada a nivel del mito, incluso en el sistema jurídico moderno del Estado-nación, el cual se funda en el mito de la supremacía de la razón y de la ciencia moderna.*⁶⁹⁹

Esse exercício de abrir-se ao outro, criando-se novos arranjos institucionais e jurídicos impensados na racionalidade moderna ocidental, já está sendo posto em prática em países latino americanos, em especial, no Equador e na Bolívia, que alteraram recentemente suas Constituições, passando a reconfigurar, pela via institucional, a relação jurídica entre o Estado e os povos indígenas, superando a idéia de Estado-nação monocultural, monolíngüe e juridicamente monista.

Essas mudanças constitucionais, fruto de um movimento que vem sendo identificado como “constitucionalismo latino-americano”, propõem-se a estabelecer bases político-jurídicas pautadas em um poder popular forjado no suor e no sangue daqueles que vivenciaram o processo de colonização e que, se despindo da condição de vítimas, colocam-se como sujeitos de sua própria história, *uma Outra história*.

⁶⁹⁸ VACHON, Robert; COLL, Agustí Nicolau. op. cit., 1996, p. 274-275.

⁶⁹⁹ Idem, 1996, p. 276.

A Constituição boliviana, para a temática em foco, qual seja, da investigação sobre as possibilidades práticas de realização da hermenêutica diatópica, traz dispositivos importantes que podem orientar o Brasil a voltar os olhos para a América Latina, reconhecendo-se também como América Latina, ao invés de buscar em caravelas científicas, que atravessando o além-mar, trazem institutos alemães para serem aplicados à nossa realidade constitucional tupiniquim.

Dentre os dispositivos que visibilizam o aparecimento de uma nova politicidade e conflitualidade latino-americana e caribenha, cito os artigos 178, 179 e 193, da Constituição boliviana de 2007, referendada pela população do país em 2009:

Art. 178. I. O poder de ministrar a justiça emana do povo boliviano e se sustenta nos princípios de independência, imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, probidade, celeridade, gratuidade, **pluralismo jurídico, interculturalidade**, equidade, serviço à sociedade, participação cidadã, harmonia social e respeito aos direitos.

Art. 179. I. A função judicial é única. A jurisdição ordinária é exercida pelo Tribunal Supremo de Justiça, os tribunais departamentais de justiça, os tribunais de sentença e os juízes; a jurisdição agroambiental pelo Tribunal e juízes agroambientais; **a jurisdição indígena, originária e camponesa é exercida por suas próprias autoridades**; existirão jurisdições especializadas regulamentadas pela lei.

II. A jurisdição ordinária e a jurisdição indígena, originária e camponesa gozarão de igual hierarquia.

[...]

Art. 193. **Uma lei determinará os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena originária camponesa com a jurisdição ordinária.** (grifos meus).

Como se observa, a Constituição boliviana reconheceu, ao lado da independência e da segurança jurídica, o pluralismo jurídico e a interculturalidade como princípios que sustentam o poder de ministrar a justiça. Avançou na concretização desses dois princípios ao reconhecer o “direito” gestado no seio dos povos indígenas, originários e comunidades camponesas, considerando que essa jurisdição goza de igual hierarquia se comparada ao poder de “dizer o direito no caso concreto” exercido pelo Tribunal Supremo de Justiça, os tribunais departamentais de justiça, os tribunais de sentença e os juízes (jurisdição ordinária).

Assegurando que esta cooperação não fique somente no enunciado, a Constituição boliviana oferece uma base concreta para ela, criando no Tribunal Constitucional Plurinacional, uma “representação paritária entre o sistema ordinário e o sistema indígena, originário e camponês” (art. 198).

Pela experiência boliviana, o “Outro” invisibilizado pela colonialidade do saber e do poder conquista autonomia para decidir seu próprio destino e o da sociedade com a qual ele se articula e poder para falar por si.

Nesse contexto, é possível identificar múltiplas possibilidades em matéria de coordenação entre os sistemas jurídicos existentes nas sociedades pluriétnicas, ampliando o campo do “ainda não” ou do possível que estamos a desperdiçar cotidianamente. O que desconhecemos e estamos a desperdiçar apresenta-se muito mais diverso e plural do que a nossa imaginação colonizada poderia ousar em pensar. A questão é até que ponto o direito produzido pelo Estado brasileiro e suas instituições se permite se descolonizar e, adotando uma postura de reconhecimento de sua insuficiência, aprender com os povos da Raposa Serra do Sol e com os demais povos indígenas no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS OU CAMINHANDO PARA UM NOVO COMEÇO

Depois de uma profunda e densa imersão no processo que discutia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, é extremamente difícil colocar um ponto final. Foram e são mais de 30 anos de luta pela demarcação de um território contínuo e quase 17 mil páginas de processo. Como concluir diante desses números? Diante deles só posso reconhecer a impossibilidade de conclusão e a abertura para um novo começo.

O exercício proposto na presente dissertação não era interpretar as culturas Macuxi, Taurepang, Wapixana, Patamona e Ingarikó, a partir de uma descrição densa, na escola das etnografias propostas por Clifford Geertz. Mas sim interpretar a nossa própria cultura, manifestada no espaço judicial, naquilo que lhe é mais característico: “a papelização da realidade”, ou seja, transformar os conflitos em papéis, denominados processos. O objetivo era interpretar o modo como resolvemos o conflito com o “Outro” e como os nossos tentáculos do saber buscam inseri-lo no nosso campo de compreensão, realizando, para tanto, um exercício etnográfico da Ação Popular n. 3388, que discutia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tal exercício me fez virar-me ao avesso, deslocando o lugar do exótico, para a nossa própria sociedade e para o meu próprio ofício (enquanto advogada), estranhando o que me era familiar, para, em um segundo momento, retornar à posição original completamente mudada.

Em um papel diferente do que exerço no cotidiano – como assessora do movimento indígena –, a tarefa de teorizar sobre um conflito envolvendo os direitos que os povos indígenas lutaram para que fosse reconhecido na Constituição Federal de 1988 (aqui denominados de direitos territoriais indígenas) e outros direitos e interesses (reconhecidos como tais pela sociedade ocidental capitalista) exigiu de mim um exercício paciente de reflexões e auto-críticas, com o cuidado de não falar pelo outro, mas sim garantir essa fala. O papel político dos pesquisadores que se filiam a correntes descoloniais/pós-coloniais é explicado por Enrique Dussel:

Quem procura “explicar” as causas (como cientista social) da negatividade dessas vítimas [movimentos sociais e sujeitos negados] está obrigado, de certo modo, a inventar novos paradigmas, novas explicações (e até novas interpretações hermenêuticas na posição da compreensão), ao descobrir novos fatos antes inobservados no mundo no qual se adentra por uma decisão ético-prática que lhe abre novos horizontes.⁷⁰⁰

⁷⁰⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Freitas Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 449.

