

Direitos territoriais indígenas: o Poder Judiciário contra a Constituição¹

Carolina Ribeiro Santana (Fundação Nacional do Índio)

1. INTRODUÇÃO.

A questão fundiária no Brasil caracteriza-se por sua extrema complexidade. A intrincada malha fundiária brasileira requer, para além da análise técnica, uma análise política e, também, uma acurada análise jurídica crítica das normativas que regem a regularização fundiária do país.

O Estado brasileiro tem diante de si, há anos, o desafio de alcançar a distribuição justa e igualitária da terra, organizando-se, para tanto, em estruturas administrativas voltadas ao atendimento das inúmeras demandas fundiárias, advindas de diferentes segmentos da sociedade. Os povos indígenas compõem um desses segmentos e suas demandas territoriais encontram-se centralizadas, desde 1967, na Fundação Nacional do Índio, a Funai.

Ainda que os direitos territoriais indígenas não possuam relação direta com a criação da Funai, visto que tais direitos remontam - do ponto de vista estatal - ao Alvará Régio de 1º de abril de 1680, a Fundação passou a centralizar as demandas por estes direitos e a ter a prerrogativa legal de dar início às demarcações das terras indígenas no Brasil.

Ao longo dos seus quase cinquenta anos de existência, a Funai foi orientada por diferentes posicionamentos estatais acerca da política indigenista. Tais posicionamentos foram sofrendo alterações ao longo dos anos – ora pela atuação do movimento indígena, ora pela atuação de organizações indigenistas, ora por forças advindas apenas do interior do próprio Estado - até alcançarem a conformação atual, pulverizada em diversos diplomas legais. Ao que tange a proteção territorial a política indigenista tem no artigo 231 da Constituição Federal a sua proteção maior.

No final da década de 60, momento histórico de criação da Funai, a política indigenista ainda remontava à atuação do extinto Serviço de Proteção ao Índio. A concepção de um novo órgão indigenista, por si só, não trouxe consigo novidades no modo de se pensar a relação do

¹ IV ENADIR, GT15. Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial.

Estado brasileiro com os povos indígenas. Assim, a política indigenista continuou voltada para a busca de alternativas para fazer uso da mão-de-obra indígena, paralelamente a um processo de regeneração agrícola do país². Teve continuidade pois, a ideologia da jornada iniciada por Rondon e pelos seus seguidores do Apostolado Positivista do Brasil, de transformar os indígenas em pequenos produtores rurais capazes de se auto sustentarem e, por meio do que era considerado um processo evolutivo natural, superarem a condição transitória de indígenas.

Em 1973 os legisladores do Estatuto do Índio, Lei nº. 6.001/73, mantiveram viva a política de transitoriedade da condição indígena. A doutrina do assimilacionismo passou por um processo de categorização e detalhamento, tendo sido instituídos os conceitos de índios “isolados”, índios em “vias de integração” e índios “integrados”³. É importante observar que a noção de indígena isolado desse período ainda não estava permeada pelas recentes discussões em torno do isolamento voluntário. Ao contrário, as políticas públicas para os indígenas isolados visavam a assimilá-los à comunhão nacional tornando-os “úteis” à sociedade. A mentalidade estatal pressupunha que o isolamento era involuntário e que o Estado faria o melhor para que tais comunidades pudessem compartilhar de toda a “modernidade” e “progresso” desfrutados pela sociedade nacional.

Ressalte-se que na condição de “isolados” e “em vias de integração” os indígenas estavam privados do pleno exercício dos seus direitos civis, sujeitos ao regime tutelar cujo tutor seria o órgão indigenista oficial, a Fundação Nacional do Índio (Funai). Para a liberação do regime tutelar, que poderia ser requerida judicial ou administrativamente pelo próprio indígena, o Estatuto estabelecia como requisitos a idade mínima de 21 anos, o “conhecimento” da língua

² MENDONÇA, Sonia Regina de. *Ruralismo: agricultura, poder e Estado na Primeira República*. Tese de doutorado. São Paulo. FFLCH – USP, 1990.

