



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ - CESUPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS
E DESENVOLVIMENTO REGIONAL

ELAINE FREITAS FERNANDES FERREIRA

**ANÁLISE COMPARATIVA SOB A PERSPECTIVA DE GADAMER DA DECISÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL E DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO
MAYAGNA AWAS TINGNI: DIREITO AO ACESSO ÀS
TERRAS INDÍGENAS.**

BELÉM-PA
2016

ELAINE FREITAS FERNANDES FERREIRA

ANÁLISE COMPARATIVA SOB A PERSPECTIVA DE GADAMER DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO MAYAGNA AWAS TINGNI: DIREITO AO ACESSO ÀS TERRAS INDÍGENAS.

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), do Centro Universitário do Pará – CESUPA, como requisito para a obtenção parcial do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Dra. Juliana Rodrigues Freitas

BELÉM-PA
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

F383a Ferreira, Elaine Freitas Fernandes.

Análise comparativa sob a perspectiva de Gadamer da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Mayagna Awas Tingni: direito ao acesso às terras indígenas / Elaine Freitas Fernandes Ferreira. — Belém, 2016.

150 p.: il. color.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Mestrado Acadêmico em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Belém, 2016.

Orientadora: Profa. Dra. Juliana Rodrigues Freitas.

1. Gadamer, Hans-Georg, 1900-2002. 2. Demarcação de terras. 3. Direitos humanos. 4. Direitos indígenas. 5. Direito de propriedade. I. Freitas, Juliana Rodrigues (orient.). II. Título.

CDD 341.27

ELAINE FREITAS FERNANDES FERREIRA

ANÁLISE COMPARATIVA SOB A PERSPECTIVA DE GADAMER DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO MAYAGNA AWAS TINGNI: DIREITO AO ACESSO ÀS TERRAS INDÍGENAS.

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), do Centro Universitário do Pará – CESUPA, como requisito para a obtenção parcial do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Dra. Juliana Rodrigues Freitas.

Banca Examinadora

Prof^a Dra. Juliana Rodrigues Freitas - Orientadora
(Programa de Pós-Graduação em Direito/CESUPA)

Prof^a Dra. Luciana Costa da Fonseca - Examinadora
(Programa de Pós-Graduação em Direito/CESUPA)

Prof. Dr. José Heder Benatti - Examinador
(Programa de Pós-Graduação em Direito/UFPA)

Apresentado em: ____ / ____ / ____.

Conceito: _____

BELÉM-PA
2016

Dedico este trabalho aos meus queridos filhos Mariana e Lucas, ao meu amado esposo Mejer Ferreira e aos meus pais Harmisio Milhomem Fernandes e Enelza Natalice Freitas Fernandes, verdadeiras razões de inspiração e superação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por todas as bênçãos alcançadas.

À minha família, que sempre esteve ao meu lado, principalmente, quando precisei de um abraço caloroso e revigorante.

À minha orientadora Juliana Rodrigues Freitas, alguém que transcendeu a função de professora, sendo uma verdadeira amiga sempre pronta para dar conselhos, direcionamentos e o incentivo certo na hora certa. Agradeço pela confiança e pela forma que me tratou, com igualdade, carinho e atenção.

Aos meus mestres que durante a graduação e mestrado me concederam um pouco de seu conhecimento para que eu pudesse concretizar mais este objetivo de vida. Especialmente ao querido Elísio Bastos, a quem tenho imensa estima e admiração, a querida professora Elizabeth Reymão, nossa companheira de congressos e aventuras, sempre nos incentivando e apoiando, ao professor Sandro Alex Simões, que sempre dispensou a mim atenção e respeito, desde a graduação.

À maravilhosa Socorro Santos, para os íntimos, Socorrinho, por ser um verdadeiro anjo e por ter por mim imenso carinho e amizade.

Aos meus amigos do mestrado, Irna Peixoto, Thiago Galeão, Fernando Palácios, Adriana Luna, Danielle Fonseca, Allan Moreira, Prudêncio Neto e Felipe Borges, por terem sido verdadeiro parceiros, pessoas maravilhosas que tive o privilégio de conhecer e compartilhar conhecimentos.

Ao CESUPA, minha casa acadêmica, onde iniciei a graduação e posteriormente o mestrado. Instituição que confiou em mim e possibilitou meu amadurecimento profissional e intelectual.

Sabemos que o homem branco não compreende nossos costumes. Uma porção da terra, para ele, tem o mesmo significado que qualquer outra, pois é um forasteiro que vem à noite e extrai da terra aquilo de que necessita. A terra não é sua irmã, mas sua inimiga, e quando ele a conquista, prossegue seu caminho. Deixa para trás os túmulos de seus antepassados e não se incomoda. Rapta da terra aquilo que seria de seus filhos e não se importa. A sepultura de seu pai e os direitos de seus filhos são esquecidos. Trata sua mãe, a terra, e seu irmão, o céu, como coisas que possam ser compradas, saqueadas, vendidas como carneiros ou enfeites coloridos. Seu apetite devorará a terra, deixando somente um deserto.

Cacique Seattle, da tribo Suquamish.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo uma análise crítica sob a perspectiva de Gadamer das decisões do Supremo Tribunal Federal no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Mayagna Awas Tingni *versus* o Estado da Nicarágua, no que diz respeito à demarcação das terras indígenas. A partir do debate em torno do tratamento constitucional do direito dos índios as terras como um direito fundamental coletivo indígena e o papel da União na tutela desses interesses, questiona-se a lógica do direito ao acesso às terras no âmbito privado e coletivo, assim como o tratamento jurídico dos indígenas perante a Constituição de 1988. A análise crítica Gadameriana dos casos apresentados, teve na decisão da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, um julgado paradigmático. Do referido julgamento, podemos extrair, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma busca de legitimação do feito de procedimento ao declarar sua atuação nos limites de uma representação argumentativa, posto que as principais controvérsias suscitadas a respeito da moldura da sua decisão final giraram em torno das chamadas condições ou restrições impostas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito ao modelo estabelecido pela União, de demarcação contínua das terras indígenas. O caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tigni *vs.* o Estado da Nicarágua foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e teve como objetivo a declaração pela corte em dizer que a Comunidade Mayagna Awas Tingni tem o direito ao acesso às terras ancestrais. Finalmente, pela análise dessas decisões através do conceito Gadameriano de tradição e fusão de horizontes, verificamos que não trata-se apenas da interpretação do texto, mas de interpretar a história humana através da quebra de tradição de decisões positivistas e da fusão de horizontes do passado com o presente.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Terra Indígena Raposa Serra do Sol; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Comunidade Mayagna Awas Tingni; Direito às terras indígenas.

ABSTRACT

This thesis aims at a critical analysis from the perspective of Gadamer decisions of the Supreme Court in the case of the Raposa Serra do Sol and the Inter-American Court of Human Rights in the case Mayagna Awas Tingni *versus* State of Nicaragua, with regard to the demarcation of indigenous lands. From the debate on the constitutional treatment of the right of indigenous lands as a key indigenous collective rights, and the Union's role in protecting those interests, questioned the logic of the right of access to lands in private and collective, as well as the legal treatment of indigenous before the Constitution of 1988. The review Gadamerian of the cases, was the decision of the Raposa Serra do Sol, a paradigmatic judged. Of that judgment, we can extract, by the Supreme Court, a search to legitimize the procedure character by declaring its action within the limits of an argumentative representation, since the main controversies raised regarding the framework of its final decision revolved around call conditions or restrictions imposed by the Minister Carlos Alberto Menezes law, the model established by the Union, the continuous demarcation of indigenous lands. The case of the indigenous community Mayagna Awas Tigni vs. the State of Nicaragua was submitted to the Inter-American Court of Human Rights and aimed to the court statement to say that the Mayagna Awas Tingni has the right to access to ancestral lands. Finally, the analysis of these decisions through the concept of tradition Gadameriano and fusion of horizons, we find that not only addressed the interpretation of the text, but to interpret human history by breaking the positivist decisions tradition and past horizons merger with gift.

Keywords: Supreme Court; Indigenous Land Raposa Serra do Sol; Inter-American Court of Human Rights; Mayagna Awas Tingni; Right to ancestral lands.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS TERRAS NO BRASIL: O DIREITO AO ACESSO À TERRA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL COLETIVO INDÍGENA.....	20
1.1. O direito dos índios às terras antes da Constituição de 1988.....	23
1.2. A Constituição Federal de 1988 e as terras indígenas.....	27
1.3 Posse indígena x Posse civil.....	30
1.4 A dimensão coletiva do direito indígena.....	36
1.5 O direito ao desenvolvimento sustentável das comunidades indígenas.....	40
1.6 Resistência ao não reconhecimento das diferenças culturais entre índios e "brancos".....	50
2 O PAPEL DA UNIÃO NA TUTELA DOS INTERESSES INDÍGENAS.....	57
2.1 A demarcação das terras indígenas.....	58
2.2 Prazo para a conclusão das demarcações da terras indígenas.....	62
2.3 Benfeitorias suscetíveis de indenização.....	63
2.4 Materialização dos direitos territoriais e resposta a novas demandas.....	65
3 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS: OS CASOS RAPOSA SERRA DO SOL E DA COMUNIDADE MAYAGNA AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	68
3.1 O caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.....	70
3.1.1 O processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.....	72
3.1.2 Cronologia do processo de reconhecimento oficial da Terra Indígena Raposa do Sol.....	73
3.2 Da decisão do Supremo Tribunal Federal.....	75
3.2.1 O voto do ministro Carlos Alberto Menezes de Direito.....	76

3.2.2 Condições impostas por Menezes Direito para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.....	82
3.2.3 O voto do ministro Marco Aurélio Mello.....	84
3.2.4 Sustentação oral: Joênia Batista de Carvalho.....	85
3.2.5 O voto do ministro relator Carlos Ayres Britto.....	86
3.3 Violência ordenada contra os povos indígenas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol.....	87
3.4 O caso Mayagna (sumo) Awas Tigni vs. Nicarágua.....	95
3.5 A decisão de mérito.....	97
4 ANÁLISE COMPARATIVA À PARTIR DE UMALENTE DA HERMENÊUTICA DE GADAMER DOS CASOS DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL E DAS TERRAS OCUPADAS PELA COMUNIDADE MAYAGNA AWAS TINGNI PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS.....	103
4.1 Escutando Gadamer e aplicando-o ao entendimento das decisões judiciais.....	106
4.2 A importância da hermenêutica jurídica.....	109
4.3 A relação todo e parte e sua relação com a interpretação.....	110
4.4 Análise crítica da hermenêutica Gadameriana aplicada aos casos concretos.....	112
4.5 O círculo hermenêutico.....	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 231¹ e 232², dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas, bem como pela lei nº 6.001/73³, artigo 17 e seguintes e pelo decreto nº 1.775/96⁴. Pela lei, as terras indígenas serão demarcadas de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos Estados e Municípios em que se localize a área pretendida, e de todas as comunidades diretamente interessadas, sendo franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil.

Ocorre que devido à subjetividade do processo demarcatório, o Supremo Tribunal Federal (STF) chamou para si a competência de estabelecer conceito inequívoco de terra indígena e parâmetros a serem seguidos para as demarcações, a partir do julgamento da Petição 3388/RR⁵, em que se discutiu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS). De acordo com o relator do acórdão, a Carta Magna não criou novas áreas indígenas, mas, tão somente, limitou-se a reconhecer as já existentes. Neste contexto, fixou dezenove condicionantes e reafirmou o marco temporal de 05 de outubro de 1988 para caracterização das terras indígenas. Apesar da decisão exarada pelo STF não ter efeito vinculante, a referida decisão passou a traçar um norte para as decisões judiciais supervenientes que vierem a decidir sobre demarcações de terras indígenas, como pode-se

¹ 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.

² 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.

³ Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

- I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os [artigos 4º, IV, e 198, da Constituição](#);
- II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;
- III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

⁴ Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

⁵ Trata-se de Ação Popular proposta por senadores do Estado de Roraima, que tinha por objetivo impugnar o modelo de demarcação determinado pela Portaria 534/2005 (homologada posteriormente através do Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005), que dispõe sobre a demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, determinando a posse permanente de referida terra aos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resumo%20-%20Pet%203388.pdf>, acessado em 10/12/2015.

observar no Mandado de Segurança nº 29.293 do STF, da lavra da Excelentíssima Ministra Ellen Grace⁶.

Portanto, sem dúvida alguma, o Pretório Excelso, no intuito de cumprir sua função constitucional, utilizou-se do processo para proferir decisão que deve servir de orientação jurisprudencial e vinculante para as decisões emanadas em todo o País, no que tange à demarcação de terras indígenas.

Ressalte-se que no dia 23 de outubro de 2013 o STF julgou os embargos declaratórios que estavam pendentes de análise desde 2009, ratificando a decisão anterior, ou seja, confirmou, por 7 (sete) votos a 2 (dois), a validade das 19 (dezenove) condicionantes adotadas na PET 3388/RR, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Além desta decisão pontuar a prática institucional do STF em materializar o denominado estatuto demarcatório das terras indígenas, assumiu um caráter paradigmático com esse direcionamento pelas determinações impostas pelos conflitos advindos dessa questão da diversidade cultural, muito presente na sociedade brasileira.

Por esse motivo, o caso da demarcação da TIRSS e a sua discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal podem ser considerados um verdadeiro *leading case* no que diz respeito à proteção dos direitos dos povos indígenas no Brasil.

Além dos embates em torno das etapas do processo administrativo de demarcação da terra indígena, o caso mostra a existência de uma discussão mais profunda que revela a divergência entre valores, princípios e objetivos que permeiam a noção de desenvolvimento na sociedade brasileira. Essa discussão coloca em questão a possibilidade de um equilíbrio

⁶ De acordo com a ministra: Todavia, esta Suprema Corte também no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito, ampliou as salvaguardas institucionais a serem obedecidas em demarcações de terras indígenas, entre as quais consta a vedação à ampliação da terra indígena já demarcada (alínea r do inciso II do acórdão proferido no julgamento da Petição 3.388/RR, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe 1º.7.2010), tendo ficado vencidos quanto a esse ponto específico a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Ayres Britto, relator. Subscreevi, em meu voto, as preocupações externadas nos itens colocados no dispositivo daquele acórdão pelo Ministro Menezes Direito, que deram efetivamente a esses tópicos o valor de um norte, de uma definição de como proceder e de como encarar a questão de demarcações de terras indígenas, daquele julgamento para diante. Assevere-se que o fato de terem sido opostos embargos de declaração ao acórdão proferido no julgamento da Petição 3.388/RR não tem o condão de retirar a força das diretrizes e balizas ali fixadas, que permanecem inabaláveis até que o Plenário desta Corte se convença a modificá-las. Disponível em: <http://www.radaroficial.com.br/d/6150654091329536> acessado em 27 de dezembro de 2015.

entre o respeito à diversidade e a implementação de políticas que visam ao desenvolvimento econômico do país.

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol simboliza, portanto, os impasses existentes em torno das garantias constitucionais e da efetivação dos direitos indígenas no Brasil, notadamente nas duas décadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa demarcação é denominada de posse agroecológica, onde o fato preponderante é a utilização sustentável da terra, pois para existir a posse é necessária a interação saudável do posseiro com o meio ambiente.

Na busca do referencial teórico, inicialmente, pauta-se a pesquisa nos escritos do professor José Heder Benatti, que procura estudar um novo campo de conhecimento, nos preceitos agrários e ambientais em meio a desafios de ordem jurídica, tendo sua obra a finalidade de servir de instrumento para o debate do agroambientalismo, em contribuição para a construção e afirmação dos direitos fundamentais agroambientais

É o que Benatti (2003, p 114) chama de apossamento agroecológico, sendo um dos conceitos basilares a ideia de que na posse agroecológica o trabalho também valorizado como forma de adquirir a terra, conseqüentemente, é um fato social que têm transcendência econômica, pois a atividade agrária desenvolvida pelo possuidor se constitui em um valor econômico. Além de visar a uma função econômica e social, ela também tem por fim tutelar os interesses culturais e ambientais.

A demarcação da posse étnica adota a ideia do uso coletivo do imóvel rural e conseqüentemente dos recursos naturais presentes. Assim, a prática do trabalho familiar, com base no agroextrativismo são características bem significativas e marcantes deste cenário. Também é preciso compreender que na posse agroecológica, se materializa pelo somatório sustentável de três conjuntos, a saber: a casa, a roça e a mata ou cerrado ou águas.

Importante frisar que, o modelo de posse agroecológica, conforme preleciona Benatti (2003) é pouco considerado nos manuais e tem como seu titular as chamadas populações tradicionais, tendo por objeto de incidência parcelas do território nacional, que, por muitas vezes ao lado das belezas naturais sem iguais, convivem contraditoriamente pessoas que não possuem o mínimo acesso a políticas públicas de educação, saúde e outras garantias sociais, mas que vêm construindo numa especial relação histórica com o ambiente posse particularizada pela sustentabilidade ambiental, que muitas vezes o poder público ignora.

A posse agroecológica é dinâmica, típica dos indígenas brasileiros, ela ocorre sobre a terra, mas respeita e sustenta o meio ambiente, criando uma relação saudável entre o posseiro e o seu ambiente natural. É de uso comum, não há cercamentos. Seus atos são exercidos sobre a terra, isto é, sobre o próprio imóvel rural e não sobre os direitos ou propriedades alheias. Por todo esse arcabouço se faz necessário a análise desta especialidade de posse, principalmente no caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Outro referencial teórico importante a ser seguido, reforçando a proteção dada aos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, é o entendimento preconizado por algumas vozes da doutrina brasileira, como Dalmo de Abreu Dallari (2009, p.54), que preceitua que ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.

Ensina Dallari (2009), que o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não depende da demarcação, pois resulta direta e imediatamente da Constituição e tem por fundamento a ocupação tradicional, único requisito para o reconhecimento desse direito. Assim, a demarcação não gera o direito nem é indispensável para que ele seja reconhecido, mas, como a prática tem demonstrado sobejamente, a falta de demarcação torna incertos os limites da ocupação indígena ou, o que acontece com freqüência, facilita o uso do pretexto da ignorância de se tratar de terra indígena (DALLARI, 2009 pag. 54).

Além disso, a Constituição reconhece os índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (art. 232), atribuindo ao Ministério Público a função de intervir em todos os atos do processo (art. 232 e art. 129, V).

A falta de demarcação dificulta o reconhecimento do direito dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Sem a determinação dos limites de suas terras, as comunidades indígenas freqüentemente se vêem espoliadas, o que não raro leva a conflitos, inclusive armados, entre índios e não-índios pela posse das terras.

Também utiliza-se como material teórico de grande importância, o conceito de desenvolvimento sustentável exemplificados pelas professoras Eliana Moreira e Luciana Fonseca, segundo o qual o desenvolvimento em sua plenitude só pode ser concebido a partir de uma ótica que inclua o aspecto social, econômico e ambiental. Porém, os padrões de desenvolvimentos vigentes têm privilegiado o aspecto econômico em detrimento dos aspectos socioambientais e é isto que permite a instauração do conflito não entre meio ambiente e desenvolvimento, mais sim entre o desenvolvimento social ambiental e o modelo de crescimento econômico. Daí a necessidade política de criação do conceito de Desenvolvimento Sustentável, que na verdade nada mais é do que uma lembrança didática e argumentativa de que desenvolvimento só existe quando estão presentes a proteção do meio ambiente e a equidade social, reequilibrando os aspectos múltiplos que compõem o conceito de desenvolvimento. (MOREIRA & FONSECA, 2010 p.246).

Explana-se também o conceito de desenvolvimento através da obra de Ygnacy Sachs (2008, p.12), segundo ele, o desenvolvimento é distinto do crescimento econômico, na medida em que os objetivos do desenvolvimento vão bem além da mera multiplicação da riqueza material, para ele o crescimento é uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente, para se alcançar a meta de uma vida melhor, mais feliz e mais completa para todos.

Nesse sentido, o desenvolvimento abarca, além da questão do crescimento, a dimensão social, e envolve temas como democracia, justiça social e autonomia estatal desenvolvimento, deste modo, deve adotar uma abordagem baseada nos direitos humanos (WOLKMER, 2005 p.63).

O presente estudo tem o condão de discutir e analisar a questão exposta sob a ótica dos direitos humanos, tendo como premissa básica de que territorialidade é elemento essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana.

A observação desses casos emblemáticos envolvendo conflitos agrários, violência, mobilização social e morosidade administrativa na titulação do território tradicionalmente ocupado interferindo na dinâmica dos indígenas e na relação destes com o local onde vivem é que foi construída **as seguintes problemáticas** a serem estudadas neste trabalho: o que levou o STF e a CIDH decidirem a lide, quais os caminhos utilizados por ambos, e quais os resultados de cada decisão no que diz respeito ao reconhecimento do território indígena e quais as incidências da hermenêutica jurídica mais visíveis nessas decisões. Por isso, a relevantíssima importância para o presente trabalho do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer,

considerado como um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica, cuja obra de maior impacto foi *Verdade e Método*, publicada em 1960. É através da hermenêutica Gadameriana que foram analisados os casos da presente pesquisa.