Nesse caminhar, algumas questões foram ficando claras e muitos foram os aprendizados, os quais enunciarei esquematicamente:

- A questão da demarcação contínua ou em ilhas, posta como o cerne da Ação Popular n. 3388, era, na verdade, uma falsa questão. O objetivo maior do autor e daqueles que, posteriormente, a ele se filiaram, na qualidade de assistentes, era que não houvesse demarcação. Desconstituindo as Portarias declaratórias e homologatórias, o procedimento regressaria à estaca zero, devendo-se iniciar o processo de demarcação novamente, desde a constituição do grupo de trabalho até a sua conclusão, infligindo, desse modo, amarga derrota aos povos indígenas que há mais de trinta anos esperavam por essa definição do Estado brasileiro. Caso fosse anulado, quiçá em mais trinta anos o procedimento seria concluído...
- No contexto da decisão proferida pelos Ministros, diversas teorias foram revisitadas e outras estabelecidas, como a teoria do fato indígena. Autores da Antropologia e da Sociologia Crítica, como Boaventura de Sousa Santos, foram mencionados, sem que, no entanto, o vigor das teorias e reflexões dessas outras áreas do conhecimento científico pudessem induzir uma alteração profunda no próprio julgamento.
- Nessa senda, foram apresentados conceitos antropológicos como etnias, aculturação, territórios fundados no senso comum jurídico e não nas orientações da ciência balizada para fazê-lo, no caso, a Antropologia. Assim, a compreensão de alguns conceitos antropológicos pelos sujeitos que laboram no campo judicial é de fundamental importância, de modo a evitar a imposição dos nossos usos, costumes e tradições na definição do que seja o modo tradicional dos indígenas ocuparem suas próprias terras. Esse entendimento necessário, foi preterido, no caso, em favor do uso inadequado e equivocado de diversos conceitos antropológicos, indicando que as referências a autores da Antropologia serviram apenas para criar uma aura de autoridade ao discurso enunciado pelos Ministros.
- A decisão de se instituir um estatuto jurídico dos povos indígenas, à revelia deles, desconsiderando, inclusive, os flancos já abertos na racionalidade jurídica moderna, aponta para o grande desafio que os povos indígenas no Brasil tem pela frente, já que as condicionantes subvertem as escalas de valores que a informam, retira a autonomia dos povos indígenas de gerirem o território por eles tradicionalmente ocupado, reforça a tutela e sinaliza para a sociedade envolvente a possibilidade de desrespeito à diferença, constitucionalmente tão amparada.

- Desse modo, afirmo que a decisão do STF e as condicionantes adotadas no bojo do julgamento acerca da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, ao restringirem o exercício dos direitos territoriais indígenas, retiraram toda a força pulsante da Constituição, neutralizando, pela via judicial, supostamente democrática, os avanços que a Constituição de 1988 consagrou sobre o tema, reduzindo seu potencial emancipatório.
- As condicionantes deixam claro que, além do legado de desigualdade e injustiças sociais profundos do colonialismo e do imperialismo, há um legado epistemológico do eurocentrismo, conhecido como colonialidade do saber, que continua a produzir racionalidades expressas em definições jurídicas que subalternizam os indígenas a um quadro de possibilidades de ser, fazer e existir, cujos limites não foram sequer alvo de consulta, debate e busca de consenso, são simplesmente impostos, embora, ironicamente, lhes seja atribuído o epíteto de “salvaguardas”.
- Fazendo frente a essa dominação epistemológica, propus que, em havendo conflitos entre direitos indígenas e outros direitos que a racionalidade moderna ocidental reconheceu, torna-se necessária a adoção de uma hermenêutica diatópica, uma hermenêutica (re)construtiva que recupera e (re)inventa as tradições e práticas suprimidas pela vigência de um direito universal moderno, superando uma aparente incomensurabilidade entre esses saberes. Uma hermenêutica que pressupõe que o “Outro” fale por si e somente a partir do encontro dessa fala com a fala jurídica ocidental se promova a tradução entre esses “ditos”.

É preciso, no entanto, considerar que a proposta de adoção de uma hermenêutica diatópica para os casos em que envolvam conflitos entre direitos indígenas e outros direitos ou interesses, construindo espaços efetivamente participativos em que se garanta o direito de falar e ser ouvidos dos povos indígenas, a partir de seus próprios métodos, não encerra em si. Mesmo que haja o reconhecimento desse modelo hermenêutico pelo Direito estatal brasileiro, devemos estar atentos para que a trincheira conquistada não acabe se transformando em um mero aparato jurídico-político manejado pelos grupos dominantes para assegurar a continuidade do seu poder, reafirmando assim a hierarquia social e a negação de possibilidades radicais de existência no mundo, permanecendo, portanto, em um mero ajuste da institucionalidade política, sobrevivendo os mecanismos do colonialismo estatal. Como afirma Roberto Kant de Lima:

Será preciso desfazer-se, finalmente, da ideia funcional-instrumental de que o judiciário é um lugar de “resolução dos conflitos”, suposto promotor de uma

harmonia social sempre ameaçada pelo litígio e pela diferença dos indivíduos e dos grupos sociais capazes de exprimir, criar e extinguir diferenças e semelhanças fundamentais ao convívio social e ao exercício da diferença e da heterogeneidade.⁷⁰¹

O risco de se percorrer esse caminho, que antecipo de antemão, é o de converter a proposta de um direito não hierárquico, pluralista e emancipador em matéria meramente institucional e legal, neutralizando as forças criativas de desestruturação da matriz colonial do Estado-nação e do direito moderno capitalista ocidental, inserindo a questão indígena de forma subordinada, tolerada, permitida. É imprescindível ter claro a necessidade de superar o fetichismo jurídico, entendido como a conversão do direito e da legalidade estatal no único mecanismo de emancipação social.

Outros mecanismos, insuspeitos, impensados pela racionalidade moderna estão sendo construídos à luz do dia. Nesse sentido, é necessário fazer o caminho ao reverso saindo dos tribunais, dos códigos e das academias, como propõe Roberto Kant de Lima:

[...] depois de nos ver pelos Tribunais, é preciso não esquecer a sociedade. É preciso percorrer-lhes as formas urbanas e rurais de legislar, judicar e executar a lei no silêncio embrutecido de um direito elitista. É preciso aprender com sua variedade, colaborando em sua distinção e nunca temendo sua diversidade e autonomia que afirma *a priori* sua capacidade para o exercício do Poder. É preciso aprender com essas formas jurídicas, sofrer com elas, deixar-se educar por seu conhecimento que antropológicamente se desvenda. Colaborar-se assim na destruição das estratificações injustas e na construção de hierarquias expressivas da realidade social. É preciso tomar desses saberes dominados a implosão dessa razão instrumental, oportunista e impiedosa sistematicamente utilizada para dominar e explorar. Há que conhecer-se com os olhos do “outro”.⁷⁰²

“Não esquecer a sociedade” e deixar-se conhecer-se com os olhos do “Outro”, no caso específico da presente dissertação, é orientação que dirige o meu olhar, conduzindo o meu caminhar na direção dos povos indígenas e, nesse encontro, confrontar a mim mesma.