³ Lei nº. 6001/73: 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.

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

portuguesa, a habilitação para o exercício de “atividade útil” na sociedade brasileira, e uma razoável compreensão” dos usos e costumes da comunhão nacional (art. 9.º, incisos I a IV).

A Lei 6.001/73, portanto, deu continuidade à prática da tutela, arquitetada quase sessenta anos antes, com a promulgação do Código Civil de 1916. Esse estatuto jurídico específico para o índio facultaria ao aparelho estatal o monopólio legal da força necessária à sua atuação em face de outros aparelhos de poder⁴. Nesse contexto tutelar o Estado estava autorizado a decidir o que seria melhor para os povos indígenas e, nesse contexto, os direitos territoriais, eram pensados e “concedidos” sob a ótica dos não indígenas. Tal entendimento manteve-se até o advento da Constituição Federal de 1988.

2. A NOVA POLÍTICA INDIGENISTA

Cansadas da política indigenista vigente as lideranças indígenas participaram ativamente da Assembleia Nacional Constituinte, instituída em 1987, participação decisiva para garantir a inserção no texto constitucional de um capítulo destinado exclusivamente aos povos indígenas⁵.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, dentre outros direitos, o reconhecimento do direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O direito originário - que emana da tese do indigenato, decorrente do Alvará Régio de 1680, quando aos indígenas foi dado o reconhecimento de “primários e naturais” senhores de suas terras - foi reafirmada e fortalecida pela Constituição Cidadã, não somente pelo teor do artigo 231, mas também como consequência dos princípios fundamentais e dos objetivos da República Federativa do Brasil. Tal direito, portanto, é inato e o Estado apenas faz reconhecer as terras indígenas, o que significa dizer que os atos do processo administrativo de demarcação territorial possuem natureza jurídica meramente declaratória e não constitutiva de direito.

O texto da Constituição Federal de 88 é paradigmático para a política indigenista, não só por reconhecer o direito originário dos indígenas sobre suas terras, como também por tornar sem efeito o instituto da tutela do Estado sobre os indígenas. Ao garantir, no bojo do artigo 232, que os indígenas, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em

⁴ LIMA, Antonio Carlos de Souza. “O governo dos índios sob a gestão do SPI”. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/ FAPESP, 1992. p. 160.

⁵ Constituição Federal. Capítulo VIII: Dos Índios, artigos 231 e 232.

defesa de seus direitos e interesses os constituintes conferiram-lhes a plena capacidade de direitos e deveres na ordem civil.

Por força do artigo 232 hoje é possível afirmar que a lei especial a que se refere o parágrafo único, do art. 4º, do Código Civil⁶ não é a Lei nº. 6.001/73, o chamado Estatuto do Índio, mas sim a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizada pelo Decreto Legislativo nº. 5051/04 que, nesse aspecto se alinha mais à atual ordem constitucional⁷. Até que se prove nova legislação que substitua o Estatuto do Índio⁸, este deve servir como guia tão somente em questões para as quais a Constituição de 88 e a Convenção 169 da OIT não ofereçam uma resposta.

Todas essas transformações legais empreendidas nas normativas que regem a política indigenista resultam em um momento de adaptação do Estado brasileiro ao que vem sendo chamado de “nova política indigenista”. Essa nova política, no que se refere aos direitos territoriais indígenas, pauta-se i) pelo fim da perspectiva assimilacionista, ii) pelo fim do instituto da tutela do Estado sobre os povos indígenas, iii) pelos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988; iv) pelos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; v) pela Convenção 169 da OIT, vi) pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, vii) pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e viii) pela Lei nº. 6.001/73, naquilo que ela não contrarie os dispositivos legais anteriormente citados e ix) pelo Decreto nº 7747/2012, que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas.