A busca de uma resposta que albergue o problema de pesquisa acima exposto, levou o presente estudo a ter como **objetivo geral** analisar o atual processo de demarcação de terras indígenas no Brasil, através da sua imersão no contexto social na relação com as instituições do Estado. Logo, **objetivos específicos** que delimitassem o foco da pesquisa necessariamente foram construídos para que houvesse a obtenção de um resultado lógico e pertinente à temática proposta. Neste sentido busca-se com o presente estudo: 1) Compreender o tratamento constitucional do direito dos índios às terras no Brasil como um direito fundamental coletivo indígena; 2) Demonstrar o papel da União na tutela dos interesses indígenas no processo demarcatório, bem como o prazo para a conclusão das demarcações e as benfeitorias suscetíveis de indenização; 3) Explanar o processo demarcatório das terras ancestrais indígenas nos casos Raposa Serra do Sol e da comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4) Analisar criticamente à partir de uma lente da hermenêutica filosófica de Gadamer os casos TIRSS e Mayagna Awas Tingni perante o STF e perante a CIDH.

Sendo assim, o trabalho valeu-se da leitura de documentos e registros, visando demonstrar que o entendimento do contexto social e cultural é elemento de extrema relevância à pesquisa em tela, ou seja, trata-se de uma análise científica de interações entre as cortes superiores e a sociedade em geral e a influência da hermenêutica jurídica para o entendimento dos fundamentos das decisões judiciais, essencialmente na demarcação das terras indígenas, através da fusão de horizontes, explicada por Gadamer.

Delineados a problematização, as questões norteadoras, a hipótese da pesquisa e seus objetivos, situado o método de análise e expostas as articulações teóricas mais elementares, apresento como o trabalho está organizado: No primeiro capítulo – O tratamento constitucional do direito dos índios às terras no Brasil: o direito ao acesso à terra como um direito fundamental coletivo indígena - intenta-se em abordar o instituto da posse indígena no Direito brasileiro e sua aplicabilidade no contexto social a fim de diferenciá-la da posse civil. Pretendo demonstrar a natureza de direito fundamental coletivo da posse dos índios sobre as terras de ocupação tradicional e os efeitos dessa classificação, no alcance da eficácia social dos direitos indígenas. Demonstra-se a possibilidade de se reconhecer aos índios um direito

díspar ou pelo menos estabelecido em pressupostos diferentes daquele destinado ao cidadão comum, principalmente no que tange o direito a uma posse diferenciada dos pressupostos seculares delineados pelo direito romano.

Daí ressalta-se a obrigação da correção dos desequilíbrios do passado, a partir de um aproveitamento atual e constitucional dos institutos possessórios, de modo que o resultado final possa ratificar as ações afirmativas em prol dos direitos indígenas, efetivar os seus mandamentos e pesquisa de conhecimento.

O tema direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas pode parecer à primeira vista incoerente, posto que, historicamente violações aos direitos dos índios estão agregados a atividades ligadas à busca de riqueza, e por isso muitas vezes esses temas são incompatíveis. Em nosso país, as implicações ocorridas de características da nossa história, como por exemplo, o coronelismo, a monocultura da cana-de-açúcar, o extrativismo, o modelo latifundiário, a expansão das fronteiras agrícolas e o agronegócio levou ao servilismo dos povos originários e o emprego da sua mão de obra para a exploração das riquezas do Novo Mundo. A resistência daí decorrente levou a circunstâncias de enfretamento.

As populações indígenas, ainda não se restauraram plenamente das opressões sofridas, como também, continuam sendo vítimas de ações movidas por interesses econômicos, que reiteradamente infringem seus direitos constitucionais e legais. Em muitos casos, os próprios projetos estatais de desenvolvimento são lesivos aos interesses indígenas.

Assim, não há dúvida, que no Brasil, seja no período colonial, no império ou na república, os índios foram e permanecem sendo arduamente atingidos em nome da riqueza econômica, motivo pelo qual o desenvolvimento é corriqueiramente apontado pelo drama que marca a saga indígena desde os primórdios do contato interétnico.

Desta maneira, é natural, que haja aversão em associar positivamente direitos indígenas e desenvolvimento. Tendo em vista tais premissas, a suposição deste capítulo, é a de que existe um direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil, com características próprias que os distinguem do direito ao desenvolvimento geral que implicam diretamente ao acesso as terras indígenas.

No segundo capítulo – O papel da União na tutela dos interesses indígenas – empreende-se uma reflexão de grande importância, pois, de acordo com a Constituição vigente, as terras indígenas são reservadas à posse permanente dos índios, mas sua propriedade pertence à União Federal. Deste modo, as terras são bens públicos, no entanto,

somente o povo indígena pode utilizá-las, de acordo com seus costumes e tradições. O assunto das terras indígenas necessita ser discutido com a devida importância, pois se os índios não a possuírem eles perdem seus vínculos históricos, pode acontecer de não se reconhecerem mais como parte integrante de determinado povo, desconhecendo sua própria etnia.

Por fim, nota-se que a própria tramitação do processo de demarcação mostra-se um procedimento longo e exaustivo e todos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não há possibilidade de haver um real proprietário em terra indígena, sendo obrigatório indenizar algumas benfeitorias do imóvel, desde que a ocupação seja de boa-fé.

O terceiro capítulo – O processo de demarcação das terras ancestrais indígenas: os casos Raposa Serra do Sol e da comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - consiste na análise discursiva das decisões judiciais, em que busca-se verificar a concretude do dispositivo nas práticas discursivas dos juízes nos casos em exame. A intenção foi analisar os discursos e de como estes são absorvidos nas decisões dos magistrados. Durante o processo de justificação das mesmas foram realizadas várias ponderações, as quais levaram em conta os reais limites de compatibilidade entre os valores constitucionais supostamente contrários, como por exemplo, a proteção aos índios e ao meio-ambiente, o desenvolvimento e a livre-iniciativa, bem como a preservação do Território.

No quarto e último capítulo - Uma análise comparativa à partir de uma lente da hermenêutica de Gadamer dos casos das terras indígenas Raposa Serra do Sol e das terras ocupadas pela comunidade Mayagna Awas Tingni proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na demarcação de terras ancestrais indígenas - Firma-se que este trabalho de pesquisa científica foi elaborado na expectativa de contribuir para a significância da interpretação no atual panorama político e social que hoje envolve as comunidades indígenas, na tentativa de auxiliar meios que garantam os direitos territoriais deste povo. O estudo teve como finalidade a tentativa de afirmar a necessidade de aprofundar as investigações da hermenêutica filosófica e observar a partir de suas ferramentas, o direito.

Analisa-se sobre como a hermenêutica filosófica de Gadamer, exige mais do que um papel preliminar de apenas sugestão das possíveis interpretações, demanda uma caráter hermenêutico criativo ante os problemas jurídicos: o momento de aplicação. Essa aplicação da hermenêutica filosófica proposta por Gadamer à análise de decisões judiciais, proporciona

uma percepção diferenciada do direito, no sentido de ultrapassar o paradigma que direciona a prática e o ensino do direito hodiernamente: a inegabilidade dos pontos de partida e a obrigatoriedade de decidir. O primeiro impõe a referência obrigatória ao dogma do direito (a norma); segundo condicionando o raciocínio jurídico a encontrar sempre uma solução "mais justa", "mais razoável", "mais aceitável", sob o enfoque quase exclusivamente legalista.

A tradição pode nos ajudar a entender o que é uma base de interpretação em desenvolvimento, a ruptura está sempre baseada em uma outra tradição. As ideias novas vão sendo recepcionadas com cautela. Mas é uma tradição, um voto singular vem de um conjunto de ideias, mas que já estão se formando. Está fundamentada em alguma outra coisa, mas não é individual. O conceito de tradição em Gadamer é algo bastante amplo.

Gadamer enfatiza que “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz” (GADAMER, 2005, p. 452). Desta forma, interpretar o direito é aplicá-lo e neste ato o magistrado complementa o direito. Isso expressa que a hermenêutica descobre na seara jurídica um fecundo campo para sua aplicação, desse modo esse capítulo é um ensaio para que adiante possamos entender como esses conceitos gadamerianos se aplicam as decisões judiciais, objeto dessa dissertação.

Assim, de acordo com GADAMER (1999), a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação "correta em si", justamente porque em cada um está em questão o próprio texto. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação "correta em si" seria um ideal desprovido de pensamento, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence.

Nas conclusões, destaca-se as questões mais inquietantes com as quais deparei-me ao longo do trabalho, dando vazão a novos questionamentos que poderão provocar futuras pesquisas. Procurou-se percorrer pelas questões centrais que vieram à tona a partir de cada capítulo, relacionando-as aos objetivos e à hipótese da pesquisa, refletindo até onde foi possível chegar e se o ponto de partida foi mantido.

1 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DOS ÍNDIOS ÀS TERRAS NO BRASIL: O DIREITO AO ACESSO À TERRA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL COLETIVO INDÍGENA

Este capítulo tem o intuito de abordar o instituto da posse indígena no Direito brasileiro e sua aplicabilidade no contexto social. Objetiva-se, com tal trabalho uma análise da posse indígena sob o foco do Direito Constitucional a fim de diferenciá-la da posse civil. Pretende-se demonstrar a natureza de direito fundamental coletivo da posse dos índios sobre as terras de ocupação tradicional e os efeitos dessa classificação, no alcance da eficácia social dos direitos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 regulamenta direitos coletivos aos índios em relação à posse de suas terras, e apesar disso, mesmo após vinte anos da sua promulgação, há diversas problemáticas em volta de sua aplicação.

Parece ser um tanto complicado, a possibilidade de se reconhecer aos índios um direito díspare ou pelo menos estabelecido em pressupostos diferentes daquele destinado ao cidadão comum, principalmente no que tange o direito a uma posse diferenciada dos pressupostos seculares delineados pelo direito romano.

Todavia, tratar os indígenas de maneira universal, sem analisar a sua distinção étnica, é desconsiderar as especificidades históricas, culturais, e econômicas de cada povo.

Deste modo, a Constituição de 1988 reconheceu aos índios o direito à particularidade étnica, garantindo-lhes a importância de sua maneira distinta de vida. Também garantiu os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A idéia de posse indígena restou atrelada ao trinômio - costumes, usos e tradições de cada comunidade indígena, restringindo a sua distinção em face da posse civil.

Portanto, para o melhor abrigo desse direito, forçoso se faz um estudo com a Constituição e com os instrumentos jurídicos relacionadas.

Verificou-se que a teoria geral da posse civil, é distinta da posse indígena. Sendo imprescindível a apreciação da figura do indigenato, como fundamento da posse indígena e seus contornos constitucionais.

Considera-se a posse coletiva dos índios sobre as suas terras bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal, referente ao caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como um caso paradigmático recente relativo à questão indígena.

Perante esse cenário, o estudo objetiva contribuir para a otimização da aplicabilidade jurídica do direito à terras nos conflitos modernos.

A Constituição Federal de 1988, ao constituir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, firmou um compromisso maior com os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais.

A proteção a esse direito é tão importante que a Constituição de 1988 determinou que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade dos grupos que formam a sociedade brasileira, dentre os quais incluem-se os índios. Também ordenou a proteção dos bens, de qualquer natureza, que digam respeito à ação e à memória desses grupos.

Vale anotar que, as comunidades indígenas são titulares do direito as terras que tradicionalmente ocupam, o qual ganham contornos especiais quando vinculado às mesmas, tendo em vista as suas especificidades, e muito embora, o direito à posse indígena não tenha sido expressamente mencionado pela Constituição de 1988, o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido de que a posse indígena do direito positivo brasileiro é um direito fundamental e encontra forte lastro na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Tanto a Constituição como a legislação também oferece os elementos básicos da definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, condicionando-os aos usos, costumes e às tradições de cada comunidade indígena. A posse indígena deve ser identificada a partir da forma de viver de cada comunidade, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições, marcando definitivamente a sua diferença com a posse regulada pelo Código Civil brasileiro, a qual é aplicada aos particulares em geral, reflete o poder de exercício econômico que o titular tem sobre o bem. Como é conhecido, essa posse privada pode ceder ao direito do proprietário, é alienável e, portanto, transferível. Enquanto que na posse indígena existe uma relação cultural dos índios com a terra transmitida através das gerações, que integra à consciência do povo como um vínculo histórico existente entre eles e os seus ancestrais. Trata-se de um direito inalienável e intransferível.

Daí ressalta-se a obrigação da correção dos desequilíbrios do passado, a partir de um aproveitamento atual e constitucional dos institutos possessórios, de modo que o resultado final possa ratificar as ações afirmativas em prol dos direitos indígenas, efetivar os seus mandamentos e pesquisa de conhecimento.

Sempre foi um tema polêmico a demarcação de terras indígenas no Brasil. Os interesses dos grandes proprietários de terras costumam sobrepor-se aos dos silvícolas e à lei. Não é raro se vê absurdos e injustiças dos ditos coronéis, da ganância pela terra e pelo poderio econômico, o que se faz pior é a omissão do Estado em relação a essa situação.

No Brasil, as populações indígenas foram destruídas, por efeito dos massacres, doenças, e da fome. Quanto ao massacre, COMPARATO (2013) cita o padre Antônio Vieira, que deixa em uma carta a dom Afonso VI, rei de Portugal, em 20 de abril de 1657 o testemunho impressionante do massacre contra os índios:

As injustiças e tiranias que se têm executado nos naturais destas terras excedem muito às que se fizeram na África. Em espaço de quarenta anos se mataram e se destruíram por esta costa e sertões mais de dois milhões de índios, e mais de quinhentas povoações como grandes cidades, e disto nunca se viu castigo.

Na verdade, não havendo os portugueses encontrado metais preciosos em terras brasileiras, pelo menos nos primeiros séculos da colonização, as violências praticadas contra os índios tiveram, sobretudo, o objetivo de reduzi-los à escravidão. (COMPARATO, 2013 p. 172).

Para completar esse quadro de horrores, os indígenas do continente, americano sofreram um a sistemática desestruturação social em sua mentalidade, valores e costumes ancestrais.

Diante de tais atrocidades cometidas pelos colonizadores contra os indígenas, BAUMAN (1998) em seu livro cujo título é a criação e anulação dos estranhos explica que, todas as sociedade produzem seus estranhos, mas cada espécie de sociedade, produz sua própria espécie de estranho, e os produz de sua própria maneira, inimitável.

Ademais, para o poder econômico, os índios não se encaixam nesse modelo, e o autor completa dizendo que os estranhos são as pessoas que não se encaixam no mapa cognitivo, moral ou estético desse mundo (BAUMAN, 1998 pag. 27-28).

A ideia de “identidade nacional”, de acordo com BAUMAN (1998), não foi “naturalmente” gestada e incubada na experiência humana, não emergiu dessa experiência

como um “fato da vida auto-evidente”, mas foi construída modernamente a partir de forças e interesses que permeavam a consolidação da atual organização territorial hegemonicamente praticada.

Na sociedade brasileira, que foi constituída a partir de uma miscigenação, somos um povo fruto de uma grande confluência entre várias etnias; De acordo com Claudio Bonito Ferraz e Flaviana Gasparotti Nunes⁷, com a consolidação do Estado sobre a diversidade territorial, a imagem de nossa identidade tendeu a estabelecer modelos representativos que visam uniformizar essa diversidade. Segundo os autores, diante dessas imagens de homogeneização das diferenças culturais e temporais, o sentido de identidade nacional, no caso específico da sociedade brasileira, tendeu a eleger determinadas imagens padronizadoras de caráter identificatório.

Tanto o homem trabalhador, cristão e cordial, majoritariamente branco, quanto o preguiçoso, malandro e voltado aos prazeres imediatos, em sua grande maioria de ascendência negra, demarcavam o imaginário de quem somos “nós” brasileiros. Nessa igualação da diferença, o papel do índio foi relegado a uma instância outra, estranha a esse conjunto identificatório.

Essa leitura se pauta na busca por uma solução da questão do “outro” tendo como princípio o distanciamento e o decorrente estranhamento do mesmo; ao delimitarmos de forma generalizante a imagem que fazemos do “outro”, acabamos por também criar uma representação vazia a expressar o grande desconhecimento de quem realmente somos “nós” nesse processo. A busca do sentido de identidade nesse contexto torna-se bastante problemática. (Claudio Bonito Ferraz & Flaviana Gasparotti Nunes, 2012).

Os autores enfatizam ainda, que, a conseqüência disso foi que os grupos indígenas, especialmente os que lutam contra o contato com os valores culturais da sociedade brasileira, foram considerados selvagens, eram os “outros”, os estranhos em relação a “nossa” identidade nacional. Eliminando ou isolando as culturas indígenas a partir de uma noção de tempo uniforme e unidirecional, assim como da leitura de um único arranjo espacial decorrente da somatória de suas partes no conjunto do Estado-Nação, consolida-se a abordagem dicotômica com que se lê a realidade.

⁷ Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/08-C-Oliveira.pdf> acessado em 05/06/2015.

1.1 O direito dos índios às terras antes da Constituição de 1988

Os povos indígenas brasileiros tem como uma das principais demandas, o Direito à terra. De acordo com Théó Marés, para a cultura dominante a terra tem um valor de mercado. É um objeto, uma coisa, algo que pode ser comprado e vendido. Para os indígenas, no entanto, a terra tem significado de sobrevivência física e cultural. Os povos indígenas estão profundamente conectados com a terra. Eles mantêm uma relação de amor, de fé e de respeito com a terra. Portanto, de nada importam todos os demais direitos indígenas conquistados se a posse permanente de suas terras não lhes for garantida. (MARÉS, 2009, p.169)

Para Marés (2009), tanto a Constituição como a legislação infraconstitucional e até mesmo atos internacionais em que o Brasil é signatário se propõe a proteger as terras indígenas defendendo-as e preservando-as sob o domínio de seus ocupantes tradicionais.

Segundo o autor, a história da colonização brasileira pelos europeus é marcada pela expulsão dos povos indígenas de seus territórios. E este avanço sobre as terras tradicionalmente ocupadas ainda ocorre no presente, impulsionado pela valorização de imóveis rurais no mercado e pelas fronteiras do agronegócio.

Apesar da expulsão dos povos indígenas de suas terras, a colônia reconheceu, tanto em sua doutrina como na legislação, os seus direitos territoriais. Na legislação lusitana para o Brasil, o primeiro ato normativo de proteção às terras indígenas que se tem registro foi a carta Régia de 10 de setembro de 1611, promulgada por Felipe III, rei da Espanha e de Portugal, que garantia que as terras pertencentes às populações indígenas não poderiam ser tomadas, nem mudadas contra suas vontades. Referidos como "gentios", a Carta Régia estabelecia que os índios eram senhores de suas fazendas. É o que demonstra Marés (2009, p.170):

Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quiserem fazer.

De acordo com Carolina Mota e Bianca Galafassi⁸, embora o tratamento constitucional dos direitos dos índios sobre as terras tenha sido tardio, o seu reconhecimento remonta ao período colonial através do Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios.

Através do Alvará, foi reconhecido o direito dos índios à posse de suas terras, sendo, portanto, senhores “primários e naturais” das terras por eles ocupadas. Instituto denominado pela doutrina brasileira de indigenato.

O indigenato, é uma velha instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de Abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1775, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (SILVA, 2008, p.858).

MOTA & GALAFASSI (2009) explica que, o fato do indigenato nunca ter sido revogado dentro do sistema jurídico, leva ao entendimento de que as constituições cujos textos não trataram dos direitos dos índios sobre as terras recepcionaram o instituto e as demais o teriam reconhecido expressamente. No entanto, o que serviu de fundamento jurídico da posse territorial indígena desde o período colonial não serviu de garantia à proteção dos direitos indígenas sobre a terra, especialmente porque não havia no Brasil órgão com jurisdição para impor o cumprimento, pelos colonizadores, da referida determinação.

A partir da Constituição de 1934 a proteção dos direitos sobre as terras ganhou maior respaldo jurídico, cujo artigo 29 reconheceu o direito indígena, estabelecendo o respeito à “posse de terras de silvícolas que se acham permanentemente localizados” e proibindo sua alienação. Além disso, estabeleceu-se competência privativa da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Essas disposições foram mantidas pelas Constituições de 1937 e 1946, que não fizeram quaisquer modificações significativas. (MOTA & GALAFASSI (2009, p. 2).

A Constituição de 1967, por sua vez, fez respeitável ampliação, constituindo as “terras ocupadas pelos silvícolas” dentre os bens da União (art. 4º, IV). Essa é uma decisão que almeja garantir uma base territorial permanente às comunidades indígenas e que se

⁸ A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.pdf, acessado em 23/11/2015.

conservou nos textos constitucionais posteriores, ocupando papel relevante na discussão atual sobre a demarcação das terras indígenas.

Sendo bens da União, as terras passam a observar um regime jurídico específico, não sendo possível que os índios as alienem ou delas disponham. Ademais, o texto constitucional de 1967, trouxe pequena inovação, tratando do usufruto dos recursos naturais e demais utilidades: "Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes". O que robustece a garantia do direito à terra, uma vez que não basta garantir que as terras não sejam vendidas nem loteadas, mas é preciso também oferecer aos índios a garantia de que não serão prejudicados por terceiros interessados nas riquezas existentes nas terras que ocupam.