Essa é a tarefa a que proponho para o Direito Estatal e para os juristas: deixem ser tocados, para que assim despertem do sono profundo do colonialismo.

⁷⁰¹ KANT DE LIMA, Roberto. op. cit., 2007, p. 111

⁷⁰² Idem., 2007, p. 112.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE/Núcleo dos Direitos Indígenas, 1993.
- AFONSO DA SILVA, José. **Comentários contextuais à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Cidadania e ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2348>>. Acesso em: 2 maio 2010.
- ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madri: Editorial Trotta/Universidad Internacional de Andalucía, 2005.
- ATHIAS, Renato. **A noção de identidade étnica na Antropologia brasileira**. De Roquette Pinto a Roberto Cardoso de Oliveira. Recife: Editora da UFPE, 2007.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Auto-determinação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas – vetores constitucionais**. 1. ed (ano 1998), 6. reimpressão (ano 2009). Curitiba: Juruá, 2009.
- BARRETTO FILHO, Henyo Trindade. Disciplinando a diversidade cultural: uma perspectiva antropológica sobre a Portaria 14. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARRETTO FILHO, Henyo Trindade. (Orgs.). **Antropologia e identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002**. Rio de Janeiro: ContraCapa Livraria/LACED, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 8 v. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 13. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- BRISSAC, Sérgio Góes Telles; NÓBREGA, Luciana Nogueira. Benzedeiros Anacé: a relevância dos ritos de cura na emergência étnica de um povo indígena do Ceará. In: 27a. Reunião Brasileira de Antropologia, 2010, Belém do Pará. **Anais da 27a. Reunião Brasileira de Antropologia**. Brasília, DF: Associação Brasileira de Antropologia, 2010.
- BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e argumentação: um contribuição ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CALDEIRA, Vanessa A. **Caxixó: um povo indígena feito de mistura**. Dissertação em Ciências Sociais/Antropologia. São Paulo, PUC-SP, 2006.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **O índio e o mundo dos brancos**. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Klaus Brandini Gerhardt. V. II. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, tomo mundo é índio, exceto quem não é. Entrevista à equipe do ISA. In: **Povos Indígenas no Brasil: 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.
- CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa qualitativa em Ciências Humanas e Sociais**. Petrópolis: Vozes, 2006.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.
- CLEMENTINO, Alcelino et all. **Filhos de Makunaimê – vida, história e luta. Ou vai ou racha, a luta continua...** Boa Vista: Loyola, 2004.
- COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- Conselho Indigenista Missionário – Regional Mato Grosso do Sul; Comissão Pró-Índio de São Paulo; Procuradoria Regional da República da 3ª Região. **Conflitos de Direitos sobre as Terras Indígenas Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2000
- COSTA, Ricardo Weibe do Nascimento. O movimento indígena no Brasil. In: PEIXOTO DA SILVA, Isabelle Braz; AIRES, Max Maranhao Piorsky (Orgs.). **Direitos Humanos e a questão indígena no Ceará: Relatório do Observatório Indígena Biênio 2007-2008**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2009.
- COUTINHO, Leonardo; PAULIN, Igor; MEDEIROS, Juliana de. **A farra da antropologia oportunista**. Disponível em <http://veja.abril.com.br/050510/farra-antropologia-oportunista-p-154.shtml>. Acesso em 15 de mai. 2010.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Os índios no Direito Brasileiro hoje. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil: mito, história e etnicidade**. São Paulo: Brasiliense. 2. ed. 1987.
- DAHER, Marlusse Pestana. Ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=352>>. Acesso em: 30 abril 2010. RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo, 1991.

DARELLA, Maria Dorothea Post; MELLO, Flávia Cristina de. Laudos antropológicos e sua contribuição ao Direito. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DAVIS, Shelton H. Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas. **Mana**, Rio de Janeiro, vol.14, no.2, out. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132008000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 set. 2009.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Freitas Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

FARAGE, Nádia. **As muralhas dos Sertões**: os povos indígenas no Rio Branco e a colonização. Rio de Janeiro: Paz e Terra/ANPOCS, 1991.

_____; SANTILLI, Paulo. Estado de Sítio. Territórios e identidades no vale do Rio Branco. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). **História dos Índios do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/FAPESP, 1992.

FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FOUCAULT, Michael. **O nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 18. ed. São Paulo: Loyola. 2009.

FRANK, Erwin H. **Laudo do Perito Erwin H. Frank**. 1ª Vara da Justiça Federal em Roraima. Processo n. 1999.42.00.000014-7. Boa Vista. 2004.

GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais** – paradigmas clássicos e contemporâneos. 6. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

GRÜNEWALD, Rodrigo de Azeredo (org.). **Toré**: regime encantado do índio do Nordeste. Recife: Fundaj, Editora Massangana, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Safe, 1997.

HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOCH-GRÜNBERG, T. **Del Roraima al Orinoco**. Caracas: Ediciones Del Banco Central de Venezuela. v. III. 1982.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Tradução Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

LACERDA, Rosane. **Diferença não é incapacidade**: Gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos

povos indígenas e do texto constitucional de 1988. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Brasília, 2007, volume II.

LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

LAURIOLA, Vincenzo; CARNEIRO FILHO, Arnaldo; COSTA, Jorge da; MALHEIRO, Gercimar. **A invasão das monoculturas**. Revista Ciência Hoje, v. 41, n. 244, dezembro de 2007.

LEITÃO, Ana Valéria N. Araújo. Direitos Culturais dos Povos Indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Fabris, 1993.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE / Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e História**. Coleção Os Pensadores, vol. L, São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LIMA, Roberto Kant de. Por uma Antropologia do Direito, no Brasil. In: CERQUEIRA, Daniel Torres; FRAGALE FILHO, Roberto (Orgs.). **O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica**. Millenium, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Jurisdição constitucional e constituições principiológicas. In: SALES, Lília Maria de Moraes; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento**. Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Ação Popular Constitucional. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 03, 2002.

MAIA, Delta Maria de Souza. **União como opção: de tradicionais adversários a atuais aliados, Wapixana e Macuxi na luta pelos direitos de cidadania dos povos indígenas em Roraima – 1900/1988**. Capítulos de Tese inéditos. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007, mimeo.

MANCINI, Pasquale Stanoslao. **Direito Internacional**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Inijuí, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Ação popular**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Realidade Judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Érika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Disponível em <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>. Acesso em 20 de jun. 2010.

MEIRA, Marcio Augusto Freitas; PANKARARU, Paulo. Direitos humanos e Povos Indígenas no Brasil. In: VENTURINI, Gustavo (Org.). **Direitos humanos: percepções da**

opinião pública – análises de pesquisa nacional. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Maria Guiomar de. **Laudo Antropológico**. Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 1993.