3. A POLÍTICA INDIGENISTA E O PODER JUDICIÁRIO

⁶ 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.

⁷ Decreto 5051/2004: Artigo 2º 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) **que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;** b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

⁸ A esse respeito ver PL 2057/1991 e demais PLs apensados. BRASIL. Câmara dos Deputados. PL nº 2057/1991, Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

Embora diversas conquistas estejam positivadas e formalmente garantidas, quando observadas do ponto de vista material contata-se que carecem de efetivação. Aliás, não é exagero afirmar que essa nova política indigenista sequer foi internalizada por todos os agentes do Estado que utilizam diariamente (ou deveriam utilizar) essas normativas como instrumento de trabalho. Apesar de diversos termos e conceitos estarem defasados e superados, por serem próprios de uma política indigenista em desuso, o próprio Estado e seus agentes ainda não conseguiram assimilar por completo importantes categorias e conceitos como a autoidentificação, os direitos originários, a capacidade plena dos direitos civis, dentre outros.

Dos poderes constituídos o Poder Executivo Federal, por ser o âmbito no qual se insere o órgão indigenista oficial, é o que mais se vê confrontado com esses novos termos e, certamente, é a esfera estatal mais cobrada pelo movimento indígena, por acadêmicos e pelas organizações de indigenistas. É certo que o Poder Executivo Federal ainda necessita adequar-se aos novos termos da política indigenista atual. Não raro é possível observar membros das forças de segurança, agentes de saúde, membros do Ministério da Justiça, da Presidência da República e, até mesmo, da Funai, agindo e pronunciando-se com profundo desconhecimento das normativas que regem a política indigenista e lançando mão de conceitos defasados na resolução de problemas cotidianos. Por ter a prerrogativa de demarcar as terras indígenas, garantindo assim um direito primordial do qual decorrem tantos outros direitos, o Executivo Federal tem o dever de tratar com a devida atenção a problemática indígena promovendo a capacitação e a formação de seus servidores visando a adequar e uniformizar as suas práticas em torno dos novos conceitos e leis indigenistas vigentes.

Para além do Executivo, é possível observar a emergência, cada vez mais presente, de um novo ator na temática da garantia dos direitos indígenas. Especialmente no que diz respeito aos direitos territoriais. O Poder Judiciário tem demonstrado protagonismo e forte ingerência nos processos administrativos de demarcação de terras indígenas. Magistrados, em especial os federais, e Ministros de Tribunais Superiores, tem tido participações definitivas na interação com o Poder Executivo nas decisões sobre a execução da política indigenista, particularmente, como já mencionado, na política indigenista de cunho territorial. Observa-se um considerável aumento de pronunciamentos do Poder Judiciário em questões dessa natureza, principalmente após o paradigmático pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, Petição 3388/RR.

A visibilidade conferida ao julgamento do Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a inovação à legislação levada a efeito pelas condicionantes pronunciadas no Acórdão do referido julgado, acarretaram um significativo aumento das demandas ao Poder Judiciário, visando a extensão de tais condicionantes para outras terras indígenas.

O julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (doravante TIRSS) culminou com o Acórdão que se fundamentou na relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, o qual assentou a condição indígena da totalidade da área demarcada, somada às dezenove condicionantes elaboradas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Ao Acórdão foram interpostos Embargos de Declaração questionando se os termos do julgado deveriam ser utilizados nos processos de demarcação de outras terras indígenas ou se, ao contrário, a decisão valeria tão somente para a TIRSS. A análise dos Embargos coube ao Ministro Roberto Barroso que se assim se pronunciou:

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

A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.⁹

A partir do Acórdão pronunciado nos Embargos de Declaração, afirmando que a decisão embargada, apesar de não ser vinculativa, goza de “força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País”, diversos pedidos de análise foram feitos nas mais diversas regiões do país, bem como o próprio STF utilizou-se da referida força persuasiva para analisar judicializações de outros procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas em trâmite na Suprema Corte.