A Constituição de 1969, por sua vez, trouxe mudanças, mais substanciais, em seu artigo 198, repetiu os dispositivos do texto constitucional anterior e acrescentou a determinação de "nulidade e extinção dos feitos jurídicos de qualquer natureza que tivessem por objeto ou domínio a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas", sem direito a indenização.

Com algumas alterações, todos esses dispositivos constitucionais foram conservados no ordenamento jurídico brasileiro e essa breve reconstrução histórica do tratamento constitucional dado ao direito indígena sobre as terras é proveitoso para se entender o papel basilar que exerce a atual Constituição Federal, cujo texto não se restringiu a copiar as garantias dos textos anteriores.

Carlos Marés preleciona que, finalmente, a Constituição de 1988, dedicou todo um capítulo aos povos indígenas, reconhecendo o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam os índios. Direito originário, preleciona Marés, "quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei. (MARÉS, 2006, P.125).

A própria Constituição de 1988 se encarrega de definir as terras tradicionalmente ocupadas, no parágrafo 1º do artigo 231, que aduz:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para sua atividade produtiva, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Além de reconhecer o direito originário, a Constituição Federal de 1988 declarou nulos e extintos os atos que visem a ocupação, posse ou domínio das terras indígenas.

1.2. A Constituição Federal de 1988 e as terras indígenas

Explica Mota e Galafassi, que o reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas no Brasil é relativamente recente, embora tenha mais de quinhentos anos de convivência entre índios e não-índios. As autoras demonstram porque a Constituição Federal de 1988 se revelou importante avanço. Vejamos: (MOTA & GALAFASSI (2009, p. 3):

A promulgação da Constituição Federal de 1988 revelou um importante avanço em relação aos textos constitucionais anteriores no que concerne ao tratamento da questão indígena no Brasil e, em particular, ao reconhecimento dos direitos dos índios às terras por eles ocupadas. Em primeiro lugar, o artigo 22 estabelece a competência da União para “legislar sobre populações indígenas” e não mais sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, como estabeleciam os textos constitucionais anteriores. Ou seja, abandonou-se a noção de “integração”, que negava às comunidades indígenas o direito de preservarem sua identidade e escolherem o curso de seus processos culturais, passando a se reconhecer a diversidade cultural como constitutiva da sociedade brasileira. Em outras palavras, abandonou-se a noção de tutela de pessoas (tutelar os índios), que foi substituída pela tutela de direitos (tutelar os direitos dos índios), o que alterou as diretrizes da política indigenista no Brasil.

A Constituição Federal da República de 1988 traz um capítulo consagrado aos índios - Capítulo VIII – Dos Índios, do Título VIII - Da Ordem Social, contendo dois artigos que apresentam uma série de importantes determinações, nas quais está o reconhecimento dos “direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231, caput). Os índios são, desse modo, titulares de um direito congênito à terra que independe de legitimação posterior, sendo a demarcação entendida não como fonte dos direitos indígenas, mas apenas uma exigência constitucional que visa à proteção de tais direitos e interesses.

Mota e Galafassi (2009) aduzem que as terras sobre as quais recaem os direitos dos povos indígenas são, portanto, as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, cuja definição está contida no artigo 231, § 1º, da Constituição, que dispõe serem terras

tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas habitadas por eles em caráter permanente, as utilizadas em suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios, bem como as terras necessárias à sua reprodução física e cultural, conforme seus usos, costumes e tradições. O texto constitucional deixa claro que não se trata somente das terras ocupadas fisicamente pelos índios, mas de todas aquelas que, segundo os usos, os costumes e as tradições indígenas, contribuem para a manutenção e preservação das particularidades das comunidades indígenas. Terras consideradas sagradas, destinadas aos cemitérios ou, simplesmente, as que servem de espaço para andanças, são, desse modo, exemplos de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

É importante salientar que não se confunde com o conceito de posse do âmbito do direito civil, pois a posse indígena dessas terras supera a órbita meramente privada; não se trata de ocupação para mera exploração, ao contrário, há uma interação de elementos humanos, ecológicos, naturais e culturais, que são relevantes na compreensão do que é a posse indígena. O Ministro do STF, Victor Leal Nunes, na década de 1960, ao tratar de tema relacionada a terras indígenas, foi contundente ao assegurar essa 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”⁹.

Ademais, como assevera José Afonso da Silva, o termo “tradicionalmente” não remete a um critério temporal e não deve, por isso, ser interpretado como necessidade de ocupação muito antiga para que se caracterize o direito dos índios sobre as terras. A ocupação tradicional refere-se, sim, conforme afirma o parágrafo primeiro do art. 231, ao modo tradicional de ocupação, realizado conforme usos, costumes e tradições dos povos indígenas. (SILVA 2008, p. 858).

O direito à posse permanente das terras e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, são também reconhecidos pela Constituição, no artigo 20, XI, se reconhece a garantia da posse indígena, dentre os bens da União, do que decorre seu caráter de inalienáveis e indisponíveis expresso pelo artigo 231, §4º. Trata-se, de uma garantia à posse permanente dos povos indígenas, que não serão privados das terras que ocupam, nem

⁹ Recurso Extraordinário nº 44.535-MT, publicado em 28 de agosto de 1961.

poderão aliená-las. Quanto às riquezas existentes nas terras ocupadas, a Constituição assegura a exclusividade de seu usufruto aos índios. Somente os índios tem a capacidade de proceder à exploração dos recursos existentes em suas terras.

Mota e Galafassi (2009) enfatizam que em relação a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos e às riquezas minerais há uma restrição: visando evitar situações de exploração indevida de tais recursos, a Constituição submeteu a realização de atividades de exploração à autorização do Congresso Nacional (art. 231, § 3º), que deverá ter como princípio norteador de sua apreciação a proteção dos interesses indígenas. O artigo 49, em seu inciso XVI, determina a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar tais atividades, restrição que se justifica pela necessidade de, por um lado, garantir a proteção de um bem que é patrimônio da União e, por outro, garantir que a exploração de riquezas não se faça em prejuízo das comunidades indígenas. Por ter em vista esse objetivo, a Constituição Federal deu ênfase à participação das comunidades indígenas no processo decisório, determinando que sejam ouvidas pelo Congresso Nacional as comunidades afetadas por eventual autorização (231, § 3º).

Sustentando a proteção dada aos direitos indígenas sobre as terras, a Constituição determina serem nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas ou a exploração das riquezas naturais que possam ser extraídas delas, ressalvado relevante interesse público da União, conforme o disposto em lei complementar (art. 231, § 6º). Há ainda a determinação de que a nulidade ou a extinção não geram direito a indenização ou a ações contra a União, excetuando-se os casos que envolverem benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. (Mota e Galafassi, 2009, p.7)

Com esses dispositivos, o texto constitucional acolheu entendimento preconizado por Dalmo de Abreu Dallari, *in* (DALLARI,1984, pgs.54-55):

Ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.

Ademais, a Constituição reconhece os índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesse (art. 232), atribuindo ao Ministério Público a função de intervir em todos os atos do processo (art. 232 e art. 129, V).

1.3 Posse indígena x Posse civil

De acordo com informações da Organização Mundial das Nações Unidas¹⁰, a população indígena totaliza cerca de 370 (trezentos e setenta) milhões de pessoas em todo o mundo, o que representa 15% (quinze) dos pobres do nosso planeta e 5% (cinco) da população mundial. Segundo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a atual população indígena brasileira, segundo resultados preliminares do Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2010, é de 817.963 (oitocentos e dezessete mil e novecentos e sessenta e três) indígenas, dos quais 502.783 (quinhentos e dois mil e setecentos e oitenta e três) vivem na zona rural e 315.180 (trezentos e quinze mil e cento e oitenta) habitam as zonas urbanas brasileiras. Este Censo revelou que em todos os Estados da Federação, inclusive do Distrito Federal, há populações indígenas. A FUNAI também registra 69 (sessenta e nove) referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista¹¹.

Segundo Pedro Abramovay (2009), os índios brasileiros difundem-se em 220 (duzentos e vinte) comunidades, que falam uma média de 170 (cento e setenta) línguas diferentes. Metade dessas comunidades tem menos de 50 (cinquenta) indivíduos, e apenas 3 (três) dessas comunidades têm mais de 20 (vinte) mil indígenas. A maior parte da população indígena brasileira está concentrada nas regiões Norte e Centro-Oeste.

Paulo Santilli (1994), afirma que só na Amazônia, contam-se 60 % (sessenta por cento) da população indígena e 98% (noventa e oito por cento) das terras indígenas no Brasil.

¹⁰ Organização Mundial das Nações Unidas, disponível em: <http://www.iwgia.org/culture-and-identity/identification-of-indigenous-peoples> acessado em 09 de agosto de 2014.

¹¹ Fundação Nacional do Índio, disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao> acessado em 25 de março de 2015.

A razão dessa concentração é porque os procedimentos administrativos de demarcação nessas áreas podem ser feitos com menos custo político e financeiro que em outras localidades mais demograficamente ocupadas do país. Outro ponto favorável é a cooperação internacional. Desde a ECO92, foi constituído um fundo pelos sete países mais ricos, para preservação das florestas tropicais e para os procedimentos administrativos de demarcação na área amazônica.

De acordo com o IBGE (BRASIL, IBGE, 2000, p. 500), mais de 95% (noventa e cinco) das terras indígenas do território brasileiro já foram demarcadas ou estão sob processo de identificação e demarcação. Especificando esse total, 65% (sessenta e cinco) já foram demarcadas e 30% (trinta) ainda aguardam a conclusão do processo de demarcação.

Verifica-se que, a realidade indígena no Brasil, tem relação do que ocorre com as mulheres, menores, e os negros, compõem grupos da população brasileira aos quais a ordem jurídica determina um tratamento jurídico distinto.

Por muito tempo, os índios receberam um tratamento excludente quanto à sua diferenciação étnica. Preponderava uma forte ideologia etnocêntrica, que discriminava outras culturas. O objetivo seria atribuir os valores da cultura majoritária às demais etnias, até a incorporação dos pequenos grupos e os seus costumes à sociedade brasileira. Importante citar o entendimento de Fernando Antônio de Carvalho Dantas In MATOS, (2008 p.103):

A questão da identidade étnica na contemporaneidade tem fundamental importância dada à urgência na concretização dos direitos humanos, em razão dos processos institucionalizados de exclusão a que foram submetidos e dominados, povos e grupos populacionais majoritários ou minoritários, seja a partir de diferenças culturais que caracterizam a etnicidade diferenciada, como é o caso dos povos indígenas, seja por distintos e múltiplos aspectos relacionados à religião, gênero, cor da pele, classe social, preferência sexual, entre tantos outros.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi dado aos índios um tratamento jurídico especial, que se justificava a partir do reconhecimento oficial de sua diferenciação étnica. Se anteriormente os direitos especiais dos índios eram transitórios como o próprio *status* de índio, com a Constituição atual, esses direitos especiais decorrem do reconhecimento da sua condição étnica diferenciada, sendo garantidos permanentemente.

Além de vários dispositivos difundidos, a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo aos índios ratificando assim a pluriétnicidade do povo brasileiro.

Reconheceu às comunidades indígenas os seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a sua organização social, as suas crenças e línguas, seus costumes, usos e suas tradições, como uma forma de garantir o livre desenvolvimento étnico dos índios.

Nessa conjuntura, é fundamental analisar a posse indígena, instituto que se distancia da posse civil.

A posse agroecológica é introduzida por Benatti (2003) em seu livro, como um novo conceito da posse, a agroecológica, que se diferencia das demais formas de posse. Necessário se faz estabelecer o que se pode ser entendido como posse agrária, seus requisitos, em especial a que recai sobre as terras indígenas. Deste modo, o agrarista paraense ensina que posse agroecológica é forma por que um grupo de famílias camponesas (ou comunidade rural) que se apossa da terra, levando em consideração neste apossamento as influências sociais, culturais, econômicas, jurídicas e ecológicas. Fisicamente é o conjunto de espaços que inclui o apossamento familiar conjugado com área de uso comum, necessários para que o grupo social desenvolver suas atividades agroextrativas de forma sustentável. (BENATTI, 2003, pág. 115).

Deste modo, a posse agrária se caracteriza pela atividade agropecuária, com caráter manifestamente produtivo, cuja se apresenta entrelaçada com a personalidade da exploração pelo lavrador e sua família, e, nesses casos, o ordenamento agrário presume a boa-fé e o justo título da posse no trabalho produtivo sobre a terra.

Assim, para tipificar a posse agrária de acordo com a função social da mesma não basta o ânimo de dono do possuidor, exige-se, ademais, a efetividade que se consubstancia na exploração de uma atividade rural de forma racional e adequada, respeitando o meio ambiente e as relações de trabalho.

Quanto ao conceito de terras indígena, o mesmo encontra-se no parágrafo 1º do artigo 231 da nossa Carta Magna. Logo, de acordo com a atual Constituição, terras indígenas são aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios, considerando como tais as terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias para sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ressalta-se, entretanto, que o artigo 20, XI, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece serem essas terras bens da União e, em complementação, o § 2º do artigo 231 do mesmo diploma legal, determina que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

Nesse diapasão, a posse tradicional dos índios diferencia-se daquela prevista no Direito Civil, a qual é definida como “uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietária, exerce sobre a coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a” (PEREIRA, 2006, p.17).

Deste modo, embora a aceção conceitual de posse civil não contrarie a priori a de posse indígena, a diferença crucial configura-se no âmbito de sua efetivação, exercício e tutela, não estando a posse indígena regulada pelo Código Civil, mas pela Constituição Federal e leis específicas. Sendo assim, José Afonso da Silva afirma que “a posse indígena não corresponde ao simples poder de fato sobre uma coisa para sua guarda e uso, com o conseqüente ânimo de tê-la como própria, não se configurando meramente como uma relação material do homem com a coisa” (PEREIRA, 2006, p. 859).

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil melhorou significativamente na ampliação dos direitos indígenas, embora ainda enfrente dificuldades no plano da efetividade desses direitos.

O artigo 17 do Estatuto do Índio classifica as terras indígenas em três categorias: “I) *as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas* a que se refere o art. 231 da Constituição; II) - *as áreas reservadas*; e III) - *as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas*”.

As primeiras são aquelas determinadas pela Constituição Federal de 1988 como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sobre as quais incidem o direito de usufruto exclusivo dos índios e o domínio da União.

As áreas reservadas não se confundem com as terras tradicionalmente ocupadas sobre as quais os indígenas têm direito originário e congênito. São áreas existentes em qualquer parte do território nacional que a União acha por bem destinar à posse e ocupação dos índios. Classificam-se em: a) *reserva indígena*; b) *parque indígena*; c) *colônia agrícola indígena*, e d) *território federal indígena*. As terras de domínio das comunidades indígenas ou dos silvícolas, por fim, são aquelas adquiridas pelas formas de aquisição de domínio previstas na legislação civil.

O ordenamento jurídico brasileiro é claro ao distinguir o instituto da posse civil em relação à posse permanente das terras ocupadas pelos índios. Sua intenção foi produzir efeitos

diversos a esses institutos. No âmbito indígena, a verificação da posse não será obtida a partir dos mesmos requisitos civis.

A posse indígena não pode ser confundida com aquela posse de cunho estritamente civil. Para o Direito Civil, a posse é uma relação material com a “*res*”, na medida em que seu titular exerce a destinação econômica apropriada para o bem.

A posse civil tem fortes vínculos com o conceito de propriedade, posto que intenta proteger uma relação de fato que oferece todos os traços de uma relação de domínio. É certo, porém, que, se a razão da proteção da posse ao longo dos tempos foi como uma melhor maneira de acautelar a propriedade, atualmente aquela tem tutela específica, como um instituto de direito civil autônomo.

Dessa forma, percebe-se que a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação jurídica. Não tem a sua proteção subordinada à existência de uma aparência com a propriedade, nem mesmo se justifica por qualquer semelhança com posse civil ou a ocupação geral. Busca-se permitir que a cultura, os costumes e a organização social dos índios estabeleçam os contornos de sua posse. Logo, por meio do modo de vida dos índios em seu habitat, e de sua relação com a terra, através da tradicionalidade, pode-se aferir que é uma forma de identificar a posse indígena.

Entre os povos indígenas permanece uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, na acepção de que sua posse não se localiza num indivíduo, mas em uma comunidade. Esses elementos de domínio e da posse das terras não fundamentalmente obedecem à compreensão clássica de propriedade, mas carecem igual abrigo do artigo 21 da Convenção Americana. Ignorar as versões particulares do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma forma de usar os bens e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção dessa disposição para milhões de pessoas¹².

Para José Afonso da Silva (2004, p. 728) 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, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm

¹² Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag.459-460.

espaços mais amplos em que se deslocam. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Como cada comunidade indígena apresenta uma estrutura social, cultural e econômica específica, entende-se que a posse indígena se revela pela ligação territorial que determinada comunidade indígena tem com a terra, desde os seus ancestrais; nela identificando não apenas um espaço físico, mas também um elemento presente e indispensável ao desenvolvimento de suas variadas manifestações étnicas, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus antepassados e os seus costumes peculiares, na ocupação da terra ou na inter-relação com seus elementos vivos.

A busca pela diferenciação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será feita de forma contrária, pois busca-se inicialmente através das formas de convivência dos índios com os elementos naturais do seu espaço, para posteriormente averiguar o tempo que eles permanecem na área. Uma vez apurado que a terra é ocupada nos moldes tradicionais da cultura indígena, lança-se uma garantia para o futuro de forma a consagrar para frente o direito dos índios sobre as terras que habitam de forma tradicional.

A autoridade do '*dominus*' se baseia nessa titulação que deve ser revestida de certeza, que para fazer efeito "*erga omnes*" os indígenas necessitam da demarcação de suas terras e conseqüentemente o título, eles querem a demarcação porque essa é a forma de lidar com o "homem branco".

O fundamento sucessório na questão indígena em relação à terra é distinto do fundamento sucessório no direito romano, neste é a família, enquanto naquele é o povo. Daí a presença dos antropólogos e a dificuldade em saber o que é povo. Tudo perpassa pelo liame entre vivos e mortos, entre o fundamento de família e o fundamento de povo.

Na propriedade tradicional a titulação envolve a questão da exclusividade da propriedade, pois para desapropriar, tem-se que pagar. Efetivamente, não se tem outro direito de propriedade. O que vale dizer que, o Estado é capaz de exercer o poder excludente, pois não existe mais a propriedade privada, existe a propriedade do Estado, que idealmente é de todos. Quem terá a prerrogativa de excluir é o estado e não aquele que supostamente seria o detentor ideal dessa propriedade. Daí a diferença entre a propriedade titulada, reconhecida para algum *dominus*, pois para o Estado retirar uma parcela ou recurso, ele tem que pagar, e a

propriedade que é concedida apenas como posse, nessa não há qualquer obrigatoriedade de pagamento para a utilização de recursos.

1.4 A dimensão coletiva do direito indígena

De acordo com Rosalina Pinto da Costa (2012) os direitos coletivos estão consagrados em diversos dispositivos da Constituição (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – art. 225, “*caput*”, direito à defesa do consumidor – art. 170, inciso V, direito à preservação da continuidade e da unidade histórico cultural do ambiente urbano – art. 18§ 4º, entre outros), que também previu suas formas de defesa.

A inclinação natural da pessoa humana é a vida em grupo. O ser humano não pode ser dissociado da comunidade em que vive, nem tampouco das conseqüências sociais, culturais, econômicas e políticas dessa convivência. Para a completa realização do indivíduo é necessário acatar as demandas coletivas. Portanto, atende-se à coletividade como objeto único de cada um dos seres humanos que a compõem. A dimensão individual, dessa forma, permanecerá sempre presente, ainda que de maneira subjacente à dimensão coletiva.

Rosalina Pinto da Costa informa que a nossa carta magna proclama no seu artigo 5º, XXXV, que a “lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”, sem qualquer distinção, informando assim, que não basta assegurar a todos apenas o acesso à justiça, mas a tutela ao direito conferida ao autor ao final do procedimento de ser efetiva, adequada, justa, seja de direito individual ou coletivo (PINTO DA COSTA, 2012, pp.643-666).

Para a autora, os direitos fundamentais constituem um conjunto de fins diretos da ação positiva do estado. A tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental que, por sua dimensão objetiva, vincula o juiz, o qual deve buscar a interpretação e técnicas processuais que permita a efetiva tutela do direito, tendo, os olhos na exigência do direito material que reclama proteção. Para tanto, deve exercer papel ativo e inovador na ordem jurídica, fundamentando suas escolhas, e assim dando concretude aos direitos fundamentais (PINTO DA COSTA, 2012, pp.643-666).

A dimensão coletiva foi reforçada com a afirmação da unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que tem como um dos seus marcos a Conferência de

Direitos Humanos de Viena de 1993, introduzindo no mesmo plano os direitos individuais e os direitos difusos e coletivos (SANHEZ, 2005, pgs 193-194).