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

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Moraes, 1979.

MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade. Saberes subalternos e pensamento liminar**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 2.ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, v. IV.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. rev. e atual., v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Manuel Alberto Jesús. *El concepto de cultura en el derecho*. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**. v. 8, n. 3, set. – dez. 2008. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo; GONGORA, Majoj Fávero; MARTINS, Renato; PATEO, Rogério Duarte do. (Org.). **Makunaima grita! Terra indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NABUCO, Joaquim. **O direito do Brasil**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1941.

NASCIMENTO, Marco Tromboni de S. Toré Kiriri: o sagrado e o étnico na reorganização coletiva de um povo. In: GRÜNEWALD, Rodrigo de Azeredo (org.). **Toré: regime encantado do índio do Nordeste**. Recife: Fundaj, Editora Massangana, 2005.

NÓBREGA, Luciana Nogueira, MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. Lei Maria da Penha e mulheres indígenas: discutindo a violência doméstica e familiar à luz do direito à auto-determinação dos povos indígenas. In: I Encontro Nacional de Antropologia do Direito. **Anais do I ENADIR**. São Paulo: Núcleo de Antropologia do Direito da USP, 2009.

_____. A proteção da propriedade intelectual e os mecanismos de flexibilização das patentes no contexto do direito à saúde. In: Onelia Silva Guimarães. (Org.). **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

_____. Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Ornélia Silva Guimarães. (Org.). **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2010.

_____, MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. **O povo indígena Anacé e o Complexo Industrial e Portuário do Pecém – tessituras socioambientais de um**

“**admirável mundo novo**”. Disponível em <http://portaldomar.org.br/observatorio/portaldomar-bd/categoria/indigenas/o-povo-indigena-anace-e-o-complexo-industrial-e-portuario-do-pecem>. Acesso em 07 jan. 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et al. (Org.). **Sociedades indígenas e o Direito**. Florianópolis: Ed. UFSC/CNPq, 1985.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria (Orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: EdUFSC, 1994.

_____. Três teses equivocadas sobre o indigenismo (em especial sobre os índios do Nordeste). In: ESPÍRITO SANTO, Marco Antonio do. (Org.). **Política Indigenista: Leste e Nordeste Brasileiros**. Brasília: Funai/DEDOC, 2000.

_____. Os Caxixó do Capão do Zezinho: uma comunidade indígena distante da imagem da primitividade do índio genérico. In: SANTOS, Ana Flávia Moreira; OLIVEIRA, João Pacheco de. **Reconhecimento étnico em exame: dois estudos sobre os Caxixó**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2003.

_____. Um etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena**”. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2004.

_____. Sem a tutela, uma nova moldura de nação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores/ANPOCS, 2008.

PAIVA, Clarissa Teixeira. **Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade**. Revista da AGU. Brasília, ano VII, n. 17, jul./set. 2008.

PAIXÃO, Marcelo. **Manifesto Anti-Racista** – idéias em prol de uma utopia chamada Brasil. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

PANIKKAR, Raimon. *Ideology as a Cross-cultural Catalyst*. **Numem**. Vol. XVIII, fasc. 3, 1971.

_____. *The Intra-Religious Dialogue*. New York: Paulist Press, 1978.

PEIXOTO DA SILVA, Isabelle Braz; AIRES, Max Maranhão Piorsky (Orgs.). **Direitos Humanos e a questão indígena no Ceará**: Relatório do Observatório Indígena Biênio 2007-2008. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2009.

PICANÇO, Marcy. **A luta do povo Anacé em meio ao complexo industrial do CE**. Jornal Porantim, dezembro de 2006.

PINHO DE CARVALHO, Alba Maria. O exercício do ofício da pesquisa e o desafio da construção metodológica. In: BAPTISTA, Maria Manuel (ed.). **Cultura: metodologias e investigação**. Lisboa: Ver o verso, 2009.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Apresentação da edição em português. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.
- RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. 2. Ed. São Paulo: Ática, 1988.
- RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos Povos Indígenas: da Nova Espanha até a modernidade. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América Indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- REPETTO, Maxim. **Movimentos indígenas e conflitos territoriais no Estado de Roraima**. Boa Vista: Editora da UFRR, 2008.
- RICARDO, Fany. (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza – o desafio das superposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, n° 33, 1996.
- RONDON, Cândido Mariano da Silva. **Diário de Inspeção de Fronteiras realizada pelo General Cândido Mariano da Silva Rondon**. 1928.
- ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Direitos das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- SAHLINS, Marshall. **História e cultura**: apologias a Tucídides. Trad. Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- _____. Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. *In*: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Fabris, 1993
- SANTILLI, Paulo. **Parecer Antropológico**. Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 1993
- _____. **Laudo pericial antropológico da Carta Precatória n. 93.000969-9, componente do Processo n. 91.13363-9**. Justiça Federal da 1ª. Região. Roraima. Terra Indígena Raposa Serra do Sol. 1994
- _____. **Pemongon Patá**: território macuxi, rotas de conflito. São Paulo: Ed. Unesp, 2001.
- _____. Usos da terra, fusos da lei: o caso Macuxi. *In*: NOVAES, Regina Reyes; KANT DE LIMA, Roberto. (Org.). **Antropologia e Direitos Humanos**. Niterói: EdUFF, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.
- _____. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho*. In: COURTIS, Christian (Comp.). **Desde otra mirada: textos de Teoría Crítica del Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

_____. **A contrarrevolução jurídica**. Disponível em <http://unisin.br/blog/ppgdireito/2009/12/05/a-contrarrevolucao-juridica/>. Acesso em 12 de mar. 2010.

_____; MENEZES, Maria Paula. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Silvio Coelho dos. **Povos Indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC/Movimento, 1989.

SCHERER-WARREN, Ilse. Movimentos em cena... e as teorias por onde andam? In: _____ (Org.). **Cidadania e multiculturalismo: a teoria social no Brasil contemporâneo**. Florianópolis: UFSC, 2000.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC, 1999.

SICHES, Luis Recasens. **Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX**. México: Porrúa, 1963.

SILVA, José Hamilton Gondim; SCHAEFER, Carlos; AGOSTINHO, Jaime de; FRANKLIN, Cléber Batalha. **Relatório da Comissão de Peritos**. 1ª Vara da Justiça Federal em Roraima. Processo n. 1999.42.00.000014-7. Boa Vista. 2004.

SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria (Orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

SOUTO MAIOR, Ana Paula Caldeira. STF confirma a constitucionalidade da demarcação da TI Raposa Serra do Sol. In: VERÍSSIMO, Adalberto et al. (Orgs.). **Áreas Protegidas na Amazônia brasileira: avanços e desafios**. Belém: Imazon; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

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

_____. As Constituições americanas e os povos indígenas. In: RICARDO, Carlos Alberto (Org.). **Povos Indígenas no Brasil: 1991/1995**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Antropologia e diferença: quilombolas e indígenas na luta pelo reconhecimento do seu lugar no Brasil dos (des)iguais. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. . **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>. Acesso em 12 de jan. 2010

SUSTEIN, Cass. *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2001.