⁹ STF, Pet. 3388, Relator Ministro Roberto Barroso, j. em 23/10/2013.

Nesse contexto foram analisadas pelo STF as terras indígenas “Porquinhos”, no Maranhão; “Guyraroká” e “Limão Verde”, no Mato Grosso do Sul. Como fundamentos para a análise a Segunda Turma do STF utilizou-se dos termos do julgamento da TIRSS (Pet. 3388) baseando-se, principalmente, na tese do marco temporal e na condicionante XVII, que veda a ampliação de terra indígena demarcada.

Antes de passar para a análise das motivações do STF, qual sejam o marco temporal e a vedação da ampliação, apresenta-se um panorama de cada julgado:

a) Na lide acerca da Terra Indígena Porquinhos (RMS 29.542/STF), de ocupação tradicional dos Kanela Apãnjekra, os requerentes, Municípios de Fernando Falcão, Barra do Corda e Grajaú, alegaram que o procedimento de demarcação da referida Terra Indígena estaria descumprindo a decisão do STF no julgamento da PET 3388/RR, que discutiu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Segundo os requerentes estaria ocorrendo a ampliação de terra indígena já demarcada na década de 1970 e homologada em 1983. O STF deu provimento ao recurso ordinário dos requerentes, concedendo a segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Porquinhos dos Kanela Apãnjekra, bem como a nulidade da Portaria Declaratória nº 3.508, de 21 de outubro de 2009, do Ministro de Estado da Justiça, que declarou os limites da Terra Indígena em questão como voltados à posse permanente do povo Kanela.

b) Na Terra Indígena Guyraroká, por seu turno (RMS 29.087/STF), o impetrante, Avelino Antonio Donatti, logrou êxito em recurso ordinário, no qual o STF, entendendo que não fora atendida a tese do marco temporal, concedeu a segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Guyraroka, bem como da Portaria Declaratória nº 3.219, de 7/10/2009, do Ministro de Estado da Justiça que declarou os limites da referida Terra Indígena como voltados à posse permanente do povo Guarani Ñandeva.

c) Quanto ao julgado da TI Limão Verde (Agravo Regimental ao Acórdão no ARE nº 803642/STF) o STF, deu provimento ao Agravo Regimental requerido por Tales Oscar Castelo Branco, julgando procedente o pedido para declarar a inexistência de ocupação indígena e a nulidade do processo de demarcação da Terra Indígena Limão Verde na área da Fazenda Santa Bárbara, no município de Aquidauana, Mato Grosso do Sul. A decisão da Suprema Corte

fundamentou-se na tese do marco temporal, afirmando que não restou comprovado que os indígenas ocupavam a área pleiteada no dia 05 de outubro de 1988.

Como se pode observar, portanto, o STF vem trabalhando com duas novas categorias, pensadas a partir do voto da TIRSS, não previstas expressamente em qualquer legislação vigente. São elas: a tese do marco temporal, presente do Voto prolatado pelo Relator Ministro Carlos Ayres Britto, e a vedação de ampliação de terra indígena já demarcada, que decorre diretamente da condicionante XVII, adicionada pelo Ministro Menezes Direito ao voto do Relator. Passemos a análise de cada uma delas.

Analisando-se o Acórdão prolatado no âmbito do julgamento da TIRSS é possível observar que a tese do marco temporal advém do exercício interpretativo do Relator visando a extrair do próprio corpo normativo de nossa Lei Maior marcos regulatórios para os processos de demarcação. Nesse contexto, afirmou o Relator acerca do marco temporal da ocupação indígena que

Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.¹⁰

Nessa toada, a tese do marco temporal traz a exigência de que, para que uma terra possa ser demarcada como tradicionalmente indígena, os indígenas estivessem na posse delas no dia 5 de outubro de 1988. É importante ponderar, porém, que essa posse indígena não pode ser exigida nos moldes da posse civil. Deve haver uma flexibilização desse conceito de posse indígena pelo STF para se considerar também a posse que se dá de forma precária, a posse que se dá em forma de resistência, a permanência na terra que se configura da forma como se vislumbra possível em determinado momento histórico. Exemplo disso, muito recorrente nas histórias de esbulho impingido aos grupamentos indígenas de diversas regiões do país, é a permanência de tais grupos na terra na condição de trabalhadores braçais ou meeiros nas fazendas e rancharias constituídas

¹⁰ STF. Relator Ministro Carlos Ayres Britto, j. em 27/08/2008

por aqueles que foram, justamente, os autores do esbulho sofrido. Nesse sentido, afirma a Procuradora da República Deborah Duprat:

“(…) muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa da vida desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, mas participação num sentido presente. (GADAMER, 1998, p.571) Não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí porque, a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, de cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva”.¹¹

Importante ponderar que em suas recentes manifestações, mais especificamente no Agravo Regimental ao Acórdão no ARE nº 803642/STF, Terra Indígena Limão Verde, o STF acresceu à tese do marco temporal as exceções de que, comprovado “conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”, a tese deve ser desconsiderada. O que, em tese, poderia parecer um alento frente à rigidez interpretativa acerca do marco temporal, todavia, restou materialmente inexecutável, uma vez que o farto conjunto probatório apresentado pela Funai¹² não foi suficiente à Suprema Corte para configurar as exigidas circunstâncias de fato¹³.

Ainda na temática das exceções admitidas à tese do marco temporal, observe-se que, para além das “circunstâncias de fato”, o STF admite que seja trazida aos autos “controvérsia possessória judicializada”. Há que se considerar certa incoerência em tal exigência. Como dito

¹¹ Duprat, Deborah. Terras Indígenas e o judiciário. Disponível em : < http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>.

¹² A análise do conjunto probatório apresentado pela Funai não caberia no número de páginas estipulado pelo IV ENADIR para o presente artigo, razão pela qual faço referência à Informação Técnica nº. 47/DPT/2015 – Funai, que consta nos autos do ARE nº 803642/STF.

¹³ Nesse sentido, assim se manifestou o STF no Agravo Regimental ao Acórdão no ARE nº 803642: “Também não pode servir de comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto aos órgãos públicos, desde o início do século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Barbara. Destacou-se, nesse propósito (a)_ a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas entre 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.”

anteriormente, as bases para uma nova política indigenista erigiram-se sobre a Constituição Federal de 1988; isso significa dizer que os indígenas possuem capacidade civil plena há apenas vinte e sete anos. Somente com o disposto no artigo 232 da Constituição de 88 os índios, suas comunidades e organizações passaram a ser partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, antes disso eles encontravam-se, pois, sujeitos ao regime tutelar estabelecido pela Lei nº. 6.001/73.

Portanto, para que hoje seja possível apresentar uma controvérsia possessória judicializada se faz necessário que no passado i) o Órgão Indigenista tenha pleiteado judicialmente os direitos territoriais indígenas; o que não era praxe da Administração Pública, visto que em diversos períodos históricos esta esteve a serviço do avanço das fronteiras agrícolas do país, optando pela criação de reservas indígenas de insuficiente extensão, onde fosse possível realocar os indígenas e para onde eram levados, indiscriminadamente, indígenas de diferentes etnias; ii) que o proprietário tenha judicializado a controvérsia possessória, o que também não era praxe, haja vista que, pela imensa ausência de proteção do Estado aos povos indígenas, a prática de expulsar essas populações de seus territórios tradicionais era comum, mais econômica que uma judicialização e socialmente aceita ou, por fim, iii) que algum indígena emancipado tenha judicializado o esbulho possessório sofrido; possibilidade extremamente remota, para não dizer nula, tendo em vista as dificuldades do acesso à justiça, as barreiras impostas pelo idioma, os custos de uma judicialização e o ínfimo número de indígenas emancipados.