Dessa forma, tendo em vista que a promoção da igualdade implica também o combate a problemas de grupos, é imperioso reconhecer as parcelas da população apontadas quanto a democracia e direitos humanos, realidades grupais ou coletivas internacionais ou nacionais que não podem ser esquecidas.

Assim, de acordo com a professora Selma Regina Carlotto (2012) ao falar-se em interesses coletivos, estamos tratando de uma série de direitos que ultrapassam o círculo ou esfera do indivíduo, os quais prevalecem em um determinado segmento, grupo, classe ou categoria social. Este tipo de interesse transcende, em qualquer de suas modalidades o simples campo individual do indivíduo, alterando apenas a intensidade desta atividade, e invocando um tratamento diferenciado. Estes interesses não se caracterizam pela aferição da quantidade de indivíduos envolvidos, mas pela dimensão da conflituosidade envolvendo comunidades inteiras, grupos ou categorias de indivíduos com comunhão de interesses e titularidade diversa de direitos subjetivos, posto que, os interesses coletivos pressupõe um vínculo jurídico associativo, unificador dos integrantes do grupo que assegura a sua homogeneidade, já que deles são titulares o grupo, a categoria ou a classe ligadas entre si.

Enoque Ribeiro dos Santos (2013) menciona que o reconhecimento e a necessidade de tutela dos interesses coletivos puseram de manifesto sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não antes limitada ao plano estatal, mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta de um povo, delega ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação (SANTOS, 2013, p.35).

O autor complementa ainda que, nessa evolução dos interesses de massa, a Constituição Federal de 1988 deve ser louvada pelo mérito que apresentou, pois não bastava simplesmente o reconhecimento dos direitos sociais de 2ª e 3ª dimensões, entre eles, os direitos difusos e coletivos, se não fosse devidamente acompanhado dos instrumentos processuais coletivos disponibilizados à sociedade para fazer valer tais direitos no plano da

concretude, no sentido de possibilitar sua real satisfação. Ouve, dessa forma, ao Direito Processual Constitucional e aos instrumentos coletivos extrajudiciais dar um passo efetivo de atuação pragmática para salvaguardar os direitos violados ou ameaçados envolvendo uma coletividade de pessoas (SANTOS, 2013 p.35).

Enoque Ribeiro (2013), informa que um dos primeiros instrumentos a surgir no Brasil, dando ensejo ao modelo de ações coletivas foi a Lei de Popular (Lei nº 4.717, de 1965), que considerava patrimônio público os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico. Em 1985, veio a lume a lei nº 7.347/85 Lei da Ação Civil Pública, que teve por objetivo a proteção e a tutela do meio ambiente, a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e que no mesmo sentido, foi acompanhada pela Constituição de 1988, que reconheceu os novos tipos de bens jurídicos (direitos e interesses difusos e coletivos), consoante arts. 127 a 129, e do direito de repensar a necessidade de criação de novos institutos jurídicos processuais adequados à defesa daqueles interesses e direitos de massa, que hordienamente constituem as ações coletivas.

Conforme preleciona Cássio Casagrande (2008), em decorrência do surgimento destas duas novas categorias jurídicas (direitos difusos e lesões de massa), a visão tradicional do processo como “questão entre duas partes” foi abalada. E, com isso, redimensionou-se o próprio papel da magistratura. O judiciário não mais se restringe a estabelecer a “lei do caso concreto para dois litigantes”, ao contrário, cria a norma que afetará centenas ou milhares de interessados.

Nesse sentido, a PET 3.388 - RR em Ação Popular foi o, instrumento jurídico utilizado para anular ou declarar nulos os atos lesivos ao patrimônio público, foi impetrada em 1999 contra a demarcação da TIRSS. Os impetrantes da ação popular, alegaram que tal Portaria lesava o patrimônio público e que, portanto, tal medida administrativa deveria ser impugnada. Do outro lado, argumentaram os defensores dos interesses indígenas que era inadequado o uso a Ação Popular para defender interesses obviamente patrimoniais individuais dos que exerciam posse de terras dentro da área indígena e, que a Portaria N. 820/MJ que define os limites da TIRSS não era lesiva ao patrimônio público.

Deve ficar claro, que a terra é vista por eles como seu habitat natural e coletivo, e não como um mero fator econômico de apropriação individual. Trata-se de uma visão absolutamente distante daquela pertencente à sociedade dominante, posto que, abarca uma

gestão comunitária da terra e uma relação espiritual com a natureza e os recursos naturais. Para os indígenas, o direito de possuir, ocupar e usar a terra de maneira coletiva é um dado inerente à sua autoconcepção, e normalmente esse direito não é conferido ao índio enquanto indivíduo, mas sim à comunidade local, à tribo, ou à nação indígena¹³. A terra constitui, assim, não só fonte de subsistência dos índios, como também, fonte de existência dos indígenas¹⁴.

No que se alude aos índios do nosso continente, a sua condição de povos originários deveria ter ensejado, como consequência jurídica, o reconhecimento de seu domínio sobre todas as terras que habitavam na época da chegada dos europeus¹⁵.

Dessa forma, o respeito aos direitos dos povos indígenas em relação à propriedade, controle e acesso às suas terras tradicionais e aos recursos naturais respectivos constitui uma premissa à fruição de todos os demais direitos, sobretudo considerados a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos¹⁶. Isso corrobora a natureza crucial que a questão territorial assume quanto ao desenvolvimento desses povos. Tanto é assim que a questão dos direitos territoriais e da utilização dos recursos naturais tem sido o centro dos movimentos indígenas há muito tempo, e tem como principal exemplo a judicialização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Assim, também sustentar-se-á a fundamentalidade do direito indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas, demonstrando que decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou seja, que se inspira no princípio da dignidade da pessoa humana e no regime democrático; equivale a um princípio jurídico e compara-se com os demais direitos fundamentais constitucionais.

Em vista disso, é importante verificar o posicionamento do STF sobre a matéria, já que este órgão é a última instância de decisão na seara jurídica.

¹³ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de Desenvolvimento Humano 2004. Quênia: Mensagem, 2004, p.67.

¹⁴ O artigo 13 da convenção 169 da OIT, expressa claramente a relação especial que existe entre os índios e suas terras.

¹⁵ No Brasil, esse tipo de raciocínio influenciou a formação do instituto do indigenato, segundo o qual, em relação às terras indígenas não há posse a ser legitimada, mas sim um domínio que deve ser reconhecido, em função do direito originário e preliminarmente reservado (MENDES JÚNIOR, João. Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos. Edição fac-similar. São Paulo: Comissão Pro-Índio, 1988, pp. 55-60).

¹⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo. Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. A/HRC/6/15, § 43.

Como caso paradigmático, no qual as variáveis abordadas ao longo do trabalho são cogitadas, enfocar-se-á a decisão judicial sobre a TIRSS.

Trata-se de um caso emblemático para a história da luta pelos direitos indígenas em nosso país, seja pela dimensão da área que ocupa, seja pela repercussão internacional que alcançou, ainda pelo envolvimento de entes federados de diversos níveis mas, principalmente, pela influência interpretativa que essa decisão poderá vir a causar.

O processo de demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, teve início em 1977 e foi concluído em 2005, manifestando a abrangência e a complexidade dessas disputas por terras. Os conflitos na região e o próprio processo de demarcação geraram uma série de ações judiciais, visto que ocorreu uma intensa divisão de posições. De um lado aqueles que se mostram contrários à demarcação. De outro, aqueles que argumentam a favor da homologação da reserva nos moldes do decreto presidencial.

A resistência por parte dos grupos opositoristas à demarcação, ao se recusarem a cumprirem ordens de desocupação da reserva e ao buscar constantemente decisões judiciais que mantenham sua posse sobre a área, constituiu grave ameaça à determinante homologação da reserva e, por conseguinte, o desrespeito à concretização do direito constitucional dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam.

No caso em tela, além das divergências em volta das fases do processo administrativo de demarcação da terra indígena, ainda a existência de uma discussão mais profunda que revela a desarmonia entre valores, princípios e objetivos que rodeiam a atual sociedade brasileira. Esse debate assenta a possibilidade de um equilíbrio entre o respeito à diversidade e a prática de políticas que objetivam o desenvolvimento econômico do país.

Diante desse cenário, iniciou-se um extenso processo para o reconhecimento da posse originária e a demarcação oficial dessa área para o uso exclusivo dos indígenas. Como se verá nos capítulos posteriores.

1.5 O direito ao desenvolvimento sustentável das comunidades indígenas

Em relação ao território que hoje corresponde ao nosso país, a professora Elza Nadai afirma que, quase 03 (três) milhões de pessoas que ocupavam esparsa, mas totalmente o território, desde as densas florestas amazônicas até as planícies litorâneas e o cerrado, não resta hoje, segundo os mais otimistas, mais que 260 (duzentos e sessenta) mil, o que

representa menos de 0,2% (zero, dois) da população brasileira. Nota-se, ainda, que a quase totalidade não ocupa mais o seu hábitat de origem; 74% (setenta e quatro) concentra-se na Amazônia (NADAI, 1995).

Ainda de acordo com a professora, as comunidades indígenas, porém, não se limitaram a assistir, passivamente, a conquista da terra pelos portugueses. Ao contrário, foram inimigos duros e terríveis, lutando arduamente contra seus opressores, defendendo suas terras e liberdade (NADAI, 1995). O primeiro encontro indígena da América do Sul foi realizado em San Bernardino, Paraguai, em outubro de 1974, que reuniu representantes do Brasil, Argentina, Colômbia, Equador, Canadá, E.U.A, Paraguai e Venezuela. Nesse encontro, foi revelada a tomada de consciência pelas nações indígenas de toda a exploração e dominação, além do extermínio, que o europeu praticou ao conquistar o continente americano, é o que podemos extrair desse texto (NADAI,1995, p.7):

Somos o povo índio. Somos uma personalidade com consciência de raça, herdeiros e executores dos valores culturais dos nossos milenares povos da América, independentemente de nossa cidadania em cada Estado. (...) Sustentamos que deve-se ensinar a história começando pela autêntica história das culturas nativas, para contribuir, assim, para a criação da consciência americana. O respeito, surgido do conhecimento dos heróis e mártires da história de nossas nações, permitirá um entendimento maior ente os homens que habitamos essas terras.

Segundo Elza Nadai (1995), são os próprios índios que devem identificar os seus iguais, isto é, pertencentes a comunidades indígenas. Surgiu, então, entre representantes de povos indígenas distintos, a consciência de uma identidade comum, supratribal, enquanto minorias étnicas incorporadas à sociedade brasileira, o que faz com que as comunidades indígenas se considerem distintas da sociedade nacional é a consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas. Ademais, quando um grupo se auto identifica como indígena, normalmente está presente a solidariedade em meio a seus membros, no sentido da conservação da respectiva identidade.

Afirma Pedro Abramovay (2009), que os índios brasileiros difundem-se em 220 (duzentas e vinte) comunidades, que falam uma média de 170 (cento e setenta) línguas diferentes. Metade dessas comunidades tem menos de 50 (cinquenta) indivíduos, e apenas 3 (três) dessas comunidades têm mais de 20 (vinte) mil indígenas. A maior parte da população indígena brasileira está concentrada nas regiões Norte e Centro-Oeste.

Segundo Girolamo Domenico Treccani, (2014, p.162), desde o começo do processo de ocupação européia nas terras da Amazônia, os sucessivos governos não levaram em consideração as populações nativas, nem, posteriormente, os moradores locais, fruto da miscigenação entre nativos, portugueses e negros. Analisando a história, pode-se constatar a "invisibilidade" das populações tradicionais, isto é, a falta de política públicas específicas em seu favor. Além da escravidão dos índios e dos negros, a região assistiu ao saque sistemático de suas riquezas naturais que deu origem aos diferentes ciclos econômicos, e completa; (TRECCANI, 2014, p.162):

Se nos primeiros cinco séculos foi favorecido o latifúndio escravocrata, nas últimas cinco décadas foram privilegiadas: a) as empresas agropecuárias (com a falta e muito pouco fiscalizada política de concessão de incentivos fiscais que favoreceu a grilagem de terras públicas, a degradação ambiental e fomentou os conflitos de terra, fazendo do Estado do Pará "o campeão de conflitos e assassinatos"); b) as madeireiras (com uma exploração em sua grande parte ilegal); c) os grandes projetos industriais e de infraestrutura (que causam o despejo de milhares de famílias) e d) as mineradoras.

TRECCANI (2014) enfatiza que nas últimas cinco décadas, com o total apoio do Estado brasileiro, o capital avançou sempre mais sobre as últimas fronteiras naturais amazônicas disputando território com populações indígenas, quilombolas e demais populações tradicionais e locais, transformando as terras, floresta, água, solo e subsolo em "mercadoria" a ser leiloada na perversa dinâmica das "leis do mercado", em que a exploração indiscriminada da natureza e da própria vida humana viraram "oportunidade de negócio", destruição e conservação que passam a ter preço.

Essa política tem como trágica consequência transformas a região amazônica naquela que, em 2012, concentra 97% (noventa e sete) da área em conflito no Brasil. Somando-se os conflitos envolvendo os diferentes grupos sociais, percebe-se como em 60% (sessenta) dos casos as vítimas são grupos cujos territórios estão à margem do mercado de terras. (TRECCANI, 2014 pp. 162-163).

Os grupos indígenas encontram-se, quase sempre, em situação de vulnerabilidade, seja do ponto de vista cultural, seja sob o viés econômico e social. A relação e o intercâmbio com o mundo dito civilizado, seja por métodos de assimilação ou de integração, normalmente acomoda os índios nas camadas mais baixas do estrato social, sendo raro que esses grupos alcancem uma situação econômica e social, minimamente, aceitável. Tornam-se, assim, excluídos.

No Brasil, esse acontecimento foi, vastamente, estudado por Darcy Ribeiro, quando abordou o processo de *transfiguração étnica*, o qual dá origem ao *índio genérico*, comprovando, de forma irrefutável, a vulnerabilidade indígena (RIBEIRO, 1996), que pode derivar, ainda, de vários outros aspectos, como, por exemplo, a suscetibilidade em relação às doenças, o preconceito e a discriminação por parte da sociedade dominante, e a perda das suas terras tradicionais para o agronegócio. Por todas essas distinções, pode-se assegurar que as comunidades indígenas compõem uma minoria (PINTO FERREIRA, 1995 p. 445) e na condição de minorias que são, encontram-se na categoria de titulares de um direito ao desenvolvimento próprio, o qual deve ter como preocupação não só a efetivação da igualdade sob o ponto de vista da justiça distributiva, mas, também, com o reconhecimento das identidades.

Entretanto, quando estuda-se direito ao desenvolvimento dos povos, em decorrência da liberdade conferida às pessoas e às suas coletividades, é natural a existência de distintas percepções e experiências, pois, não é admissível um único modelo de desenvolvimento (PERRONE-MOISÉS, 1999, p. 190).

Nessa mesma linha, é o pensamento de Celso Furtado na acepção de que é muito difícil perceber o desenvolvimento como fenômeno de validade universal, aspiração que teria o mesmo fundamento da tentativa de erguer uma escala de valores que servisse de padrão único para todas as sociedades. Ressaltou o autor, ainda, que a quase totalidade das sociedades contemporâneas atribui prioridade à alta disponibilidade de um conjunto de bens materiais, cujo acesso se embaraça com a figura moderna de vida (FURTADO, 2000. p.107).

A partir do momento em chega-se à conclusão de que o desenvolvimento não deveria ser mero sinônimo de industrialização da sociedade, buscaram-se modelos alternativos, que passaram a considerar o termo desenvolvimento, a noção de desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, a adoção de propostas e modelos específicos de desenvolvimento sustentável, voltados para as minorias étnicas, notadamente para os grupos indígenas, ganhou alento, principalmente a partir dos anos 70, quando começou a nascer um novo indigenismo, com base na autonomia e na defesa da identidade cultural, cedendo as antigas premissas assimilacionistas (MARTINEZ, 2005). Esse movimento é objeto de estudo pela antropologia, em que recebe a qualificação de etnodesenvolvimento (BARROSO-HOFFMANN, 2002, pp.29-31).

O etnodesenvolvimento é uma alternativa à concepção tradicional de desenvolvimento e se inspira em valores como a igualdade e a cidadania, buscando a inclusão plena de setores que se encontram à margem de produção e do usufruto dos resultados do desenvolvimento, o qual passa a ser restrito e submisso a imperativos econômicos. Além disso, uma das balizas do paradigma do desenvolvimento alternativo é o deslocamento do poder dos projetos de desenvolvimento econômico que são realizados a partir de cima (*top-down development*) pelo modelo de desenvolvimento de base (*bottom-up development*), dos quais os sujeitos coletivos da sociedade civil, passaram a ser considerados sujeitos do desenvolvimento, e não meros objetos deles (SANTOS 2002 pp.46-47).

Para Stavenhagen (1985), o etnodesenvolvimento é um processo dinâmico e criativo que libera energias coletivas para o desenvolvimento das minorias, pois pondera as suas peculiaridades ao incluir o fator étnico nas questões desenvolvimentistas, contestando, frontalmente o modelo clássico de desenvolvimento, que deriva em *etnocídio*, abrangendo-se como uma política de extermínio da identidade cultural de um grupo étnico.

Conforme Boaventura de Souza Santos (2003), todas as culturas são relativas e pretendem assegurar que seus valores e preocupações próprias sejam válidos em todos os contextos possíveis.

Além disso, é preciso anotar que, de acordo com Pierre Clastres, (2004 pp. 178-179) no que concerne à economia de subsistência dos grupos tradicionais, a percepção é a de que a economia primitiva é uma economia de miséria, o que é um ledô engano, visto que, para ele, é justamente o contrário, uma vez que a sociedade tida como primitiva pode ser até mesmo apontada como a primeira sociedade de abundância, bastando observar que ela utiliza os estoques da própria natureza (CLASTRES, 2004, pp.178-179). Isso implica em dizer que, até mesmo o estudo de grupos indígenas, deve considerar o seu próprio modo de compreender a economia e o desenvolvimento que lhe é peculiar.

Deste modo, as comunidades indígenas têm o direito de pensar o desenvolvimento de modo diferente do padrão, pois é indispensável reconhecer que esse desenvolvimento seja visto a partir de outros paradigmas que professem a qualidade de vida, o bem-estar e a felicidade.

Trata-se, assim, de garantir a liberdade dos grupos étnicos indígenas de viver e de buscar o seu bem-estar e a sua felicidade, segundo seus próprios padrões de necessidades

básicas e suas respectivas escala de valores, já observada na concepção de Amartya Sen será respeitado o direito à diferença.

Ressalte-se que, um aspecto importante do *etnodesenvolvimento* é a necessidade de diálogo constante entre as etnias envolvidas. Esse diálogo é importante não só para solidificar a aceitação da visão indígena alternativa de desenvolvimento, mas, também, para guiar as políticas públicas que digam respeito ao desenvolvimento indígena.

Segundo Moreira & Fonseca (2010) o desenvolvimento em sua plenitude só pode ser concebido a partir de uma ótica que inclua tem seu conceito o desenvolvimento social, econômico e ambiental. Porém, os padrões de desenvolvimentos vigentes têm privilegiado o aspecto econômico em detrimento dos aspectos socioambientais e é isto que permite a instauração do conflito não entre meio ambiente e desenvolvimento, mais sim entre o desenvolvimento social ambiental e o modelo de crescimento econômico.

Daí a necessidade política de criação do conceito de Desenvolvimento Sustentável, que na verdade nada mais é do que uma lembrança didática e argumentativa de que desenvolvimento só existe quando estão presentes a proteção do meio ambiente e a equidade social, reequilibrando os aspectos múltiplos que compõem o conceito de desenvolvimento. (MOREIRA & FONSECA, 2010 p.246)

De acordo com Sachs (2008), o desenvolvimento é distinto do crescimento econômico, na medida em que os objetivos do desenvolvimento vão bem além da mera multiplicação da riqueza material. Para ele, o crescimento é uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente, para se alcançar a meta de uma vida melhor, mais feliz e mais completa para todos.

Nesse sentido, o desenvolvimento abarca, além da questão do crescimento, a dimensão social, e envolve temas como democracia, justiça social e autonomia estatal (WOLKMER, 2005, p.63). O desenvolvimento, deste modo, deve adotar uma abordagem baseada nos direitos humanos.

Flávia Piovesan (2010) ensina que o direito ao desenvolvimento requer a ruptura da visão tradicional a inspirar a arquitetura protetiva internacional, na qual as violações de direitos humanos apontam, de um lado, ao Estado como violador e, de outro, ao indivíduo considerado como vítima. No entanto, para a autora, ao compreender tanto uma dimensão nacional como uma dimensão internacional, o direito ao desenvolvimento tem como violador não apenas o estado e como vítima não apenas o indivíduo, mas comunidades e grupos. Vale

dizer que o direito ao desenvolvimento em sua essência se traduz no direito a um ambiente nacional e internacional que assegure aos indivíduos e aos povos o exercício de seus direitos humanos básicos, bem como de suas liberdades fundamentais.