STF. **Ação Popular**. Pet. 3388. Rel. Min. Carlos Britto. DJe-181, divulgado em 24 de set. 2009. Publicado em 25 de setembro de 2009. EMENT VOL-02375-01, pp. 71.

TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, educação e multiculturalismo**: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001.

VACHON, Robert; COLL, Augustí Nicolau. *Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico*. In: ORDÓÑES CIFUENTES, José Emilio Rolando (Coord.). *Etnicidad y derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*. V Jornadas Lascasianas. México: UNAM, 1996.

VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Legitimidade para propositura da ação popular ambiental**. Disponível em www.amapar.pr.gov.br. Acesso em 20 de abril de 2010.

VIEIRA, Jaci Guilherme. **Missionários, fazendeiros, índios de Roraima**: a disputa pela terra – 1777 a 1980. Boa Vista: Editora da UFRR, 2005.

_____. **O Rio Branco se enche de História**. Boa Vista: Editora UFRR, 2008.

VON SÖHSTEN, Daniela Cavalcanti. Legitimidade do cidadão na ação popular . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 852, 2 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7512>>. Acesso em: 15 Abril 2010.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Os pronomes cosmológicos e o perspectivismo ameríndio. **Mana – Estudos de Antropologia Social**. Rio de Janeiro, Museu Nacional/ UFRJ, v. 2, n. 2, 1996

WALSH, Caterine. *¿Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales*. **Nómadas**. n. 26, abr. 2007. Universidad Central: Colombia.

WAPICHANA, Joenia. A reafirmação da Raposa Serra do Sol e novos desafios. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (Orgs.). **Justiça e direitos humanos**: experiências de assessoria jurídicas popular. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Safe, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WUCHER, Gabi. **Minorias**: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000.

ENSAIO
FOTOGRÁFICO –
Festa de um ano do julgamento da
Terra Indígena Raposa Serra do Sol pelo STF
Aldeia Maturuca
Abril de 2010



Aldeia Surumu – palco de muitos conflitos durante a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol
(Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Um pouco da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – o caminho até a Aldeia Maturuca (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Um pouco da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – o caminho até a Aldeia Maturuca 2 (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Área de campo aberto na Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Rio da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Com as indígenas Yanomami que foram se solidarizar com a luta dos povos da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Foto: Davi Wapixana, 2010)



Plantações tipo policultura de subsistência. Aldeia Maturuca – Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Plantações tipo policultura de subsistência. Aldeia Maturuca – Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Apresentação cultural das crianças (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Apresentação cultural das crianças (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Detalhe do teto do Malocão, onde estavam ocorrendo as apresentações culturais (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Exército a postos (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Dança tradicional *parixara* (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Jovem indígena da Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Indígenas aguardam o então Presidente da República – Luís Inácio Lula da Silva (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Indígenas aguardam o então Presidente da República – Luís Inácio Lula da Silva (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Exército garante a “segurança” (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Criança indígena segurando o jamaxi, na recepção do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Mulheres Yanomami na recepção do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Faixa em comemoração à conclusão da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Monumento que retrata o mapa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Discurso do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva (Foto: Luciana Nóbrega, 2010)



Com algumas crianças Macuxi (Foto: Davi Wapixana, 2010)

Pesquisa de Jurisprudência

Acórdãos

Pet 3388 / RR - RORAIMA

PETIÇÃO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009
EMENT VOL-02375-01 PP-00071

Parte(s)

REQTE. (S): AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV. (A/S): CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS
ASSIST. (S): FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV. (A/S): ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS
REQDO. (A/S): UNIÃO
ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por

objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da

União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo

de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que

se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. 16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

Decisão

Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem, proposta pelo Relator, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte,

Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, na posição de assistentes da União, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra. Em seguida, após o voto do Relator, julgando improcedente a ação popular, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, o Dr. Antônio Glaucius de Moraes; pelo Estado de Roraima, o Dr. Francisco Rezek; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela assistente Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; pela assistente Comunidade Indígena Socó, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelas assistentes Comunidade Indígena Barro e outras, a Dra. Joenia Batista de Carvalho, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 27.08.2008.

Decisão:

Após o voto-vista do Senhor Ministro Menezes Direito, que julgava parcialmente procedente a ação para que sejam observadas determinadas condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, nos termos de seu voto, o Tribunal, contra o voto do Senhor Ministro Celso de Mello, deliberou prosseguir no julgamento do processo, tendo em conta o pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio. Em continuação ao julgamento, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e da Senhora Ministra Ellen Gracie, que julgavam parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as mesmas condições constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas da Ministra Cármen Lúcia, quanto aos itens X, XVII e XVIII, e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente, o Senhor Ministro Carlos Britto (Relator) reajustou o seu voto para também adotar as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, com ressalvas em relação ao item IX, para excluir a expressão "em caráter apenas opinativo" e inserir a palavra "usos" antes da expressão "tradições e costumes dos indígenas", e propôs a cassação da medida cautelar concedida na AC nº 2.009-3/RR, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski. Em seguida, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, ocasionalmente, na segunda parte da sessão, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.12.2008.

Decisão: Após

o voto-vista do Senhor Ministro Marco Aurélio que, preliminarmente, suscitava a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de: 1) - citação das autoridades que editaram a Portaria nº 534/05 e o Decreto de homologação; 2) - citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) - intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; 4) - citação de todas as etnias indígenas interessadas; 5) - produção de prova pericial e testemunhal e 6) - citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial

dos autores de ações em curso no Supremo, e que, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido, fixando como parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória: a) - audiência de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) - audiência de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; c) - levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) - em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório, e e) - audiência do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira; e, após o voto do Senhor Ministro Celso de Mello que julgava parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso para continuação na sessão seguinte. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 18.03.2009.

Decisão: Suscitada questão de ordem pelo patrono da Comunidade Indígena Socó, no sentido de fazer nova sustentação oral, tendo em vista fatos novos surgidos no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido, vencido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e

educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e 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 plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto ao item (xvii), a Senhora Ministra Carmen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, Relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que proferiram voto em assentada anterior. Plenário, 19.03.2009.