Ao que tange a vedação da ampliação de terra indígena já demarcada - presente na condicionante XVII do Acórdão proferido no julgamento da TIRSS e que embasou a suspensão do processo de demarcação da Terra Indígena Porquinhos - é de extrema importância observar o pronunciado nos Embargos de Declaração de que as condicionantes não se estendem às outras terras indígenas. Compreender que essa condicionante está restrita ao universo de análise da TIRSS possibilitará que se impeça o cometimento de injustiças irreparáveis. A ampliação de terra indígena é uma categoria que não se confunde e não se pode confundir com a revisão de limites de uma terra indígena. Isto porque a revisão de limites de uma terra indígena é um ato administrativo necessário quando se constata que a demarcação inicial se deu eivada de vícios capazes de serem sanados com a realização de uma revisão de limites.

Veja-se que a mentalidade de uma nova política indigenista traz em seu bojo a alteridade, o reconhecimento do Outro, daquele que é diferente do sujeito de direito pensado de forma universalizante a fim de que os direitos fossem estendidos “a todos os iguais”. Trata-se, pois, de tratar desigualmente os desiguais, para que a igualdade possa ser formal e materialmente alcançada. Nesse contexto, também se inclui o reconhecimento das formas de territorialidade do indígena, pois a posse indígena, via de regra, não pode ser pensada como a posse voltada apenas para a habitação e para as atividades produtivas, como o são as posses e propriedades da maioria dos brasileiros. A ocupação do território pelos indígenas se dá de modo tradicional e diferenciado.

Diante dessa nova concepção o próprio processo administrativo de demarcação de terras indígenas passou por alterações significativas visando a incluir estratégias de ação que abarcassem os usos, costumes e tradições desse Outro, o indígena, bem como visando a garantir condições para a sua reprodução física e cultural. O artigo 231 da Constituição Federal, o Decreto 1775/96 e a Portaria nº 14 do Ministério da Justiça são os diplomas legais que garantem o reconhecimento da diversidade cultural no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas. Estas são as normas que regem o processo demarcatório desde 88 e, mais especificamente, desde 1996. Porém, nem sempre foi assim.

Em outros períodos a política indigenista pautou-se por demarcar as terras indígenas tendo como parâmetros somente o ponto de vista do Estado e dos não indígenas¹⁴. A política integracionista e assimilacionista planejava transformar os indígenas em pequenos agricultores e, quiçá, em “homens citadinos civilizados”. Por essa razão, muitas terras foram demarcadas indo pouco além das áreas de moradia dos grupamentos indígenas.

É preciso levar em consideração que as referências daquilo que é valorizado em uma sociedade depende daqueles que dispõem dos meios de força simbólica, política e econômica, para instituí-las; nessa perspectiva é preciso admitir que os povos indígenas nunca gozaram dessa força e que o processo de demarcação de terras indígenas só recentemente passou a ser pensado conjuntamente com os povos indígenas, levando suas perspectivas em consideração. Antes disso, as demarcações se davam sem considerar as necessidades de acesso aos rios, aos territórios

¹⁴ As demarcações participativas tem início, de fato, na Funai no início da década de 90 com a instituição do Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da Amazônia Legal. A esse respeito ver MENDES, Artur Nobre. O PPTAL e as demarcações participativas. In: BARROSO-HOFFMANN, Maria E (Org.). Estado e Povos Indígenas: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: LACED, 2002.

“sagrados” e importantes para a manutenção da cosmologia indígena, as áreas para a coleta de material para a produção das casas, de artesanato, as áreas de caça, de pesca, de coleta, enfim, as áreas que apenas o olhar do próprio indígena somado a um olhar atento à alteridade poderia considerar.