A abordagem de Amartya Sen sobre o desenvolvimento foi crucial, tanto na formulação como na evolução conceitual do desenvolvimento humano, como também na participação efetiva na criação do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH¹⁷. O pensamento do economista entende o desenvolvimento humano como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. (SEN, 2000, p. 17). Desenvolver-se significa abolir os vários tipos de reservas que impedem as pessoas de realizarem livremente suas escolhas e que lhes bloqueiam as oportunidades de exercício de sua ação racional.

Quando as pessoas têm oportunidades apropriadas, tornam-se capazes de harmonizar-se com seu próprio destino. De igual modo, quando são detentoras de maior liberdade, as pessoas aumentam o seu potencial de cuidar de si mesmas e de influenciar o mundo, operando como agentes dessas duas questões centrais do processo de desenvolvimento (SEN, 2000, p.33).

Partindo das ideias de Amartya Sen (2000), o PNUD¹⁸ começou a trabalhar com a noção de desenvolvimento humano, editando o primeiro relatório em 1990¹⁹.

De acordo com o relatório, a adoção do desenvolvimento humano deriva do fato de que a verdadeira riqueza de uma nação são as pessoas, e que, por isso, a finalidade básica do desenvolvimento é criar um ambiente apropriado para que os seres humanos gozem de uma vida longa e saudável. Desenvolvimento, dessa forma, constitui tanto o processo de ampliação das oportunidades dos indivíduos, como o nível de bem-estar que eles alcançaram.

¹⁷ Sakiko Fukuda-Parr fez uma análise do papel de Amartya Sen na concepção de desenvolvimento humano e na criação do IDH. Disponível em <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2004-portuguese.pdf>, acesso em 12/12/14.

¹⁸ O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) é o órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) que tem por mandato promover o desenvolvimento e eliminar a pobreza no mundo. Entre outras atividades, o PNUD produz relatórios e estudos sobre o desenvolvimento humano sustentável e as condições de vida das populações, bem como executa projetos que contribuam para melhorar essas condições de vida, nos 166 países onde possui representação. É conhecido por elaborar o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), bem como por ser o organismo internacional que coordena o trabalho das demais agências, fundos e programas das Nações Unidas - conjuntamente conhecidas como Sistema ONU - nos países onde está presente.

¹⁹ Relatório disponível em <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2004-portuguese.pdf>, acessado em 18/12/14.

Desta maneira, o desenvolvimento que tenha como centro a pessoa humana, e que alcance a cadeia produtiva, gerando a distribuição de riqueza, o bem estar social, as necessidades humanas básicas, o que se deve buscar e que pauta o presente trabalho.

A dimensão individual do direito ao desenvolvimento não afasta a possibilidade de ser adotada uma dimensão coletiva desse mesmo direito (SÁÑHEZ, 2005.p.p 194-198).

A dimensão coletiva foi reforçada com a afirmação da unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que têm como um dos seus marcos, a Conferência de Direitos Humanos de Viena, de 1993, introduzindo, no mesmo plano, os direitos individuais e os direitos difusos e coletivos. Até mesmo as futuras gerações podem ser abarcadas como titulares do direito ao desenvolvimento. (SÁÑHEZ, 2005. pp.193-194).

A Constituição da República de 1988 garantiu o desenvolvimentista regional e temas correspondentes, como o planejamento, notadamente quando se considera a estrutura adotada para o estado Federal o qual, restaurado, passou a ter como paradigma o federalismo cooperativo (BONAVIDES, 1996, pp.337-506).

Gilberto Bercovici (2003) explana que as políticas de desenvolvimento regional devem ser elaboradas e implantadas, a partir dos marcos do sistema federal instituído, sob a coordenação e cooperação da União e das entidades federadas. Segundo o autor, a construção de um estado Social tem como pressupostos a igualdade e a solidariedade, que geram obrigações para a União e entes federados, cuja atenção deve ter como objetivo a igualação das condições sociais ou necessidades básicas de toda a população, ou seja, a homogeneização social. Surge, segundo o autor, o impedimento de discriminação territorial, conteúdo essencial da igualdade em sua nova dimensão, brotada do federalismo cooperativo constitucionalmente previsto. Ainda conforme o autor, o princípio da igualação das condições sociais é um direito dos cidadãos das regiões menos desenvolvidas, que podem exigir do Estado, como sujeito passivo, que sejam tomadas medidas para garantir a mesma qualidade dos serviços públicos essenciais aos cidadãos das regiões mais desenvolvidas.

A existência de contrastes intergrupais internos mesmo no âmbito dos países mais ricos foi notada por Amartya Sen, que os considera um aspecto relevante da concepção de desenvolvimento e subdesenvolvimento (SEN, 2000, p.20).

O desenvolvimento admite várias concepções ideológicas, que vão desde a ideia de puro crescimento econômico até a noção de desenvolvimento humano, passando, ainda, por

variações que dão ensejo a expressões, como desenvolvimento social, político, ambiental, nacional, regional, equilibrado e sustentável, dentre muitos outros.

Apesar de várias possibilidades, há um fator comum a todas as concepções, por mais distintas que sejam elas, que é o fato de serem construídas a partir de um mesmo paradigma: o padrão de pensamento das sociedades ditas civilizadas. Nesse padrão, depara-se com diferentes visões de mundo, todavia, todas elas consideram, em maior ou menor grau, fatores como crescimento, progresso, Direito, emprego, consumo, política, participação, investimento, democracia, como valores, precisões ou ferramentas de bem estar e felicidade. Todos os enfoques sobre desenvolvimento avaliam esses e outros aspectos, conjugando-os e escalonando-os, em maior ou menor grau de importância e preferência, a partir do que decorrem as diferentes ideologias existentes.

É possível, deste modo, identificar um direito ao desenvolvimento próprio de coletividades internas, pertencentes a regiões nas quais o desenvolvimento é mais deficiente. Aqueles que compõem essas coletividades têm em conjunto com as pessoas das demais regiões brasileiras, direito ao desenvolvimento geral.

Assim, é imprescindível reconhecer que o direito ao desenvolvimento pode – e deve – atender, de maneira peculiar os grupos mais vulneráveis. Normalmente, há empecilhos pelos Estados e pela população majoritária, que podem se sentir ameaçados pelo reconhecimento de direitos coletivos internos.

A partir dessas premissas, dentre as coletividades que podem ser titulares do direito ao desenvolvimento merecem atenção especial, para fins deste artigo, os grupos indígenas, como minoria, pois carecem de medidas específicas de proteção, além dos direitos humanos reconhecidos a todas as pessoas.

No ano de 1.977, Francesco Capotorti, relator especial de um estudo que tinha por objeto os direitos conferidos pelo artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ofereceu uma definição de minoria que, até hoje, é bastante empregada. Para Capotorti (1977 pp. 1-7)²⁰:

Minoria deve ser entendida como um grupo, numericamente inferior ao restante da população de um estado, em uma posição não dominante, cujos membros, sendo nacionais do Estado, possuem características étnicas,

²⁰Minorias Étnicas, Lingüísticas e Religiosas. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/5/minorias.html>, acessado em 08/07/2015.

religiosas ou lingüísticas que os diferem do resto da população e demonstram ao menos, implicitamente, um senso de solidariedade no sentido da preservação da cultura, tradição, religião ou língua.

Adotando como parâmetro o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, e a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas, de 1992, podem ser considerados elementos diferenciadores a etnia, a religião e a língua, o que dá ensejo ao aparecimento das minorias étnicas, religiosas e lingüísticas²¹. Compreende-se assim, que o elemento diferenciador atrela-se a dados culturais, que distinguem certas coletividades do todo social. Deste modo, pode-se falar em minorias culturais. Essa identidade cultural é o cerne da minoria, a qual, justamente por isso, carece de proteção coletiva de seus traços característicos, sem o que não poderá falar em plena concretização da dignidade de cada um dos seres humanos que a compõem (ANJOS FILHO, Robério, 2008 p.361).

O respeito aos direitos dos povos indígenas em relação à propriedade, ao controle e ao acesso às suas terras tradicionais e aos recursos naturais respectivos constitui uma premissa à fruição de todos os demais direitos, sobretudo considerados a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos²². Isso corrobora a natureza crucial que a questão territorial assume quanto ao desenvolvimento desses povos.

Deve ficar claro que a terra é vista por eles como seu habitat natural e coletivo, e não como um mero fator econômico, de apropriação individual. Trata-se de uma visão absolutamente distante daquela pertencente à sociedade dominante, vez que abarca uma gestão comunitária da terra e uma relação espiritual com a natureza e os recursos naturais (DUTERME, 2002, p.4). Para os indígenas, o direito de possuir, ocupar e usar a terra de maneira coletiva é um dado inerente à sua autoconcepção, e, normalmente, esse direito não é conferido ao índio enquanto indivíduo, mas sim à comunidade local, à tribo, ou à nação

²¹ Há referencia expressa aos elementos étnicos, religiosos e lingüísticos serem integrantes da noção de minoria no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Declaração Sobre os direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais Étnicas, Religiosas e Lingüísticas de 1992, além nas propostas da ONU, formuladas em 1950,1977,1983 e 1985.

²² STAVENHAGEN, Rodolfo. Informe del Relator especial sobre la situacion de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

indígena²³. A terra constitui, assim, não só fonte de subsistência do índios, como também, sua fonte de existência²⁴.

1.6 Resistência ao não reconhecimento das diferenças culturais entre índios e "brancos".

A par do problema da desigualdade tem-se nitidamente um problema de não reconhecimento das diferenças culturais, por exemplo, entre as diferentes etnias que compõe o povo brasileiro. O caso dos indígenas mostra nitidamente este ponto. As contendas se estruturam ainda nas separações e peculiaridades regionais, bem como nos díspares estratos econômicos que arranjam a sociedade brasileira, abarcando outras distinções de grupo que não se reduzem à tão somente questão de classe.

Como anota com importância o sociólogo Jessé Souza (2006), no Brasil o problema da desigualdade ou da subcidadania está inteiramente relacionado com o problema do desrespeito às diferenças. A desigualdade no Brasil é algo assumido de modo não reflexivo, profundamente arraigado nas fontes morais que estruturam o imaginário da sociedade brasileira de um modo geral.

No seu livro a construção social da subcidadania (2006), o autor tem o interesse de explicar o motivo pelo qual o descaso com o qual é tratada constantemente parcela da população brasileira, chega ao extremo da prática de assassinatos massivos por parte de agências estatais, como a polícia, é socialmente legitimado.

Para demonstrar sua análise, Jessé Souza (2006) desenvolveu o instrumento teórico que Pierre Bourdieu tituló de *habitus*, para nomear a segunda natureza que é corporificada no sujeito por meio do processo de socialização no seio de uma classe. Dividiu a categoria em *habitus* primário e *habitus* precário. O processo civilizatório, disciplinar, que conformou os sujeitos à ordem capitalista, que passa pela “legislação sanguinária contra a vagabundagem” e chega na atuação benevolente do Estado Social, sempre com o objetivo de produzir o agente racional, útil e produtivo, foi capaz de universalizar relativamente o *habitus* primário, que

²³ Programa das nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de Desenvolvimento Humano 2004. Quênia: Mensagem, 2004, p.67.

²⁴ O artigo 13 da convenção 169 da OIT, expressa claramente a relação especial que existe entre os índios e suas terras.

consiste em “esquemas avaliativos compartilhados objetivamente, ainda que opacos, e quase sempre irrefletidos e inconscientes, que guiam nossa ação e comportamento efetivo no mundo” (SOUZA, 2003, p. 174). Nos termos do argumento aqui exposto, essa “dignidade”, efetivamente compartilhada por classes que lograram homogeneizar a economia emocional de todos os seus membros numa medida significativa, que me parece ser o fundamento profundo do reconhecimento social infra e ultrajurídico, o qual, por sua vez, permite a eficácia social da regra jurídica da igualdade e, portanto, da moderna noção de cidadania (SOUZA, 2003, p. 166).

Diversamente das sociedades dos países centrais, nas sociedades periféricas como a brasileira, podemos conjecturar a consolidação de um *habitus* precário, que é propriamente a instituição insuficiente do *habitus* primário, é o seu “limite para baixo”, na acepção de que significa a falta dos pressupostos da “economia emocional e das precondições cognitivas para uma performance satisfatória ao atendimento das demandas (variáveis no tempo e no espaço) do papel de produtor, com reflexos diretos no papel de cidadão, sob condições capitalistas modernas” (SOUZA, 2003, p. 170).

O *habitus* precário é a condição do brasileiro pobre não europeizado, ou seja, daquele que não possui nenhum valor segundo o consenso básico transclassista do desempenho e da disciplina, desde o qual emanam as fontes morais do reconhecimento social, e donde surgem as “redes invisíveis que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos” (SOUZA, 2006, p. 177).

Tal situação é evidentemente um fenômeno de massa em nosso contexto, o que justifica a tese de que a diferença substancial entre as sociedades centrais e periféricas é a “produção social de uma ralé estrutural nas sociedades periféricas” (SOUZA, 2006, p. 175). A tese é evidenciada na passagem abaixo:

Não se trata de intencionalidade aqui. Nenhum brasileiro europeizado de classe média confessaria, em sua consciência, que considera seus compatriotas das classes baixas não europeizadas “subgente”. Grande parte dessas pessoas votam em partidos de esquerda e participam de campanhas contra a fome e coisas do gênero. A dimensão aqui é objetiva, subliminar, implícita e intransparente. Ela é implícita também no sentido de que não precisa ser linguisticamente mediada ou simbolicamente articulada. (...) O que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas, por isso tanto mais eficazes que articulam, como que por meio de fios invisíveis, solidariedades e preconceitos profundos e invisíveis.

São estes acordos opacos que validam a construção de cidadãos de primeira e segunda classe, de cidadãos e subcidadãos.

No contexto brasileiro, o conflito de classes não se depara em sua forma tradicional (burgueses contra trabalhadores), mas entre a ralé de precarizados e todas as demais classes. A ralé forma uma classe inteira de subcidadãos, que só pode ser empregada “enquanto mero ‘corpo’, ou seja, como mero dispêndio de energia muscular” (SOUZA, 2009, p. 24).

Por não possuir nenhum valor, de acordo com a matriz moral fundante da Modernidade, os membros da ralé podem ser explorados de todas as formas, como podemos observar no caso dos indígenas que muitas vezes são desprezados pelo antigo e desgastado ideário brasileiro de que a presença indígena, em qualquer região do país, é um empecilho ao desenvolvimento econômico.

Através de tudo isso, está a construção social da subcidadania, de pessoas e de corpos que não possuem nenhum valor e por isso são matáveis, é o que podemos observar no caso da violência sofrida pelos indígenas.

No ano de 2008, ganhou ampla evidência o conflito na região de Raposa Serra do Sol em Roraima. De um lado, os arroteiros e o Estado roraimense contestam a atual demarcação; no outro, os indígenas que buscavam a concretização do projeto.

O conflito na região de Raposa Serra do Sol tem origem anterior ao século XX, quando os portugueses chegaram a região hoje correspondente a Roraima e iniciaram a exploração indígena. Isso ocorreu em praticamente todos os locais onde houve contato dos nativos com o homem branco, sendo este apenas mais um caso.

Em 1917, o Estado do Amazonas – a quem pertencia a região na época – edita a Lei Estadual nº 941, que delimita as terras entre os rios *Surumu* e *Cotingo* para a ocupação e usufruto dos índios *Macuxi* e *Jaricuna*. Baseado no dispositivo suprajacente, em 1919, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) iniciou a demarcação da região, o que não garantiu o respeito ao estipulado pela legislação amazonense, ou seja, não se conseguiu findar as invasões.

Essa situação não teve significativas alterações até 1977, quando a Presidência da FUNAI assina a portaria GM/111, que institui um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para demarcar a Terra Indígena, mas não apresenta relatório conclusivo de seus trabalhos. Em janeiro de 1979, “um novo GTI é formado e, sem executar estudos antropológicos ou

historiográficos, propõe uma demarcação provisória de 1,34 (1 milhão e 34 mil) milhões de hectares”. (LIMA, 2008, p. 5)

Em 1984, um novo GTI propõe a ampliação da reserva para 1,57 (1 milhão e cinquenta e sete mil) milhões de hectares. No ano de 1993, tem-se um parecer conclusivo, no qual GTIs formados pela FUNAI reestudam a área e propõem ao Ministério da Justiça o reconhecimento da extensão contínua de 1,678 (um milhão e seiscentos e setenta e oito mil) milhões de hectares.

O então presidente Fernando Henrique Cardoso, no ano de 1996, garante a possibilidade de contestação da demarcação da Terra Indígena (TI). A partir disso, surgiram muitas contestações administrativas por não-índios e pelo governo de Roraima. Com o Despacho 80, o ministro da Justiça, Nelson Jobim, rejeita todos os pedidos, mas propõe alguns ajustes – preservação de alguns vilarejos utilizador para garimpo, por exemplo –, que excluam cerca de 300 (trezentos) mil hectares da demarcação.

Quando Renan Calheiros assume o Ministério da Justiça, em 1998, revoga as medidas de Nelson Jobim e declara o território indígena Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas, com exceção da área do 6º Pelotão Especial de Fronteiras. No ano seguinte, o estado de Roraima entra com mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ganhar liminar parcial, que é negada em 2002 pelo mesmo tribunal.

Em 2004, tem-se um longo capítulo, em março, o juiz Helder Girão Barreto, da 1ª Vara Federal de RR, suspende parte dos efeitos da portaria do Ministério da Justiça que demarcou a reserva. Em maio, Tribunal Regional Federal (TRF) exclui da área de demarcação da reserva Raposa Serra do Sol todas as vilas, cidades e zonas de expansão existentes na região. Em agosto, tanto o STJ quanto o STF negam pedidos do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União (AGU) para derrubar a decisão do TRF. (LIMA, 2008, p. 13)

No ano seguinte, o ministério da Justiça emite portaria que mantém a sede da cidade de Uiramutã fora da TI, assim como as estradas que atravessam a reserva. Ademais, os equipamentos e vias públicas seriam preservados. Na seqüência, presidente Lula assina a homologação, por meio do decreto 15 de abril de 2005, da TIRSS. Desgostoso com o ocorrido, o governador de Roraima, Ottomar Pinto, decreta luto oficial na unidade federativa por uma semana e protocola uma Ação Popular pedindo liminar para suspensão do decreto homologatório do presidente, além de outra ação, no STF, com o mesmo pedido.

De acordo com Vincenzo Lauriola (2009, p.46) apesar da complexidade, era simples distinguir o joio do trigo entre atores e lados em conflito. E segue:

Como explicar que, apesar do corpo enterrado na fazenda (ilegal, dentro da TI) de um vereador de Uiramutã (município instalado na TI, que o Estado só conseguiu criar baixando o quorum eleitoral no segundo plebiscito), o laudo do IML de Boa Vista atestou "causa natural indeterminada"? Mesmo depois do IML de Brasília ter confirmado que o Macuxi fora executado com tiros nas costas e braços erguidos, nem mandantes e/ou executores, nem o legista falsário sofreram conseqüências de seus atos criminosos. As evidências da sistemática aliança entre abuso de poder político-econômico e impunidade em torno da causa anti-indígena, já abundantes no passado, não faltariam a seguir.

No final de 2003, frente à maciça mobilização indígena, com 2/3 dos delegados de Roraima, na I Conferência Nacional do Meio ambiente, o presidente anunciava que iria homologar a TI. Ao mesmo tempo a operação "praga do Egito" prendia vários políticos roraimenses pelo "escândalo dos gafanhotos", um gigantesco desvio de recursos estaduais por funcionários fantasmas. Apesar da conjuntura favorável, o Presidente da República anunciava a homologação iminente, mas não assinava. (Vincenzo Lauriola, 2009, pag. 46).

De acordo com Vincenzo Lauriola, (2009, pag. 46) em janeiro de 2004 o administrador da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, ameaçado de morte, deixa o Estado, poucas horas antes que, em protesto contra declarações do Ministro da Justiça, os arrozeiros da Raposa Serra do Sol cercassem Boa Vista em estado de sítio por uma semana, invadindo a FUNAI e o Instituto de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, ameaçando a Diocese e o Conselho Indígena de Roraima - CIR.

O clima de tensão, assassinatos, fez com que o STF suspendesse liminarmente a demarcação, tal suspensão abriu espaço para novos atos de violência anti-indígena (seqüestro de religiosos e funcionários da FUNAI, destruição de aldeias próximas às frentes de expansão das lavouras de arroz), e fornecendo um alibi à indecisão em homologar a TI. (LAURIOLA, 2009, pag. 46).

Em abril de 2005 um acordo entre Supremo e Governo viabiliza a homologação da TI em área contínua, com ressalvas, dentre elas a permanência do município de Uiramutã e dupla afetação do Parque Nacional Monte Roraima e recortes mínimos (sede do Município, estradas e linhas elétricas), marcando formalmente o fim da saga, com a vitória dos povos indígenas.