Indexação

- QUESTÃO DE ORDEM: VIDE EMENTA E INDEXAÇÃO PARCIAL: IMPOSSIBILIDADE, FORMAÇÃO, LITISCONSÓRCIO, PÓLO ATIVO, EXTRAPOLAÇÃO, MOMENTO OPORTUNO. DEFERIMENTO, INGRESSO, DEMANDA, ASSISTÊNCIA SIMPLES, AUTOR, RÉU. IMPOSSIBILIDADE, RENOVAÇÃO, SUSTENTAÇÃO ORAL, ADVOGADO, MOMENTO POSTERIOR, FIXAÇÃO, FORMA, EXECUÇÃO DO JULGADO, OPERACIONALIZAÇÃO,

DECISÃO, PLENÁRIO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

- QUESTÃO DE ORDEM: FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. EROS GRAU: PLENÁRIO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), OBRIGAÇÃO, APRECIÇÃO, INOVAÇÃO, CONCLUSÃO, DECISÃO, INDEPENDÊNCIA, ESCLARECIMENTO, FATO, PARTE PROCESSUAL.
- QUESTÃO DE ORDEM: VOTO VENCIDO, MIN. JOAQUIM BARBOSA: DEFERIMENTO, PRAZO, RENOVAÇÃO, SUSTENTAÇÃO ORAL, FIXAÇÃO, FORMA, EXECUÇÃO DO JULGADO, INOVAÇÃO, TEXTO CONSTITUCIONAL, RISCO, OFENSA, DEVIDO PROCESSO LEGAL.
- VIDE EMENTA E INDEXAÇÃO PARCIAL: PROVIMENTO, PARCIALIDADE, EXECUÇÃO DO JULGADO, DETERMINAÇÃO, REMOÇÃO, TOTALIDADE, PESSOA NATURAL, AUSÊNCIA, PARENTESCO POR AFINIDADE, POPULAÇÃO INDÍGENA, SUPERVISÃO, MINISTRO, RELATOR, PRESIDENTE, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF). DIREITO INDÍGENA, GARANTIA CONSTITUCIONAL, INDEPENDÊNCIA, CONVENÇÃO INTERNACIONAL. TRANSFORMAÇÃO, RORAIMA, TERRITÓRIO FEDERAL, ESTADO-MEMBRO, OBSERVÂNCIA, MANUTENÇÃO, OCUPAÇÃO, ÍNDIO, BEM DA UNIÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DEFESA, COEXISTÊNCIA, ÍNDIO, OBRIGAÇÃO, ESTADO-MEMBRO, MANUTENÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS, INTEGRAÇÃO, COMUNIDADE INDÍGENA, CONVIVÊNCIA, TOTALIDADE, BRASILEIRO, IMPLEMENTAÇÃO, EXERCÍCIO, CIDADANIA. INAPLICABILIDADE, DEMARCAÇÃO CONTÍNUA, TERRA INDÍGENA, ÁREA, AUSÊNCIA, HABITAÇÃO, DIVERSIDADE, ETNIA, RISCO, AMEAÇA, SOBERANIA NACIONAL. POSSIBILIDADE, AMPLIAÇÃO, ÁREA INDÍGENA, DEMARCAÇÃO, MOMENTO ANTERIOR, CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. MENEZES DIREITO: REGULARIZAÇÃO, TERRA INDÍGENA, OBEDIÊNCIA, MULTIPLICIDADE, PROCEDIMENTO, IDENTIFICAÇÃO, DELIMITAÇÃO, DECLARAÇÃO, HOMOLOGAÇÃO, REGISTRO. SUPERAÇÃO, CRITÉRIO, TEORIA DO INDIGENATO, TEORIA DO FATO INDÍGENA, CARACTERIZAÇÃO, EFETIVIDADE, OCUPAÇÃO, ÁREA, CONTINUIDADE, PRESERVAÇÃO, DEMOGRAFIA, CULTURA, BIOLOGIA, COMUNIDADE INDÍGENA, AFERIÇÃO, ANTROPOLOGIA, OBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RESERVA INDÍGENA, DESTINAÇÃO ESPECIAL, RESTRIÇÃO, APROVEITAMENTO, POPULAÇÃO INDÍGENA. DIREITO INDÍGENA, INTERESSE PÚBLICO, ÂMBITO NACIONAL, COEXISTÊNCIA, MULTIPLICIDADE, GARANTIA CONSTITUCIONAL, POSSIBILIDADE, LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, CONDICIONAMENTO, USUFRUTO, COMUNIDADE INDÍGENA, PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO, INTERESSE NACIONAL.
- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. CÁRMEN LÚCIA: GARANTIA CONSTITUCIONAL, EXERCÍCIO, OPÇÃO, ACEITAÇÃO, CONTRAPOSIÇÃO, CULTURA, ÍNDIO, REALIZAÇÃO, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS, AUSÊNCIA, PERMISSÃO, ATUAÇÃO, ORGANIZAÇÃO NÃO-GOVERNAMENTAL, ESTRANGEIRO, BRASILEIRO. COMPETÊNCIA, ESTADO BRASILEIRO, AUTORIZAÇÃO, PROIBIÇÃO, ATIVIDADE, ORGANIZAÇÃO NÃO-GOVERNAMENTAL, DEPENDÊNCIA, INTERESSE DA ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL, PRESERVAÇÃO, IDENTIDADE, POPULAÇÃO INDÍGENA.
- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. EROS GRAU: DEMARCAÇÃO, TERRA INDÍGENA, UNIÃO, NECESSIDADE, PROVA, OCORRÊNCIA, OCUPAÇÃO, CONTINUIDADE, COMUNIDADE INDÍGENA.
- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. GILMAR MENDES: IMPOSSIBILIDADE, REVISÃO, ÁREA, DEMARCAÇÃO, EXCLUSÃO, CONSTATAÇÃO, VÍCIO INSANÁVEL, SOLUÇÃO, AMPLIAÇÃO, ÁREA INDÍGENA, DESAPROPRIAÇÃO.
- VOTO VENCIDO, MIN. JOAQUIM BARBOSA: IMPROCEDÊNCIA, TOTALIDADE, AÇÃO POPULAR, DESCABIMENTO, PODER JUDICIÁRIO, FIXAÇÃO, FORMA, DEMARCAÇÃO, TERRA INDÍGENA. INAPLICABILIDADE, PLENÁRIO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), IMPOSIÇÃO, CONDIÇÃO, DECISÃO, AÇÃO POPULAR, AUSÊNCIA, PEDIDO.
- VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: PROVIMENTO, AÇÃO POPULAR, OBRIGATORIEDADE, DETERMINAÇÃO, SANEAMENTO DO PROCESSO, CITAÇÃO, MINISTRO DE ESTADO, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ESTADO-MEMBRO, MUNICÍPIO, RISCO, NULIDADE, PROCESSO JUDICIAL, OFENSA, DEVIDO PROCESSO LEGAL, AUSÊNCIA, PRESSUPOSTO PROCESSUAL, CONSIDERAÇÃO, LITISCONSÓRCIO, PÓLO PASSIVO, EXIGÊNCIA, CITAÇÃO, TOTALIDADE, AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, PARTICIPAÇÃO, ATO ADMINISTRATIVO, INDEPENDÊNCIA, COMUNICAÇÃO, LIDE, UNIÃO. NECESSIDADE, PROVA TESTEMUNHAL, ESCLARECIMENTO, ASSINATURA, EXCLUSIVIDADE, LAUDO PERICIAL, ESPECIALISTA, INTIMAÇÃO, PARTE PROCESSUAL, MANIFESTAÇÃO, DOCUMENTO, MAPA, SOLICITAÇÃO, FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI), MINISTRO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF),