É imprescindível, portanto, diferenciar ampliação de terra indígena de revisão de limites de terra indígena, pois esta vai muito além das discussões travadas no âmbito da votação da TIRSS e diz respeito ao reconhecimento pelo Estado de erros cometidos no passado e de um enriquecimento da sociedade como um todo, na medida em que se propõe a valorizar a diversidade cultural e a alteridade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal voltadas para a interpretação da política indigenista em sua vertente territorial apresentam-se em desconformidade com as normas e os princípios da Constituição Federal de 1988. As teses elaboradas em torno do marco temporal de 5 de outubro de 1988 para a ocupação indígena de uma terra tradicional e a extensão dos efeitos da condicionante XVII, do Acórdão do julgado acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que veda a ampliação de terra indígena já demarcada, tem sido argumentos utilizados pela Segunda Turma do STF para anular Portarias Declaratórias de Demarcação de Terras Indígenas em avançado processo de demarcação.

A política indigenista pós 88 tem trazido à prática e à teoria novos conceitos que dialogam com a diversidade cultural e se infiltram, ainda mais, nos já desgastados alicerces daquele tradicional sujeito de direito branco, masculino, e proprietário, forjado no bojo da Modernidade.

As decisões judiciais que afetam as coletividades indígenas devem estar atentas a tais inovações. No que diz respeito às terras indígenas é preciso, por exemplo, diferenciar a posse indígena do conceito de posse da esfera do Direito Civil. A posse indígena extrapola a órbita puramente privada, não se desvinculando da interação com elementos ecológicos e humanos, naturais e culturais. Já na década de 1960 Vitor Nunes Leal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmou incisivamente esta diferença: *“Não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios [...] Não está em jogo propriamente um conceito de*

posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo”¹⁵. Ademais é preciso diferenciar a expressão “terras indígenas” que possui conotação sociocultural e administrativa, da expressão “território”, que possui conotação política. É imprescindível a compreensão de que a demarcação é apenas uma garantia nos termos dos direitos dos não-índios de uma terra que já existe com a ocupação tradicional¹⁶. A demarcação é, portanto, um procedimento declaratório e não um processo constitutivo.

Para evitar que uma perspectiva meramente não indígena venha impor aos índios soluções que não lhes são próprias, o respeito pela singularidade exige do magistrado vigilância e cuidado para que, na hora de realizar o cálculo do direito, aceite a concepção indígena do uso da terra. O próprio procedimento da demarcação, por si só já representa algo estranho aos costumes indígenas, uma vez que os limites territoriais apenas vêm materializar as regras de um ordenamento jurídico a eles imposto – ordenamento este que repousa fortemente sobre a noção de propriedade, também alheia à cosmologia ameríndia.

É essencial propiciar condições para que as relações de troca de valores e conhecimentos entre as comunidades indígenas e a sociedade nacional não sejam desiguais. Nisso o Poder Judiciário também tem responsabilidade, responsabilidade com a alteridade e com o reconhecimento da diversidade cultural quando ao decidir, tece narrativas a respeito dessas populações. O adequado e reto uso da legislação não é suficiente para oferecer condições de justiça a uma decisão judicial cujo objeto sejam direitos indígenas. O magistrado - que sempre pondera sobre os diversos atores envolvidos na lide - deve questionar-se e, em vez de se perguntar sobre a ausência de elementos que aproximem as sociedades ameríndias da sociedade nacional, deve voltar a atenção para aquilo que é característico das próprias sociedades indígenas.

O apelo por justiça feito pelos povos indígenas é o apelo pela existência de, no mínimo, uma relação dialógica franca. O magistrado possui em suas mãos o poder de abrir o direito para

¹⁵ STF. Recurso Extraordinário nº. 44.585. Ministro Relator Vitor Nunes Leal. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=144244&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20%2044585](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=144244&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20%2044585)>. Acesso em 03.02.2010.