Na homologação o governo sanciona um ano como prazo para retirar os ocupantes não índios. A ação do governo federal, embora lenta, honrava o compromisso assumido: entre cerca de 350 ocupantes, a grande maioria eram indenizados e deixavam a área, e apenas alguns arroteiros resistiam em cumprir as determinações da lei. O governo se abstinava em buscar negociar uma saída pacífica, passavam dois anos do prazo determinado e diminuía a confiança dos índios na vontade do governo em retirar os últimos rizicultores. Após o adiamento das duas primeiras operações de retirada (Upatakón I e II), no início de março de 2008, os índios voltavam a pressionar o governo para levar a frente a anunciada Upatakón III. (LAURIOLA, 2009, pag. 47).

Com o anunciado início da operação, os arroteiros, cujo líder, prefeito de Paracaima Sr. Quartiero, em 05 de maio, manda jagunços atirar e jogar bombas em indígenas pacificamente construindo malocas de madeira e palha em suas terras. A versão de Quartiero à imprensa, é que seus funcionários teriam reagido às flechadas dos índios, que só fica desmentida graças às máquinas e filmadoras que os índios tinham em mãos, Quartiero foi preso temporariamente pela Polícia Federal. (LAURIOLA, 2009, pag. 48)

De acordo com Dallari (2009) as invasões de terras indígenas tem a conivência e estímulo de setores dos Poderes Públicos. Segundo o autor, são vários os motivos para que o governo federal não cumpra seu dever constitucional em relação às terras indígenas. Há quem alegue o interesse da segurança nacional, pelo fato de que muitas dessas terras estão situadas em região de fronteira externa. Quanto a esse argumento, é suficiente lembrar que, como tem sido freqüentemente noticiado por jornais, várias rotas do tráfico internacional de drogas e de armas pesadas passam pelo Brasil, atravessando facilmente as fronteiras brasileiras, fora das áreas indígenas e algumas vezes bem ao lado de instalações militares destinadas à guarda de fronteiras. Se houver real preocupação com a proteção da fronteiras aí está um problema real e prioritário, que nada tem a ver com a ocupação indígena.

Além disso, tem-se notícia de situações em que tanto alguns setores do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, ligados a oligarquia estaduais, têm sido omissos ou se afastaram dos princípios e das normas constitucionais para dar proteção a invasores de terras indígenas. Uma prova disso é o fato de que mesmo nos casos de invasões amplamente noticiadas, inclusive com a informação direta e sem subterfúgios, de que invasores criaram grupos armados, forças paramilitares, para resistir a qualquer tentativa de expulsá-los, com ou sem ordem judicial, e estão preparados para explodir pontes e obstruir estradas visando s

proteção das invasões, não se tem notícia de qualquer iniciativa com o objetivo de punir os responsáveis, na forma das disposições legais claramente aplicáveis a esses casos. (DALLARI, 2009 pag. 54).

Cumpre salientar que existem no Brasil milhões de hectares em mãos de latifundiários sem produtividade alguma, é o que explica Dallari (2009, pág. 54-55):

Outro argumento usado pelos invasores de terras indígenas é o excesso e terras para poucos índios, enquanto muitos trabalhadores rurais brasileiros não tem terra. É verdade que há muitas famílias de trabalhadores rurais querendo terra para poder trabalhar, mas aqui também a falsidade do argumento é óbvia. A Constituição prevê a reforma agrária, como obrigação do governo federal, que também neste caso é omissa. E não é necessária uma pesquisa aprofundada para ver que existem no Brasil milhões de hectares que permanecem improdutivos, em mãos de latifundiários, falsos fazendeiros, que só querem a terra como reserva econômica ou, pior ainda, como justificativa para o recebimento de financiamentos públicos que jamais serão efetivamente aplicados e nunca serão pagos.

A par disso, há uma enorme extensão de terras públicas ocupadas por grileiros, com ou sem documentação fraudulentamente "fabricada", onde deveria ser feita a reforma agrária beneficiando os trabalhadores necessitados de terra.

Além disso tudo, existe o fato, muito importante no caso, de que as terras ocupadas por comunidades indígenas estão localizadas, na maioria dos casos, longe dos centros consumidores, não dispoem de infraestrutura básica para a exploração agrícola, como rede de energia elétrica, assistência agrônômica, serviço de proteção à saúde e escolas, e para o escoamento da produção em condições de competição. Só alguém de má fé ou muito mal informado pensaria em colocar famílias de trabalhadores rurais pobres na maioria das áreas tradicionalmente ocupadas por grupos indígenas, como se isso desse àquelas famílias a possibilidade de implantar uma exploração agrícola.

As invasões de áreas indígenas, ocorridas em muitas partes do Brasil, mostram que os invasores bem sucedidos são, geralmente, grandes empresas ou pessoas que trabalham para elas, como empreendimentos agropecuários, mineradoras, madeireiras e, ultimamente grupos interessados na fauna e na flora brasileiras, por seu extraordinário potencial econômico. Esse tipo de ocupação coincide com a política neoliberal dos governos, que privilegia, de modo absoluto e ostensivo, objetivos econômicos e financeiros, sem levar em conta os interesses nacionais e sociais, o respeito à dignidade da pessoa humana e ao patrimônio cultural do povo brasileiro, inclusive dos grupos indígenas, bem como a justiça social (DALLARI, 2009 pág. 54-55).

2 O PAPEL DA UNIÃO NA TUTELA DOS INTERESSES INDÍGENAS

A diversidade étnica brasileira é uma particularidade peculiar que faz do Brasil um país multicultural, devido ao patrimônio cultural dos diferentes grupos sociais formadores da sociedade nacional. Entre as contribuições desses grupos destacam-se as das nações indígenas, povos considerados nativos, uma vez que, originariamente compuseram comunidades locais nas terras brasileiras, pelas quais lutaram arduamente contra a ação arrebatadora dos colonizadores europeus. Não obstante do extermínio sofrido muitas populações indígenas resistiram e atualmente seus integrantes são reconhecidos como sujeitos de direitos, que carecem ser promovidos e protegidos pela ordem jurídica nacional, em razão da tutela do patrimônio cultural da humanidade, da qual faz parte a identidade indígena.

Este capítulo tem o intuito de demonstrar o papel da união na tutela dos interesses indígenas, papel esse de grande importância, pois, de acordo com a Constituição vigente, as terras indígenas são reservadas à posse permanente dos índios, mas sua propriedade pertence à União Federal. Deste modo, as terras são bens públicos, no entanto, somente o povo indígena pode utilizá-las, de acordo com seus costumes e tradições.

As demarcações das terras indígenas é amparada pela letra da lei que as protege e promove sua maior participação na realização para a efetivação desse direito. Contudo, infelizmente sabemos que a opinião dos povos indígenas não são relevantes no plano fático, e que o Poder Executivo, como foi colocado nesse trabalho, não se insurge efetivamente para auxiliar os indígenas, como prevê a Constituição.

A partir da Constituição Federal de 1988, a história dos índios no Brasil está sendo reescrita, quando rompeu com paradigmas intensamente preconceituosos até então vigentes. Isso se demonstrou no acréscimo vertiginoso da demarcação de terras indígenas, notadamente na Amazônia e no protagonismo dos índios que passaram a estar presentes nas esferas públicas onde os seus direitos e interesses são debatidos, sendo de fundamental importância discutir o uso da gigantesca base de recursos naturais de que se dispõe para alimentar a expansão econômica e o seu eventual impacto sobre as terras indígenas e o meio ambiente.

É fundamental construir o país que é capaz de realizar a utopia escrita no preâmbulo da Constituição Federal sobre um Estado democrático destinado a assegurar “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

2.1 A demarcação das terras indígenas

Com o advento da Constituição de 1988 ficou bem definido o dever do papel social da terra que se tornou totalmente pacificado com o Código Civil de 2002, pois esse apresenta a necessidade da função social da propriedade. Todavia, por motivos histórico-culturais a jurisprudência ainda tem se posicionado a favor da propriedade privada. O reconhecimento das terras indígenas é mais difícil quando esse vai contra o interesse dos grupos políticos dominantes. Segundo Carlos Marés "o conflito se dá entre populações tradicionais e proprietários individuais, considerados pelo sistema como legítimos" (SOUZA FILHO, 2003, p.99).

Com o decorrer do tempo o direito brasileiro nomeou os territórios indígenas de forma diversa, mostrando a forma que estes eram vistos à época. Primeiro na Lei de Terras em 1950 foi utilizado o termo "reserva", sendo que os índios deveriam trabalhar nelas até restarem completamente integrados, então se usou a expressão "área" até chegar em "terra indígena". O legislador não usou "território", para não haver qualquer brecha para independência indígena. (LIBERATO & GONÇALVES, 2013, p.107).

Marés considera que os dispositivos constitucionais anteriores a 1988 atribuíam às terras indígenas um indisfarçável conteúdo provisório, mas também definiam claramente a destinação ou afetação dessas terras. Enquanto fossem terras indígenas estariam afetadas à posse permanente e usufruto exclusivo das populações ocupantes. Constitucional ou infra-constitucionalmente definidas como propriedades públicas federais, a posse, desde 1934, estava afeta à população que efetivamente a ocupasse. A Constituição de 1988, no § 2º do artigo 231, dá a mesma destinação constitucional anterior, aprimorando-a, justamente porque agora tem caráter não provisório. (SOUZA FILHO 2013 p.25)

Os termos posse permanente e usufruto exclusivo é repetido na Constituição de 1988. Diante disso, é imperioso examinar o que constitui posse indígena, que não se confunde com a posse civil, porque esta é individual e material, enquanto a indígena é coletiva e exercida segundo usos, costumes e tradições do povo, no narrar do Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. O artigo 23 da referida lei, preconiza que: "considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil." Esta expressão de 1973, de acordo com Marés, ainda versava sobre a

posse como individual; em 1988 tratou-se dela como coletiva, e acrescenta (SOUZA FILHO, 2013, p.26):

Esta posse, diferente do conceito civilista como nos alertava o Ministro Victor Nunes Leal, pode ser considerada ocupação ou habitat; por isto, observado qualquer dos quatro requisitos de ocupação do § 1º, há posse indígena, com sua característica de permanente, mesmo quando parte dela adormece para reproduzir-se ecologicamente, ou quando é intocada pelo imperativo do sagrado. O que a qualifica, portanto, são os usos, costumes e tradições do povo. Esta é a razão também da expressão usufruto exclusivo. Por usufruto exclusivo não se pode entender a restrição a ato de troca, venda ou doação de frutos e produtos das riquezas da área, mas ao contrário, trata-se do direito da comunidade não usar determinada área seja para regeneração, seja por motivos sagrados ou outro qualquer. Isto quer dizer que o que se faz ou não se faz com a área é assunto da comunidade, que exclusivamente, deliberará. As riquezas exploráveis e comercializáveis do solo, dos rios e dos lagos poderão ser utilizadas pelos índios ou exploradas em parceria com terceiros não-índios, sempre com a supervisão do Estado brasileiro que tem obrigação de preservar não só a cultura, como os bens indígenas.

Este assunto se torna mais nítido quando se avalia o § 3º do mesmo artigo que versa da exploração dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. Nestes casos, nos quais os índios não tem a capacidade de fazer com seus próprios empenhos e recursos, é imprescindível uma autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, que devem participar do resultado da lavra. Há que se avaliar que esta autorização apenas é possível quando não viola o caput do artigo nem os demais parágrafos. Não é plausível e seria inconstitucional, uma lei regulamentar a possibilidade de violar os direitos sobre as terras ou sobre a posse permanente, ou sobre o usufruto exclusivo, ou, o que quiçá seja ainda mais grave, a organização social e cultural indígena. Deste modo, o limite da exploração hídrica ou mineraria é a preservação dos direitos indígenas, cultura, à sociedade e à terra.

Precisamente por isso, estas terras são indisponíveis e inalienáveis, além de os direitos sobre elas serem imprescritíveis, no correto termo do § 4º. Este dispositivo robustece o direito de não uso que tem os indígenas a suas terras.

Marés esclarece que, a Constituição ordenou à União que demarque as terras indígenas com a finalidade de proteger e respeitar os bens de cada povo, está claro que o direito sobre terras independe desta demarcação, que é mero ato administrativo de natureza declaratória. A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Dessa forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, porque se a ocupação se faz segundo os usos costumes e tradições, há que se

conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza, e as necessárias ao bem estar e reprodução física e cultural do grupo e conclui (SOUZA FILHO, 2013, p. 26):

Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites desse comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto, o critério é interno a povo.

É dever da União a demarcação das terras indígenas. Para robustecer esse dever, o Ato das Disposições transitórias, art. 67, concedeu um limite de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para que se findasse a demarcação de todas as terras. Porém, apenas no ano de 1996 foi publicado decreto que dispõe sobre o procedimento administrativo da demarcação²⁵. Embora a atraso das demarcações seja negativo para os índios, a omissão da União ao cumprimento do prazo não ocasiona consequências jurídicas ao direito indígena, Contudo, pode acarretar, e tem acarretado sistematicamente, contratempos, porque apesar da

²⁵ Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que trata do procedimento para demarcação de terras indígenas, que se divide em 10 fases:

1. inicialmente, um antropólogo de qualificação reconhecida, elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação;
2. Elaborado o estudo antropológico de identificação a FUNAI designa um grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e levantamento fundiário necessários à delimitação podendo solicitar a demarcação de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos;
3. Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada;
4. Recebendo o relatório circunstanciado, a FUNAI pode aprovar ou desaprovar se aprovar, publicará o resumo do relatório, do memorial descritivo e do mapa da área, no diário oficial da União e dos estados envolvidos, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel;
5. Publicado o resumo do relatório circunstanciado, com o memorial descritivo e mapa da área, abre-se prazo de noventa dias para manifestação dos Estados, Municípios e demais interessados;
6. Findo o prazo de manifestações, a FUNAI remeterá, em até sessenta dias ao Ministério da Justiça, para decisão;
7. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça pode aprovar, desaprovar, ou requerer diligências;
8. Aprovando, o Ministério da Justiça declara, mediante portaria, os limites da terra indígena e determina a demarcação física;
9. O procedimento é encaminhado ao presidente da república, que homologa a demarcação mediante Decreto;
10. Após a homologação, a FUNAI promove o registro em cartório imobiliário e 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.

demarcação ser mero ato declaratório, depois de demarcada uma terra é mais simples reivindicar a proteção dos órgãos responsáveis do Estado.

De acordo com Carlos Marés (2013), é de acrescentar que o órgão indigenista da União tem considerado seu dever apenas a proteção dos índios que estiverem em áreas demarcadas ou por demarcar. Os chamados não aldeados acabam sem reconhecimento ou proteção, o que evidentemente viola o dispositivo constitucional. Esse fato revela a importância do procedimento de demarcação e da permanente exigência dos povos indígenas para que a União promova.

Liberato e Gonçalves (2013) diz que a demarcação é necessária para a proteção física das terras indígenas. Por se tratar de Direito originário as terras indígenas não são mais possibilidade do Estado, o Estado não concede as terras para os índios, apenas legaliza o direito. É de extrema importância a consulta dos povos indígenas para a realização da demarcação, até porque é sabido que cada povo tem seu próprio conceito de território. Mas infelizmente sabe-se que os índios participam apenas como observadores, sem poder opinar. Esta consulta é tratada na Constituição no artigo 231 parágrafo 1º, é evidente que outras questões de cunho econômico são levadas em consideração, como as fronteiras agrícolas.

O processo de demarcação de terras, de acordo com Liberato e Gonçalves (2013) vem sofrendo modificações com os anos, mas em linhas gerais se segue o preceito do artigo 19 do Estatuto do Índio. Este dispõe que o órgão federal de assistência ao índio estabeleça a demarcação, que será obrigatoriamente homologada pelo presidente da República e registrada nos livros de Serviço de Proteção da União.

O assunto das terras indígenas necessita ser discutido com a devida importância, pois se os índios não a possuírem eles perdem seus vínculos históricos, pode acontecer de não se reconhecerem mais como parte integrante de determinado povo, desconhecendo sua própria etnia.

A finalidade Constitucional ao proteger uma terra de grande relevância cultural não é de propriedade, mas de posse indígena. Para ocupar a terra de forma tradicional, não há obrigatoriedade de demarcação, porém é indispensável sua permanência. Canotilho e Leite asseveram que os indígenas são apenas depositários de bens que se transferem através de gerações, caracterizando uma relação intertemporal. A qualidade dos índios com a terra é intertemporal, que garante sua inamovibilidade. (CANOTILHO E LEITE, 2008, p. 289).

Mattos Neto enfatiza que as terras indígenas fazem parte, assim, do território brasileiro. É uma parte do todo: o território nacional sobre cujo espaço deita a soberania brasileira. Nesse sentido, os índios mantêm vínculos jurídicos com a União, pois tem o apossamento constitucional de terra a ela pertencente. Mas os vínculos jurídicos com as unidades da Federação brasileira não se esgotam com a União. Certo é também que mantêm relação jurídica com o(s) Estado(s) e o(s) Município(s) em cujas terras estão localizadas, uma vez que saúde, educação, segurança pública e outros direitos públicos da coletividade merecem ser dispensados aos grupos indígenas, por aquelas entidades federadas. As terras indígenas, portanto, são apenas uma categoria jurídico-constitucional²⁶.

Em relação à exploração da mineração em terras indígenas, a legislação pátria nunca foi clara na explicação da separação de bens do solo e riquezas do sub solo. Avaliando a Constituição de 1988 fica nítido que não existe diferença entre mineração das terras indígenas e não indígenas, inclusive aos minérios existentes no subsolo.

Percebe-se que o Estatuto do Índio está em contradição com a legislação e com a doutrina pátria, uma vez que incumbe ao Código de Mineração, o poder de legislar sobre as riquezas dos solos das terras indígenas. Deste modo, estas terras estão no mesmo patamar que outras de direito comum público. Fica somente garantida indenizações e participações na renda, e desconsiderada a posse dos índios sobre a terra.

Marés preleciona que a Constituição de 1988 não considerou o que diz o estatuto do Índio nessa situação (SOUZA FILHO, 2013, pp. 109-110). Vejamos:

Sabidamente o constituinte da Carta Magna de 1988 não recepcionou tais dispositivos e admitiu exploração, mas esta é dependente à prévia autorização do Congresso Nacional e à ouvidoria das comunidades afetadas, mantendo a participação dos índios nos lucros e produtos. Não é mais possível aplicar o Estatuto do Índio e, portanto, é utilizado o Código de Mineração. Nota-se que a Constituição também não dispôs a respeito da propriedade do solo, não fez referências à União. Destarte se conclui que o que mais influi é a posse dos índios. Em relação à água, esta é um bem ambiental que tem como seu gestor a União, os Estados e a coletividade, no que versa sobre a condição jurídica dos povos indígenas este fato não muda. O que diverge é que os povos estão ligados a sua identidade étnica, ou seja, autonomia cultural. Esta autonomia deve seguir o direito de permanecer nas terras que tradicionalmente ocupam e o direito de livre acesso aos recursos naturais existentes nas respectivas terras de ocupação tradicional.

²⁶ Disponível em: <http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt8/gt08p10.pdf>, acessado em 15/12/2015.

As lutas pelas terras são corriqueiras para os índios, posto que, eles as vêm travando desde a colonização. É imperioso compreender que para os indígenas a terra compreende a cultura, a história, a tradição, a religião, a etnia, afinal, ela traduz o sentimento do índio como pertencente àquela coletividade. Assim sendo, a terra para eles não se confunde com os conceitos de propriedade no sentido civilista.

2.2 Prazo para a conclusão das demarcações das terras indígenas

O Poder Executivo, foi apontado pelo artigo 25 do Estatuto do Índio, para que concluísse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos após sua publicação, que aconteceu em 21 de dezembro de 1973. No entanto, o prazo não foi cumprido.

Nesse sentido Theo Marés (2013) informa que o artigo 67 do Ato das disposições transitórias da Constituição Federal renovou o prazo para a união concluir a demarcação das terras indígenas. Trata-se, todavia, de um prazo impróprio, em que seu descumprimento não gera qualquer sanção, mas que gera o direito subjetivo dos povos indígenas de buscar no poder judiciário o cumprimento da ordem Constitucional.

Carlos Marés (2006, p. 150) menciona uma das consequências do descumprimento do prazo estabelecido pela Constituição Federal. Vejamos:

Ao não ter havido o cumprimento do prazo das disposições transitórias, a União está em débito para com os povos indígenas e persiste, ainda com mais intensidade a obrigação de promover a demarcação que o caput do artigo 231 determina à União.

Outra consequência foi observada em uma Ação Civil Pública de número 1998.04.01.054349-4/RS, em decisão proferida pelo do Tribunal Regional Federal da Quarta região, interposta pelo Ministério Público Federal em face da FUNAI e da União Federal, visando a demarcação da Terra Indígena Serrinha, no município de Ronda Alta (RS), a FUNAI e a União Federal contestaram alegando que teriam discricionariedade para “eleger o momento oportuno” para realizar o procedimento demarcatório da Terra Indígena. (MARÉS, 2013, p.177). O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em seu acórdão, rechaçou a tese

da discricionariedade administrativa, uma vez que está esgotado o prazo fixado pelo Constituinte²⁷:

No que se refere à discricionariedade administrativa que estaria reservada à União e à FUNAI em fazer a demarcação, bem como eleger o momento oportuno, a discricionariedade não mais existe. Expirou o prazo dado pelo constituinte originário fixado no artigo 67 do ADCT. O prazo de cinco anos a partir de outubro de 1988 de há muito está escoado e apenas dentro do aludido prazo haveria discricionariedade, o que se poderia cogitar como discricionário até 1993, de lá para cá revela omissão administrativa que contraria expresso preceito constitucional. Não tendo a União e a FUNAI cumprido o que a Constituição estatui, submete-se ao controle judicial, vedado, então, para justificar a inação, alegar inconveniência, face à norma paramétrica do artigo 67 da ADCT.