RISCO, OFENSA, GARANTIA AO CONTRADITÓRIO. COISA JULGADA, AÇÃO POPULAR, AUSÊNCIA, GARANTIA AO CONTRADITÓRIO, MOMENTO ANTERIOR, DECLARAÇÃO, NULIDADE, TOTALIDADE, REGISTRO DE IMÓVEL, PROPRIEDADE, MULTIPLICIDADE, LIDE, DIVERSIDADE, CAUSA DE PEDIR, INTERESSE INDIVIDUAL. DISTINÇÃO, FORMA, EXERCÍCIO, GARANTIA AO CONTRADITÓRIO, PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEMARCAÇÃO DE TERRAS, MOMENTO ANTERIOR, MOMENTO POSTERIOR, DECRETO, REGULAÇÃO. IRRAZOABILIDADE, DESPROPORCIONALIDADE, TEORIA DO FATO INDÍGENA, DEMARCAÇÃO CONTÍNUA, ÁREA INDÍGENA, RESULTADO, LIMITAÇÃO, LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO, CARACTERIZAÇÃO, APARTEID, INOBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPRESCINDIBILIDADE, PARTICIPAÇÃO, CONSELHO DE DEFESA NACIONAL, DEMARCAÇÃO, ÁREA INDÍGENA, ZONA DE FRONTEIRA.

Legislação

LEG-FED CF ANO-1824
CF-1824 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1891
CF-1891 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1934
ART-00129
CF-1934 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1937
ART-00154
CF-1937 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1946
ART-00005 INC-000015 LET-R ART-00216
CF-1946 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1967
ART-00004 INC-00004 ART-00017 PAR-00003
ART-00091 ART-00186
ART-00198 PAR-00001 PAR-00002 REDAÇÃO DADA PELA EMC-1/1969
CF-1967 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED EMC-000001 ANO-1969
EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED CF ANO-1988
ART-00001 INC-00001 INC-00002 INC-00004
ART-00003 INC-00001 INC-00002 INC-00003
INC-00004 ART-00005 "CAPUT" INC-00010
INC-00015 INC-00022 INC-00054 INC-00055
INC-00073 ART-00012 INC-00001 LET-C
ART-00018 "CAPUT" PAR-00002 PAR-00004
ART-00020 INC-00001 INC-00002 INC-00003
INC-00004 INC-00005 INC-00006 INC-00007
INC-00008 INC-00009 INC-00010 INC-00011
PAR-00002 ART-00021 INC-00001 INC-00003
INC-00011 INC-00012 INC-00013 LET-B
INC-00022 ART-00023 INC-00004 INC-00006
ART-00026 INC-00004 ART-00033 ART-00049
INC-00001 INC-00016 ART-00084 INC-00008
ART-00091 " CAPUT" PAR-00001 INC-00003
INC-00004 ART-00102 INC-00001 LET-F
ART-00129 INC-00005 ART-00142 "CAPUT"
PAR-00001 ART-00144 INC-00001 INC-00002
INC-00003 PAR-00001 INC-00001 INC-00002
INC-00003 ART-00174 PAR-00003 PAR-00004
ART-00176 "CAPUT" PAR-00001 ART-00210
PAR-00002 ART-00215 PAR-00001 PAR-00002
ART-00216 "CAPUT" ART-00219 ART-00225
"CAPUT" PAR-00001 INC-00003 ART-00231
"CAPUT" PAR-00001 PAR-00002 PAR-00003
PAR-00004 PAR-00005 PAR-00006 PAR-00007
ART-00232 ART-00242 PAR-00001
CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED ADCT ANO-1988
 ART-00014 PAR-00001 ART-00067
 ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

LEG-FED DEL-001608 ANO-1939
 ART-00091
 CPC-1939 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEG-FED LEI-005869 ANO-1973
 ART-00047 PAR-ÚNICO ART-00048 ART-00049
 ART-00050 ART-00054 ART-00130
 CPC-1973 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEG-FED LEI-010406 ANO-2002
 ART-00099 INC-00002 ART-01199 ART-01230
 CC-2002 CÓDIGO CIVIL

LEG-FED LEI-006001 ANO-1973
 ART-00017 ART-00018 "CAPUT PAR-00001 ART-00019
 ART-00022 "CAPUT" ART-00024 PAR-00001
 ART-00035 ART-00039 INC-00002 ART-00043
 ART-00044
 ART-00045
 EI-1973 ESTATUTO DO ÍNDIO

LEG-FED LEI-008906 ANO-1994
 ART-00007
 EOAB-1994 ESTATUTO DA ADVOCACIA E ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

LEG-FED LEI-009784 ANO-1999
 ART-00053
 LPA-1999 LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

LEG-FED LCP-000001 ANO-1967
 LEI COMPLEMENTAR

LEG-FED LCP-000041 ANO-1981
 LEI COMPLEMENTAR

LEG-FED LEI-000601 ANO-1850
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-004717 ANO-1965
 ART-00001 ART-00002 ART-00006 "CAPUT"
 PAR-00003 PAR-00004 PAR-00005 ART-00007
 PAR-00002 INC-00003 ART-00011 ART-00018
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-006634 ANO-1979
 ART-00002
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-007009 ANO-1982
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-007805 ANO-1989
 ART-00023 LET-A LET-B
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-008080 ANO-1990
 ART-0019A ART-0019C ART-0019D ART-0019E REDAÇÃO DADA PELA LEI-
 9836/1999
 ART-0019G PAR-00001 PAR-00002 PAR-00003 REDAÇÃO DADA PELA LEI-
 9836/1999
 ART-0019H REDAÇÃO DADA PELA LEI-9836/1999
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-008183 ANO-1991
 ART-00001 PAR-ÚNICO
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-009836 ANO-1999
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-009985 ANO-2000
 ART-00002 INC-00001 ART-00007 ART-00011
 PAR-00002 PAR-00003 ART-00018 ART-00020
 ART-00055
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-010172 ANO-2001
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-010304 ANO-2001
 ART-00002 ART-00003 ART-00004 REDAÇÃO DADA PELA LEI-10304/2001
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-011685 ANO-2008
 ART-00002 ART-00003
 LEI ORDINÁRIA

LEG-INT CVC ANO-1969
 ART-00021 NÚMERO-2 NÚMERO-3
 PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA
 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS ASSINADA EM SÃO JOSÉ DA
 COSTA RICA, ONU

LEG-INT CVC ANO-1992
 ART-00008
 CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA

LEG-INT CVC-000107
 ART-00011
 CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

LEG-INT CVC-000169
 ART-1.3 ART-00014
 CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

LEG-INT CVC-000169
 ART-00006 ART-00007 ITEM-4 ART-00034
 CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

LEG-INT ETT
 ART-00038
 ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

LEG-FED DEL-000227 ANO-1967
 ART-00004
 CÓDIGO DE MINERAÇÃO
 DECRETO-LEI

LEG-FED MPR-000454 ANO-2009
 MEDIDA PROVISÓRIA

LEG-FED MPR-002166 ANO-2001
 ART-00001 PAR-00002 INC-00003
 REEDIÇÃO N° 67
 MEDIDA PROVISÓRIA

LEG-FED DLG-000143 ANO-2002
 DECRETO LEGISLATIVO

LEG-FED DLG-000788 ANO-2005
 DECRETO LEGISLATIVO

LEG-FED DLG-000103 ANO-2006
 DECRETO LEGISLATIVO

LEG-FED DEC-076999 ANO-1976
 DECRETO

LEG-FED DEC-088985 ANO-1983
 DECRETO

LEG-FED DEC-097887 ANO-1989
 DECRETO

LEG-FED DEC-000022 ANO-1991
 ART-00002 PAR-00001 PAR-00002 PAR-00003
 PAR-00004 PAR-00005 PAR-00006 PAR-00007
 PAR-00008 PAR-00009 PAR-00010
 REDAÇÃO DADA PELO DEC-1775/1996
 DECRETO

LEG-FED DEC-000026 ANO-1991
 ART-00001 ART-00002
 DECRETO

LEG-FED DEC-001775 ANO-1996
 ART-00001 ART-00002 "CAPUT" PAR-00001
 PAR-00003 PAR-00004 PAR-00005 PAR-00006
 PAR-00008 PAR-00010 INC-00001 ART-00009
 DECRETO

LEG-FED DEC-003156 ANO-1999
 ART-00001 ART-00003

DECRETO
 LEG-FED DEC-004412 ANO-2002
 ART-00001 INC-00001 INC-00002 INC-00003
 ART-00002 REDAÇÃO DADA PELO DEC-6513/2008
 ART-00003 ART-0003A PAR-ÚNICO
 DECRETO
 LEG-FED DEC-005051 ANO-2004
 DECRETO
 LEG-FED DEC ANO-2005
 DECRETO DE 15 DE ABRIL DE 2005
 DECRETO
 LEG-FED DEC-006513 ANO-2008
 DECRETO
 LEG-FED DEC-006754 ANO-2009
 DECRETO
 LEG-FED PJL-005742 ANO-1990
 PROJETO DE LEI
 LEG-FED PJL-000692 ANO-1991
 PROJETO DE LEI
 LEG-FED PJL-001610 ANO-1996
 PROJETO DE LEI
 LEG-FED PJL-003872 ANO-1997
 PROJETO DE LEI
 LEG-FED PJL-004791 ANO-
 PROJETO DE LEI
 LEG-FED PRT-000077 ANO-1975
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-000550 ANO-1977
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-000509 ANO-1979
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-001845 ANO-1984
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-000111 ANO-1977
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-001645 ANO-1984
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-001141 ANO-1992
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-001375 ANO-1992
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-0000014 ANO-1996
 PORTARIA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
 LEG-FED PRT-001163 ANO-1999
 PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE
 LEG-FED PRT-000820 ANO-1998
 ART-00001
 PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA
 LEG-FED PRT-000534 ANO-2005
 ART-00002 ART-00003 ART-00004 INC-00001
 PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA
 LEG-FED REG-001318 ANO-1854
 ART-00072 ART-00073 ART-00074 ART-00075
 REGULAMENTO
 LEG-FED SUM-000473
 SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF
 LEG-FED SUM-000650
 SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF
 LEG-EST CES ANO-1991
 ART-00173
 CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, RR
 LEG-EST LEI-000941 ANO-1917
 LEI ORDINÁRIA, AM
 LEG-EST LEI-000096 ANO-1996

LEI ORDINÁRIA, RR
LEG-EST LEI-000098 ANO-1996
LEI ORDINÁRIA, RR
LEG-EST LEI-000215 ANO-1998
LEI ORDINÁRIA, RR
LEG-EST DEC-03341E ANO-1998
DECRETO, RR
LEG-EST LEI-000282 ANO-2001
LEI ORDINÁRIA, RR
LEG-EST LEI-000399 ANO-2003
LEI ORDINÁRIA, RR
LEG-MUN LEI-000209 ANO-2006
ART-00016 ART-00017
LEI ORDINÁRIA DO MUNICÍPIO DE SÃO GABRIEL DA CACHOEIRINHA, AM

Observação

- Acórdãos citados: SL 125, ACO 312, ACO 323, Rcl 424, ADI 1105, ADI 1127, ADI 1512, ADI 2024, ADI 2240, Rcl 3331, Pet 3674 QO, MS 16443, MS 21575, MS 21649, MS 24045, MS 24268, MS 24483, MS 24831, MS 25483, HC 87585, RE 44585, RE 94414, RE 101037, RE 116750, RE 140195, RE 183188, RE 191480, RE 199800, RE 219983, RE353657 QO; STJ: MS 4821, Resp 681768; RTJ 163/790, RTJ 183/371, RTJ 191/922, RDA 97/110, RDA 114/142, RDA 118/99, RSTJ 43/332, RTFR 104/237.

- Decisões monocráticas citadas: ACO 362, ADI 2399, Rcl 2833, AI 306626.

- Veja Despacho n. 009/1993 do Presidente da FUNAI e Despacho n. 50/1998 do Ministério da Justiça.

- Veja Processo n. 1998.01.00.0850320 do TRF 1ª Região.

- Veja Ação Cautelar 2009 do STF.

- Veja Petição 3388 AgR e Petição 3713 do STF.

- Veja Projeto de Decreto Legislativo n. 2.540/2006 e Projeto n. 434 do Senado Federal.

- Veja Processo n. 32/33 da FUNAI.

- Veja Ação Popular n. 1999.42.00.000014-7 da Vara Federal de Roraima.

- Legislação estrangeira citada: Art 1º, art. 3º, art. 4º, art. 26 itens 1, 2 e 3, art. 28, art. 36 itens 1 e 2, art. 46 itens 1 e 2 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 13 de setembro de 2007; art. 23 números 2 e 7 da Constituição de Bonn, com a redação dada pela Reforma Constitucional de 1992.

- Decisões estrangeiras citadas: Caso Awas Tingni da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Delgamuukw v. British Columbia (1997) 3 S.C.R. 1010 (Can.); Bush versus Gore, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos; caso Brown v. Board of Education; caso Plessy v. Ferguson, caso Brown II (349 U.S. 294)

Número de páginas: 652.

Análise: 21/10/2009, MMR.