¹⁶ A tradicionalidade diz respeito não ao significado temporal do significante; não se refere ao tempo em que os índios habitam um território, mas diz respeito ao modo de vida tradicional das populações indígenas que ocupam um território que vai além de suas casas, englobando locais de pesca, manifestações culturais – “terras sagradas destinadas aos cemitérios, ou simplesmente, as que servem de espaços para andanças, são desse modo, exemplos de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.” MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. “A demarcação da Terra indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais”. In: MIRAS, Julia Trujillo et alli. (Org.) *Macunaíma Grita! Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009. p. 74.

um universalismo de encontros e quiçá um experimentalismo institucional no qual a matriz cosmológica europeia não seja apresentada como único ponto de partida. Fazer justiça aos povos indígenas não está, portanto, apenas em ver o seu ponto de vista, dar-lhes voz, simplesmente convidando-os ao debate; mais que isso se faz necessária a experiência de permitir que o diálogo se dê fora dos “termos da grande mitologia branca”¹⁷.

É falando ao e com o Outro - e não simplesmente distribuindo-lhe ou negando-lhe direitos - que reconheço nele uma “qualidade de sujeito, comparável ao que eu mesmo sou”¹⁸ Uma interação nesse grau exige uma transformação de nós ocidentais em nossa forma de compreender ou reconhecer o Outro¹⁹. É preciso reconhecer que as garantias jurídicas que operem somente a partir dos conceitos e do léxico da cultura Ocidental não suprem as demandas indígenas.

Fazer justiça à singularidade é tomar consciência da sociabilidade do direito e não apenas afirmar, elementarmente, que os índios são sujeitos de direitos (reconhecidos pelos não índios). O que está em jogo é a oportunidade de descortinar a complexidade do Direito – tomando consciência de que ele foi pensado no Estado e para o Estado, empobrecendo, assim, as possibilidades do porvir. É preciso que se busque, dentro dessa operação tão estratégica quanto mitológica que é o Direito, a promessa que ele mesmo esconde de que, ao abrir espaço para a singularidade será possível, como deseja Paolo Grossi, que se redescubra um “tesouro escondido, ou seja, toda a gama variada de riquezas do universo jurídico.”²⁰

5. Referências Bibliográficas:

BARROSO-HOFFMANN, Maria E (Org.). **Estado e Povos Indígenas**: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: LACED, 2002.

BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte**. Centro Gráfico do Senado Federal; junho de 1987. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituante/ComESub.pdf>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/ FAPESP, 1992.

DERRIDA, Jacques. **Marges de la philosophie**. Paris: Minuit, 1972.

¹⁷ A “grande mitologia branca” é um sinônimo em Derrida para o pensamento da transcendência de matriz Ocidental, baseado na metafísica da presença, o qual nos permite representar o mundo e o sujeito no mundo. Ver DERRIDA, Jacques. *Marges de la philosophie*. Paris: Minuit, 1972.

¹⁸ TODOROV, Tzvetan. A conquista da América: a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 128.

¹⁹ Exige, ademais, que repensemos nossa condição de “reconhecedores” de direitos, a qual traz intrínseca, necessariamente, uma condição de superioridade.

²⁰ GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 67.

DUPRAT, Deborah. **Terras Indígenas e o judiciário**. Disponível em : <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo. Ed. 34, 2003.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um Grande Cerco de Paz. Poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Petrópolis, Vozes, 1995.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

MENDONÇA, Sonia Regina de. **Ruralismo: agricultura, poder e Estado na Primeira República**. Tese de doutorado. São Paulo. FFLCH – USP, 1990.

MIRAS, Julia Trujillo et alli. (Org.) **Macunaíma Grita! Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

STF. Recurso Extraordinário nº. 44.585. Ministro Relator Vitor Nunes Leal.

TODOROV, Tzevetan. **A conquista da América: a questão do outro**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **O nativo relativo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132002000100005&script=sci_arttext>.

_____. **“Filosofia Canibal”**. In: *Jornal da Ciência* em 22 ago. 2005. Disponível em <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=30774>>.

_____. **Os Pronomes Cosmológicos e o Perspectivismo Ameríndio**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93131996000200005&script=sci_arttext>. Última consulta em 09. Fev. 2010.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.