Nota-se que a própria tramitação do processo de demarcação mostra-se um procedimento longo e exaustivo. De fato, os processos de demarcação em terras indígenas tendem a levar anos, por vezes, décadas, devido a sua própria complexidade, não somente aos estudos técnicos indispensáveis, como também aos obstáculos decorrentes dos múltiplos interesses que tangenciam a reivindicação ao longo do processo. A despeito da natureza declaratória, a ausência de homologação formal é argumento comum empregado por não índios para justificar a ocupação indevida de terras indígenas. Sem a demarcação, as terras indígenas, seus recursos naturais e, conseqüentemente, a comunidade, ficam à mercê de toda sorte de exploradores e invasores. Dessa forma, o passar do tempo, somado à omissão administrativa, agrava os efeitos da falta de demarcação, que é distorcida e serve também como empecilho para acesso a políticas públicas básicas voltadas para os povos indígenas, tais como saúde e educação.

2.3 Benfeitorias suscetíveis de indenização

Theo Marés (2013) informa que, como todos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas são nulos e extintos, não há possibilidade de haver um real proprietário em terra indígena. Assim, não há necessidade de desapropriação nem de indenização por lucros cessantes. Há, apenas, a obrigação de indenizar algumas

²⁷ BRASIL. Tribunal Federal da Quarta Região. Apelação Cível nº 1998.04.01.054349-4/RS. Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler, votação unânime, julgado em 16 maio 2007.

benfeitorias do imóvel, desde que a ocupação seja de boa-fé. Vejamos o que diz o autor sobre o que são benfeitorias (MARÉS, 2013 p. 178):

Benfeitorias são aditamentos a um determinado bem com a intenção de conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo. O Direito Civil divide as benfeitorias em voluptuárias, úteis e necessárias. Conforme reza o artigo 96 do Código Civil, voluptuárias são as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou seja de elevado valor; úteis são as que aumentam ou facilitam o uso do bem e necessárias são as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

A norma do Direito Civil, que não se aproveita às terras indígenas por sua peculiaridade, é de que a indenização pela retirada de possuidores, pelo legítimo proprietário, de um determinado imóvel seja de acordo com a lisura da posse, de acordo com o artigo 1.219 do Código Civil: "se o possuidor for de boa-fé, fará ele jus à indenização de suas benfeitorias úteis e necessárias e, conseguindo levantá-las sem o detrimento do bem, terá direito à retenção das benfeitorias voluptuárias". Diferentemente, conforme o artigo 1220 do mesmo código, "se o possuidor for de má-fé, serão ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias".

O artigo 231 §6º da Constituição Federal, como forma de coibir ao máximo a ocupação de terras indígenas, apenas confere a obrigação de indenização à ocupação de boa-fé. Portanto, não serão indenizados os possuidores de má-fé.

Deve-se notar, como advertem Tânia Mara Campos de Almeida e Luiz Edson Fachin, (1999, p.132), "que melhoramentos advindos sem a intervenção do titular da ocupação não são benfeitorias", destarte, cobertura arbórea natural e acessões naturais não são benfeitorias e, deste modo, são insuscetíveis de indenização.

A Constituição Federal e a legislação indigenista, preleciona que apenas o possuidor de boa-fé faz jus à indenização por suas benfeitorias, porém, é silente em dizer quais benfeitorias serão indenizadas. Para a solução dessa omissão legislativa, Marés (2013) informa que subsidiariamente, deve-se seguir a regra do direito privado, indenizando-se as benfeitorias úteis e necessárias e facultando ao ocupante a retenção das benfeitorias voluptuárias, caso sua retirada não deteriore o imóvel ou o meio ambiente.

2.4 Materialização dos direitos territoriais e resposta a novas demandas

Informa Ana Valéria de Araújo que, com respeito aos índios, as políticas públicas do Estado brasileiro ainda hoje são confusas. Em grande parte, isso é fruto da necessária convivência entre um texto constitucional avançado e algumas leis modernas, com um Estatuto do Índio arcaico, fundado em conceitos superados, que não obstante ditam as regras do dia a dia da aplicação dessas políticas, ou são resgatados sempre que interessa a alguém restringir a participação indígena ou o alcance do devido reconhecimento dos seus direitos. E complementa (ARAÚJO, 2013, p. 144):

A questão territorial, no entanto, ainda exige políticas consistentes que permitam consolidar na prática o que está formalmente reconhecido, criando-se formas sustentáveis para que os povos indígenas exerçam os seus direitos plenos e permanentes. Isso delinea uma vertente de atuação que demanda ações específicas do Estado, no sentido de proporcionar aos índios os mecanismos adequados à gestão territorial de suas terras, principalmente na Amazônia, onde a complexa mistura de grandes extensões, enormes riquezas naturais, inserção geopolítica delicada e a pressão constante de frentes predatórias abrigadas ou não por projetos de desenvolvimento governamentais torna o tema de natureza obrigatória. Por outro lado, a partir do final dos anos 90, surgem novas reivindicações por demarcações de terras nas regiões Centro-Oeste, Sul e Nordeste, e cresce o impacto em termos de potenciais conflitos sociais envolvendo os índios e os atuais ocupantes dessas regiões. Trata-se aqui da situação de povos indígenas que, em razão de processos históricos de opressão e discriminação, além de terem sido expulsos de suas terras tradicionais, viram-se obrigados a esconder a sua própria identidade enquanto índios, como condição mesma para a sua sobrevivência. Em função do advento da Constituição de 1988 e da consolidação do processo de redemocratização do país, vários desses povos puderam resgatar as suas histórias e reassumir as suas identidades, iniciando uma luta pelo reconhecimento da sua condição de povos indígenas com a consequente garantia de seus direitos territoriais.

O Estado atualmente, tem o desafio de lidar com o conjunto de reivindicações de reconhecimento das identidades indígenas e reiteradamente ao direito a terras tradicionais. Isso é extremamente complexo, dada a situação de ocupação e povoamento em diferentes regiões, e particularmente, na Amazônia, o cobertor fundiário ainda é um pouco mais longo. Nesses casos, os índios enfrentam grave preconceito, em consubstanciados tentativas de simplesmente desqualificar a sua pretensão, para que essa afinal não se traduza na garantia do território e de outros direitos. No entanto, essa situação ainda deficiente de uma solução específica, sustenta o aparecimento de conflitos fundiários em diferentes regiões do país. Atualmente, ao se proclamar uma reivindicação referente a uma determinada terra indígena, a prática é o imediato embate dos conflitos locais, expondo rapidamente, para os órgãos

governamentais incumbidos, o que precisa ser feito para garantir que a solução do problema seja alcançada de forma pacífica, avaliando a extensão das terras que podem ser reivindicadas e o número de famílias a serem possivelmente reassentadas.

3 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS: OS CASOS RAPOSA SERRA DO SOL E DA COMUNIDADE MAYAGNA AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Nesse capítulo descrever-se-á, primeiramente o Caso da Raposa Serra do Sol, subdividindo-o na descrição dos povos que formam as etnias indígenas da Raposa Serra do Sol, sua localização territorial, expondo o conflito ocorrido nas terras por eles ocupadas na cronologia do processo demarcatório, e por fim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, posteriormente será apresentada a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Mayagna Vs. estado da Nicarágua, sobre a demarcação das terras indígenas ancestrais, com a finalidade de apresentar os argumentos da decisão judicial dos casos como um material profícuo para discussões situadas sobre direitos territoriais indígenas.

Será estudado o caso Raposa Serra do Sol, e o caso Mayagna Awas Tingni que se deu em torno do conceito de terra indígena e as características de sua posse, além da definição do seu marco temporal, definido como sendo aquele correspondente à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo tal definição a consequência direta da substituição operada pela Corte Suprema da teoria do Indigenato pela teoria do Fato Indígena, e sua demarcação realizada pelo Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos e homologada pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva por decreto exarado no dia 15 de abril de 2005.

A definição política do embate central do caso se deu, no entanto, no dia 10 de dezembro de 2008, onde 8 (oito) dos 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal confirmaram a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena em área contínua, concluindo-se mais uma etapa crucial do capítulo judiciário em andamento na Suprema Corte do país.

Do referido julgamento, pôde-se extrair, por parte do STF, uma busca de legitimação do feito de procedimento ao declarar sua atuação nos limites de uma representação argumentativa, posto que as principais controvérsias suscitadas a respeito da moldura da sua decisão final giraram em torno das chamadas condições ou restrições impostas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ao modelo estabelecido pela União, de demarcação contínua das terras indígenas do Estado de Roraima, que foram incorporadas pelo relator, Ministro Carlos Ayres Britto, ao seu próprio voto.

Neste contexto, tais condicionantes impostas à demarcação foram estabelecidas em um voto vista do Ministro Menezes Direito, que após debate em plenário, por decisão da maioria dos membros da Corte, foram incorporadas ao acórdão. Esse posicionamento foi contrário ao do Ministro Marco Aurélio, o qual almejava que as questões debatidas por essas condições fossem submetidas a uma deliberação mais aprofundada, da qual participassem os representantes das partes envolvidas no julgamento da causa, cujos interesses seriam atingidos pela efetivação dessas restrições.

Durante o processo de justificação das mesmas foram realizadas várias ponderações, as quais levaram em conta os reais limites de compatibilidade entre os valores constitucionais supostamente contrários, como por exemplo, a proteção aos índios e ao meio-ambiente, o desenvolvimento e a livre-iniciativa, bem como a preservação do Território Nacional. Ergueu-se, assim, argumentos contendo maior ênfase na produção ou não de determinados resultados do que propriamente na austeridade técnico-dogmático relativo à matéria sobre a qual se decidiu.

Nota-se que a decisão do caso Raposa Serra do Sol foi um julgado paradigmático que muito dignifica a função construtiva constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, posto que estabeleceu-se padrões de orientação para os casos futuros, havendo uma clara extrapolação do objeto da demanda, visto que o questionamento versava sobre a constitucionalidade da demarcação contínua da reserva e não sua eventual extensão futura; não se restringindo, a condicionante, em decidir a controvérsia em questão.

A decisão construiu, portanto, um verdadeiro marco teórico, isto é, um estatuto apto a orientar todos os outros questionamentos envolvendo demarcação de terras indígenas.

O Supremo Tribunal Federal no ano de 2006 manteve, por unanimidade, decreto sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Também foi Publicada Portaria nº 449 que cria a Comissão de Pagamento para realizar o procedimento indenizatório pelas benfeitorias derivadas de boa fé da ocupação de não-índios na terra indígena, fixando prazo de 30 dias para realização dos trabalhos e entrega do relatório de pagamentos.

Em junho de 2007, o STF determinou a desocupação da reserva indígena Raposa Serra do Sol por parte dos não-índios. Em setembro, chefes indígenas da reserva Raposa Serra do Sol e representantes do Governo Federal assinaram carta-compromisso para evitar conflitos na região. No documento, os representantes indígenas das cinco etnias que vivem na

reserva afirmaram que não querem mais se envolver nos conflitos pela retirada dos não-índios que ainda permanecem no local.

No final do ano, os rizicultores pediram ao Ministério da Justiça que esperasse a colheita da safra do arroz para deixarem a terra indígena. No entanto, após a safra, eles não se retiraram. Foram negadas duas liminares que pediam a suspensão da portaria que demarca terra indígena.

No mês de março de 2008, o procurador-geral da República, Antônio Fernando Souza, encaminhou recomendação ao presidente e ao ministro da Justiça para que promovesse a imediata retirada dos ocupantes não-indígenas da área homologada. A recomendação foi enviada a pedido do Ministério Público Federal em Roraima. Em abril, o Supremo Tribunal Federal suspendeu qualquer operação para retirada dos não-índios da reserva indígena Raposa Serra do Sol, impedindo que a Polícia Federal desse continuidade à Operação Upatkon III. A decisão foi unânime e vale até que a Corte julgue o mérito das ações principais que versem sobre a demarcação da reserva indígena.

Em outubro de 2013 o STF por 7 (sete) votos a 2 (dois), decidiu manter as 19 (dezenove) condicionantes estabelecidas pelo próprio tribunal em 2009, na demarcação contínua da reserva. A área vinha sendo alvo de conflitos entre índios e produtores rurais.

No novo julgamento, os magistrados também decidiram que as condicionantes não terão caráter vinculante, ou seja, elas não devem ser automaticamente aplicadas em outros processos judiciais envolvendo terras indígenas.

No caso da comunidade Mayagna a CIDH, apresenta um novo modo de se observar o direito à propriedade, que é a propriedade comunitária das comunidades indígenas. Apesar de ser comunitária, não difere do direito à propriedade privada, pois ambos se fundamentam na mesma tese de que todos têm o direito de usufruir seus bens sem limitações. Mas, apesar deste entendimento encontrar-se solidificado nas jurisprudências da Corte, ainda existem lacunas na própria Convenção, impedindo que tal direito seja realmente consolidado.

3.1 O caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, plantadores de arroz que haviam se instalado indevidamente na terra indígena procuraram revestir o seu interesse particular com o manto

do interesse nacional, ao mesmo tempo em que veiculavam a idéia de que o direito dos índios se constituía em obstáculo ao desenvolvimento do país. O debate, que teve ampla repercussão, gerou uma intensa discussão sobre o alcance dos direitos indígenas em face do interesse nacional. Ao final, o Supremo reconheceu o direito dos índios sobre a TIRSS, afastando a pretensão dos arroteiros de nela permanecerem. Paralelamente, porém, definiu uma série de condições que poderão nortear outras demarcações de terras indígenas no país de agora em diante, principalmente no que diz respeito à definição do interesse nacional.

O julgamento da Raposa Serra do Sol foi extremamente importante porque colocou fim a uma disputa de anos e reconheceu aos índios a prevalência dos seus direitos sobre interesses individuais e privados.

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol - designada à posse permanente de grupos indígenas - está localizada no nordeste do estado brasileiro de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang, junto à fronteira do Brasil com a Venezuela e a Guiana.

Figura 01- Localização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol²⁸



²⁸ Disponível em: <http://geografianovest.blogspot.com.br/search?q=raposa+serra+do+sol>. Acessado em 26/11/15.

Trata-se de uma das mais extensas terras indígenas do país, possuindo uma área de 1,74 (1 milhão e 74 mil) milhões de hectares, onde vivem aproximadamente 19 (dezenove) mil indígenas, em 194 (cento e noventa e quatro) comunidades, ocupando áreas de campos e de serras, composta por uma vegetação de cerrado, denominada regionalmente de “lavrado”, o que determina o formato de uso da terra pelas comunidades indígenas, bem como reflete sobre a distribuição geográfica e a estrutura social desses grupos.

Existe uma grande variedade de etnias indígenas na Raposa Serra do Sol quais sejam: Taurepang, Macuxi, Wapixana, Ingarikó e Patamona, sendo que cada uma possui singularidade na sua organização, tradições e crenças. Desta maneira, as diversidades entre cada etnia podem demonstrar-se tênues, na medida em que são constituídos parentescos a partir de indivíduos com procedências diversas, havendo inclusive aldeias e agrupamentos de população miscigenada composta pelas etnias acima mencionadas.

3.1.1 O processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

O processo de demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi iniciado em 1977 e somente concluído em 2005. Como se verá adiante, na cronologia da demarcação da referida terra, esse processo é considerado um dos mais conflituosos no Brasil, tendo persistido ao longo de vários governos e envolvido órgãos públicos vinculados a distintas instâncias governamentais.

O largo tempo de discussão da matéria manifesta a abrangência e a complexidade dessa disputa. Os conflitos havidos na região e o próprio processo de demarcação geraram uma série de ações judiciais decorrentes da intensa divisão de posições. De um lado, aqueles que se mostravam contrários à demarcação. De outro, os que argumentavam a favor da homologação da reserva nos moldes da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005.

A resistência por parte dos grupos opositoristas à demarcação, ao se recusarem a cumprir ordens judiciais de desocupação da reserva, buscando constantemente decisões judiciais que mantivessem suas posses sobre a área, constituiu grave ameaça à determinante homologação da reserva e, por conseguinte, o desrespeito à concretização do direito constitucional dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam.

Além das divergências em volta das fases do processo administrativo de demarcação da terra indígena, houve, ainda, uma discussão mais profunda que revelou a desarmonia entre valores, princípios e objetivos que rodeiam a atual sociedade brasileira, notadamente em torno do debate que assenta a possibilidade de um equilíbrio entre o respeito à diversidade e a prática de políticas que objetivam o desenvolvimento econômico do país.

Em um cenário de discórdia acirrada, iniciou-se um extenso processo para o reconhecimento da posse originária e a demarcação oficial dessa área para o uso exclusivo dos indígenas.

3.1.2 Cronologia do processo de reconhecimento oficial da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

Segundo compreende-se do histórico sobre a presença dos povos indígenas em Roraima, a proteção das terras indígenas, estabelecidas dentro das fronteiras do referido Estado-membro, encarou diversos desafios. Esses desafios históricos confirmam-se no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, igualmente afetada por outros impasses resultantes do próprio arcabouço jurídico-institucional vigente no país.

No âmbito desse cenário de conflito de competências para legislar sobre terras, o Estado do Amazonas editou, em 1917, a Lei Estadual nº 941 reservando área para os índios Macuxi e Jaricuna, em uma tentativa evidente de garantir a soberania brasileira sobre aquela região. Em 1919, Serviço de Proteção ao Índio (SPI), deu início, a demarcação física da área, que estava sendo invadida por fazendeiros. No entanto, essa demarcação não aconteceu pois foi posteriormente revogada por decisão do Governo do Estado amazonense.

Em 1977 houve a constituição do primeiro grupo de trabalho ministerial, por meio da Portaria n. GM/111 do Ministro do Interior, para realizar a demarcação da terra indígena. Desse grupo de trabalho resultou relatório preliminar indicando uma área de 1,33 milhão hectares para o território da Raposa Serra do Sol.

Outros grupos de trabalho foram instituídos em 1979 e 1984, em decorrência da edição da Portaria n. 509/E e da Portaria n. 1.645/E, ambas da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), tendo sido a última delas prorrogada pelas Portarias n. 1661/E e n. 1777/R.

Ainda que não tenham sido conclusivos, os trabalhos realizados pelos grupos constituídos resultaram em propostas de desmembramento de partes do território e colocaram em questão a forma como deveria ser demarcada a área.

A partir de 1991, visando resolver divergências relativas tanto à área total a ser demarcada quanto à forma da demarcação, a FUNAI determinou a elaboração de novos estudos relativos à área hoje pertencente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tais estudos culminaram no Parecer n. 036/DID/DAF, datado de 12 de abril 1993, pelo qual, conclusivamente, opinou-se favoravelmente à demarcação contínua de 1,678 milhão de hectares.

Em janeiro de 1996, o presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, assinou o Decreto nr. 1.775, pelo qual introduziu o princípio do contraditório no processo de reconhecimento de terras indígenas, isto é, permitindo a contestação do processo por parte dos atingidos.

Com base nessa diploma, no mesmo ano de 1996, foram apresentadas 46 contestações administrativas contra a Raposa Serra do Sol. Os contestantes eram tanto ocupantes não-índios como o próprio Governo de Roraima. Embora o então Ministro da Justiça Nelson Jobim tenha assinado o Despacho nr. 80, pelo qual rejeitou os pedidos de contestação, ele também propôs a redução de cerca de 300 (trezentos) mil hectares da área.

Em 1998, o Ministro da Justiça Renan Calheiros assinou o Despacho 050/98, que revogou o Despacho 080/96, e a Portaria 820/98, declarando a posse permanente aos povos indígenas da Raposa Serra do Sol.

No ano seguinte, o Governo de Roraima impetrou o Mandado de Segurança 5210/99, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo qual pedia a anulação da Portaria 820/98, tendo obtido liminar parcial. No entanto, em 2002, ao julgar o mérito do citado writ, a Corte não reconheceu o direito do estado roraimense e manteve a portaria em tela.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal recebeu a ação de autoria da FUNAI que contestava a criação dos municípios de Uiramutã e de Pacaraima sob a alegação de que ambos foram instituídos dentro de reservas indígenas demarcadas pela União.

Já durante a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva, através do Decreto 534/2005, o Governo Federal homologou a demarcação da terra indígena e declarou que “o Parque Nacional do Monte Roraima é bem público da União submetido a regime jurídico de dupla afetação, destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios”.

O decreto assegurou também a ação das Forças Armadas para a defesa do território e da soberania nacional, bem como da Polícia Federal, para garantir a segurança e a ordem pública e proteger os direitos constitucionais dos índios na Terra Indígena.

O Supremo Tribunal Federal extinguiu todas as ações que contestavam a demarcação das terras da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

O presidente da FUNAI publica a Portaria nº 671, em 13 de maio de 2005, pela qual cria uma Comissão Técnica para dar continuidade ao procedimento indenizatório pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé instaladas por ocupantes não-índios nas terras indígenas.

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, manteve por unanimidade a vigência do decreto sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

Também foi publicada a Portaria nº 449²⁹, criando a Comissão de Pagamento para realizar o procedimento indenizatório pelas benfeitorias derivadas de boa fé da ocupação de não-índios na terra indígena, fixando prazo de 30 dias para realização dos trabalhos e entrega do relatório de pagamentos.

Em junho de 2007, o STF determinou a desocupação da reserva indígena Raposa Serra do Sol por parte dos não-índios. Em setembro, chefes indígenas da reserva Raposa Serra do Sol e representantes do Governo Federal assinaram uma carta-compromisso para evitar conflitos na região. No documento, os representantes indígenas das cinco etnias que vivem na reserva afirmaram que não querem mais se envolver nos conflitos pela retirada dos não-índios que ainda permanecem no local.

No final do mesmo ano, os rizicultores pediram ao Ministério da Justiça que esperasse a colheita da safra do arroz para deixarem a terra indígena. No entanto, após a safra, eles não se retiraram. Ainda foram negadas duas liminares que pediam a suspensão da portaria que demarcava a terra indígena.

No mês de março de 2008, a pedido do Ministério Público Federal em Roraima, o procurador-geral da República, Antônio Fernando Souza, encaminhou Recomendação ao Presidente da República e ao Ministro da Justiça para que promovesse a imediata retirada dos ocupantes não-indígenas da área homologada.

²⁹ Portaria expedida pela FUNAI

3.2 Da decisão do Supremo Tribunal Federal

Originariamente, a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal da Terra Indígena Raposa Serra do Sol incidiu a respeito da idoneidade e adequação do processo demarcatório da mesma. Os impugnantes, dentre eles o Estado de Roraima, reivindicavam o modelo de demarcação em ilhas como sendo o mais indicado segundo pressupostos normativos legais e constitucionais.

Acontece que, quando o Supremo Tribunal Federal se referia ao tema da posse e de terras indígenas, sua discussão constituía como sendo um local privilegiado, tanto para as categorias antropológicas de cunho histórico arqueológico e étnico-culturais, quanto às razões de Estado, tais como defesa nacional, soberania e integridade do território, as quais têm como uma de suas peculiaridades fundamentais o apelo a formas de existência e coexistência rigidamente tuteladas, com vistas ao interesse maior de preservação do Estado.

O caso da Raposa Serra do Sol foi um longo e conflituoso embate judicial sobre demarcação de terras indígenas, que encerrou como sendo um julgamento histórico, marcado por uma decisão que abriu precedente a futuros julgados.

Isso porque, por maioria de votos, os Ministros, acompanharam o Relator, julgando procedente, parcialmente, a ação popular ajuizada, mantendo-se a demarcação das terras, nos termos da Portaria 534/05, bem como impondo restrições ao usufruto dos direitos indígenas. Assim, a área em questão foi desocupada, com a retirada de não índios das terras.

Dentre outros aspectos, ficou decidido que em todas as terras indígenas recai, exclusivamente, o direito nacional, além de que todas as terras indígenas são patrimônio da União, embora não impeça que as terras indígenas se situem nos Estados e Municípios e vice-versa. Outrossim, expôs que as comunidades indígenas não tem autodeterminação política. Afirmando, também, que é uma era compensatória de direitos à minoria, historicamente, prejudicada, através de ações afirmativas, visando a “integração comunitária” do povo brasileiro.

Impõe-se, ainda, a data de 05 de janeiro de 1988 como o marco temporal da ocupação para fins de demarcação.

Por outro lado, enaltece que a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, rios, lagos, existentes nas terras indígenas não impedem a eventual presença de não índios, a abertura de estradas, instalações públicas, desde que submetidas a controle da União. E, bem como que os índios não podem se opor ao Poder Público em suas terras.

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio entendeu pela procedência total da ação, destacando os seguintes pontos: que existe na Constituição Federal princípio de integração e unidade política nacional, expondo que esta sempre ocorreu e seria um retrocesso o isolamento; posicionamento contrário à Declaração Universal dos Direitos Indígenas, que garante a autodeterminação dos povos; que a soberania nacional prevalece frente aos direitos indígenas; que nos Estados Unidos existe a garantia do direito de sistema jurídico próprio nas tribos; que a demarcação deveria ocorrer considerando aspectos econômicos e a importância dos fazendeiros no Estado, e não considerando apenas o argumento romântico das dívidas históricas com os índios; que posse dos índios preservada é a existente em 05 de outubro de 1988 que deve ocorrer a demarcação em ilhas.

Assim, posteriormente, estabeleceu-se um diálogo institucional com segmentos do Estado brasileiro e a interferência nos direitos fundamentais das sociedades indígenas, destacando-se, as aludidas condições trazidas no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, utilizada como um instrumento decisivo no Caso Raposa Serra do Sol, o qual se mostra no capítulo seguinte.

3.2.1 O voto do ministro Carlos Alberto Menezes de Direito

A Constituição de 1988 consagra os artigos 231 e 232 aos índios, por isso o guardião da Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal, tem sido chamado a dirimir e definir grandes questões envolvendo os índios, como a que enfrentou no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, Petição 3368-4/RR, tendo proferido sua decisão sob a ótica do elevado interesse nacional.

Antes desse julgamento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgado de 29.02.2000, na Apelação Cível nº 1999.01.00.023028-6/TO, enfrentou uma questão que envolvia manutenção de posse em área indígena, ocupação de boa-fé e indenização de benfeitorias, tendo decidido que as terras indígenas são originariamente reservadas e não se sujeitam a qualquer tipo de aquisição, sejam decorrentes de ato negocial ou de usucapião. Em relação às benfeitorias, o TRF entendeu que, conquanto indenizáveis as benfeitorias decorrentes de ocupação de boa-fé, no caso, o autor não logrou provar a existência delas. O mesmo julgado firmou que considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANUTENÇÃO DE POSSE. ÁREA INDÍGENA (FUNIL). INEXISTÊNCIA DE DIREITO. OCUPAÇÃO DE BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO. BENFEITORIAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As terras indígenas são originariamente reservadas e não se sujeitam a qualquer tipo de aquisição, sejam decorrentes de ato negocial ou de usucapião (Alvará de 1º. 04.1680, Lei de 1850, Decreto de 1854, art. 24, § 1º, Constituições Federais de 1891, 1934, 1946, 1967, 1969 e de 1988).

2. Conquanto indenizáveis as benfeitorias decorrentes de ocupação de boa-fé, as provas documentais e depoimentos dos autos revelam-se insuficientes para tal finalidade. (TRF-1ª Região – 4ª Turma - Apelação Cível nº 1999.01.00.023028-6/TO – Rel. Juiz Mário César Ribeiro – Julg. de 29.02.2000).

Para o desfecho da discussão sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito teve importância crucial.

Para a particular questão que qualifica a área da Raposa Serra do Sol como área indígena, o magistrado apontou a necessidade de definição de três figuras jurídicas, a saber: terra indígena, faixa de fronteira e unidade de conservação. Para ele, apenas por meio da inteligência desses três conceitos seria possível compreender a extensão dos direitos e prerrogativas postos em conflito.

O ministro Carlos Alberto Direito consignou no Processo de nº 3.388-4 o fundamento da área indígenas, chamando a atenção para o fato de que:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica de 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 a terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

Ressaltou ainda, que de nada adianta reconhecer aos índios os direitos sem assegurar-lhes as terras, devendo estas ser identificadas e demarcadas. Afirmou, também, que a terminação “terra indígena” que qualifica a área de Raposa Serra do Sol deve-se ao Estatuto do Índio, que é a Lei nº 6.001, de 19.12.73, no qual vem definidas e classificadas as terras dos índios, com a definição: “reputam-se terras indígenas (...) sendo a abertura do art. 17 da referida lei.

Art. 17 Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV e 198 da Constituição;

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título; e

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

O Ministro, neste ponto, fez uma breve comparação entre a letra do Estatuto e a definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, contidas nos §§ 1º e 2º do art. 231 da CF, nos seguintes termos:

Ainda que a Constituição não tenha se utilizado do termo na sua exatidão, o tratamento detalhado que dedicou à questão dos índios e de suas terras suplanta o modelo do Estatuto e faz dela a sede por excelência do estatuto jurídico das terras indígenas, praticamente dispensando outros regramentos.

Em tal assertiva, Menezes de Direito apontou que não há dúvida de que a alusão feita no *caput* do art. 231 a terras que os índios tradicionalmente ocupam é a definição primária de terras indígenas. Diz o Ministro que seus principais elementos são constituídos pelo advérbio “tradicionalmente” e pelo verbo “ocupam”, cujos significados devem orientar a identificação espacial das terras indígenas”.

O ponto para o reconhecimento da ocupação indígena é a data da promulgação da Constituição de 1988, portanto, terras indígenas são as ocupadas pelos índios a partir da promulgação da Magna Carta.

Lembrou o magistrado que as terras em evidência são as ocupadas tradicionalmente pelos indígenas, e, que o advérbio tradicionalmente não precisa ser entendido como indicativo a uma ocupação desde tempos imemoriáveis.

Menezes Direito conclui, nesse ponto, seu voto, afirmando que:

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

Destarte, Carlos Alberto Direito sugere que se adote como critério constitucional a “teoria do fato indígena”, e não a “teoria do indigenato” registrando que *“a aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.”*

Observa o ministro que a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Vejamos:

Se a teoria do fato indígena dispensa considerações sobre a idade da ocupação, exige, repito, a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos nos processos de regularização (...).” E, prossegue, “se o problema das terras indígenas há de ser resolvido com base no fato indígena, como aqui se propõe, os procedimentos de identificação e demarcação devem servir pra demonstrá-lo, tal fato está sujeito a observação, o que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. A mim parece que esses instrumentos e métodos podem ser definidos pela antropologia. No entanto, essa ciência não pode se basear apenas em opiniões, conjecturas e, especialmente generalização. Mas é de ser considerada também a participação de outros especialistas (...). Como já ressaltado, o procedimento destinado à apuração no fato indígena, isto é, a presença indígena em 5.10.1988, com sua respectiva extensão, estão determinadas com base nas suas referidas expressões.

Vê-se, portanto, que o voto do Ministro Menezes de Direito é considerado uma de suas maiores contribuições: para a aplicação da Teoria do Fato Indígena como substituta à Teoria do Indigenato, no que se refere à verificação da posse indígena e a delimitação do seu marco temporal. Por meio dessa substituição, aspirou obter uma forma menos precária de definição de posse indígena, com intuito de repercutir diretamente no tema do marco temporal.

Menezes de Direito, fazendo menção ao futuro, entendeu que o Conselho de Defesa Nacional deve ser ouvido nos procedimentos de demarcação de terras indígenas localizadas em faixas de fronteiras, fazendo referência ao art. 91, parágrafo 1º, III, da Constituição Federal. Afirmou ainda, que, as terras indígenas fixadas em faixas de fronteiras podem ser objeto de instalações de bases militares, a critério das autoridades competentes, sem necessidade de consulta à FUNAI, como também às comunidades indígenas envolvidas.

Logo, por esse entendimento, ele impõe limites ao usufruto dos índios sobre as terras, quando houver interesses estratégicos atrelados à defesa nacional.

Para o ministro Carlos Alberto é importante que a União tenha o total controle das terras da reserva, pois “o usufruto do índio sobre a terra indígena estará sujeito sempre a restrições toda vez que o interesse público e de defesa nacional estejam em jogo”.

Ao tratar da questão ambiental da área em questão, o ministro, em seu voto, advertiu que a terra indígena Raposa Serra do Sol encontra-se em parte na área reservada a uma

unidade de conservação e, no seu todo, na faixa de fronteira, esclarecendo, assim, que as unidades de conservação foram organizadas pela Lei 9.985/00 e as áreas protegidas, que têm a mesma acepção, foram adotadas pela Convenção sobre Diversidade Biológica, um documento internacional firmado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92).

Menezes Direito expôs que a unidade de conservação do Monte Roraima abrange a categoria de Parque Nacional, consoante o Decreto 97.887/98³⁰. Portanto, a área tem o escopo básico de preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica. Como Parque Nacional, a unidade pode receber tanto pesquisas científicas como atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação e contato com a natureza e de turismo ecológico, consoante se depreende do artigo 9º da Lei 9.985/2000. O parque é limitado ao trânsito, ingresso e permanência, bem como à pesca, caça e extrativismo vegetal, nas condições, temporadas e períodos estipulados pela administração da unidade de conservação, que ficou sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

Ainda, a respeito da proteção do meio ambiente e da faixa de fronteira, observa o ilustre Ministro que ela também é matéria que decorre do texto constitucional, sendo expresso em que:

Haverá, nesses casos, mais uma afetação específica da área em discussão, a gerar uma superposição de afetações. Essa dupla (terra indígena + unidade de conservação) ou tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira) deve, portanto, ser resolvida não pela sucumbência frente aos direitos indígenas, mas por uma conciliação das prerrogativas aparentemente em conflito.

De acordo com Direito, a relevância constitucional, ética e social da proteção dos direitos tradicionais dos índios não pode ser negada, e todos os agentes do Estado devem zelar pela sua salvaguarda. Contudo, fez ressalvas ao ressaltar que, 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.

³⁰ Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100595>, acessado em 14/07/15.

Menezes censurou o fechamento de estradas e cobrança de pedágio nas passagens, prática esta recorrente nas áreas de tribos indígenas, dizendo que não se pode conceber essas tentativas de apropriação e exploração dos bens e interesses estratégicos. O usufruto das terras não alcança esse tipo de dominação. "O importante é a efetiva conciliação dos dois interesses".

Ademais, lembrou o princípio da unidade da **Constituição**, que é invocado para resolver antinomia entre situações como a do direito dos índios, o valor do meio ambiente e a importância estratégica da faixa de fronteiras, enfatizando que "o que não deve ser admitido é a continuidade de confrontos entre órgãos federais pela administração direta, ou não, de grandes áreas do território nacional".

Ao vir a questão sob o prisma de um estadista, o Ministro sintetizou que

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas 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 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. Tal Estatuto 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.

Foi com apoio em tais disposições da **Constituição**, conjugado com sólida doutrina jurídica, bem como com o suprimento de estudiosos, como o *amicus curiae* designados cientistas sociais e antropólogos, amparado, ainda, no princípio da unidade constitucional, que, o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito pronunciou seu voto, que acabou sendo o condutor na solução do litígio.

3.2.2 Condições impostas por Menezes Direito para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

Existem 19 (dezenove) condições impostas constitucionalmente ao usufruto dos índios sobre suas terras, a merecerem, cada qual, apreciações especiais, a saber³¹:

1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

³¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>, acessado em 09/10/15

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;

10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;

11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;

15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

Contudo, ao mesmo tempo, as condições estabelecidas pelo Ministro Menezes Direito em seu voto foram consideradas, em algumas questões, controvertidas, pois contrariam, além da própria Constituição, Acordos e Convenções Internacionais, dos quais o Brasil é signatário³².

3.2.3 O voto do Ministro Marco Aurélio Mello

Em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio de Mello - único voto discordante no mérito - ressaltou a importância do princípio da eficácia integradora dentro dos métodos e instrumentos de hermenêutica constitucional, enfatizando, por conseguinte, a necessidade de efetuar-se uma interpretação global com vistas a esse caso concreto, procedendo-se ao cotejamento de maneira integral os dispositivos referentes aos direitos indígenas com os demais princípios e normas constitucionais.

Neste entendimento, o Ministro, atentou para o perigo da perda de soberania nacional ao haver um movimento de fomento à declaração de autodeterminação dos povos indígenas

³² Em memorial do Ministério Público Federal 532, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República, questiona estes pontos, suscitados nas condições I, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e XVII, onde se tem na condição I, a primazia dos interesses da União na exploração dos recursos naturais existentes nas terras indígenas sobre os direitos indígenas, além de violar o artigo 152 da Convenção 169 da OIT, que estabelece: em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos 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 receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Além disso, nas condições V e VI, os direitos dos índios ficam condicionados à política de defesa nacional, como também excluem a oitiva dos povos indígenas quando da tomada de decisões em assuntos que lhes dizem respeito, ferindo novamente a Convenção 169 da OIT, agora em seu artigo 6º: 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes. c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

ou uma proteção destas comunidades que extrapole a obrigação do Estado brasileiro, manifestando preocupação em relação à Declaração Universal dos Direitos dos Indígenas. Tal situação, disse o Ministro, seria completamente incompatível com a Constituição Federal, uma vez que esta garante somente a posse e usufruto das terras aos indígenas.

O Ministro Marco Aurélio esclareceu que, no seu entendimento, a fundamentação utilizada para a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é a visão romântica relacionada ao fato de ainda haver índios em seu estado mais puro, cujas práticas seriam incompatíveis com a dos brancos, mas a realidade moderna mostra que há integração dos povos indígenas com povos não indígenas. Desta forma, não pode essa distorção da realidade ser capaz de impedir a livre circulação de pessoas, todos brasileiros, sejam índios ou não, dentro do território nacional.

Sendo, neste sentido, a concepção tradicional de posse indígena, centrada no caráter antropológico acaba sendo logicamente mitigada.

3.2.4 Sustentação oral: Joênia Batista de Carvalho

Em 27 de agosto de 2008, Joênia Batista de Carvalho, do povo Wapixana e primeira índia a se tornar advogada no Brasil, subiu à tribuna para fazer sustentação oral em defesa da demarcação da TIRSS nos moldes que determinou a Portaria 534/2005. Seu pronunciamento foi marcado pela emoção de quem defende algo em causa própria: em nome das comunidades indígenas do Barro, Maturuca, Jacarezinho e Tamanduá, Joênia declarou a esperança de que o julgamento do caso da TIRSS ponha um ponto final na violência que os povos indígenas vêm sofrendo ao longo de anos. Segundo ela, em três décadas – desde que o processo de regularização fundiária se iniciou – foram assassinadas 21 (vinte e uma) lideranças indígenas, além de muitas casas incendiadas e ameaças, registradas na Polícia Federal.

Joênia clamou pela aplicação do que foi, há 20 (vinte) anos, garantido pela Constituição brasileira, lembrando que as terras tradicionais indígenas vão além da casa dos índios, englobando os locais onde se pesca, se caça e se caminha e também locais considerados sagrados e destinados à religiosidade e a outras manifestações culturais.

Visando rebater o argumento de que a presença dos arrozeiros é essencial para o desenvolvimento da região, a advogada lembrou que os povos da TIRSS têm, sim, atividades econômicas, que, no entanto, não são contabilizadas pelo Estado de Roraima. São mais de 14 (quatorze) milhões de reais em circulação por ano, com a maior criação de gado do Estado. E

no que diz respeito ao desenvolvimento humano e educacional, a região abriga mais de 300 escolas indígenas, com 485 professores e mais de 5600 alunos.

Além disso, Joênia alertou para os graves prejuízos ambientais provocados pela exploração irracional de produtores não-índios, mencionando a multa aplicada pelo IBAMA em maio 2008 por impactos ambientais causados por arroteiros 107 e questionando por que teriam de ser os índios sacrificados, punidos, tendo sua terra retalhada.

A advogada lamentou a alegação de ameaça à soberania nacional, lembrando que foram as gerações passadas de índios que carregaram os marcos para definir o território brasileiro, recebendo o reconhecimento de Marechal Rondon, que lhes chamava “brasileiros natos, brasileiros originários”.

Segundo ela, tais tipos de argumentos servem, na realidade, para camuflar interesses de particulares em explorar a região, já que os índios não têm o intuito de declarar independência, o que tampouco é incentivado ou viabilizado pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas assinada pelo Brasil e por mais 143 (cento e quarenta e três) países.

Joênia expôs aos Ministros o questionamento dos índios da região: por que estão sendo julgados? O que fizeram para que sua terra corra o risco de ser retalhada? E encerrou citando o Ministro Victor Nunes Leal, que, em voto proferido por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 44.585, ressaltou a particularidade da posse ora discutida, diferenciando-a da posse em seu sentido civilista, por se tratar do habitat de um povo, cuja redução se deve impedir. A sustentação da primeira advogada-índia no Brasil representou um marco na história dos povos indígenas e da justiça brasileira, digno de ser lembrado como parte importante desse processo de luta pela concretização dos direitos enunciados em 1988.

3.2.5 O voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto

O voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, proferido em 27 de agosto de 2008, após sustentações orais em Plenário, é profícuo para compreensão do que está em jogo no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Após apresentar o relatório do processo, em que sintetiza os argumentos das partes envolvidas e faz menção às fases já superadas, o relator discorre sobre temas de importância capital para a questão indígena no Brasil: o papel das comunidades indígenas no seio da sociedade brasileira; a competência constitucional atribuída

à União no tocante à proteção dos interesses indígenas; o status jurídico das terras indígenas e suas implicações práticas; a coincidência de terras indígenas com áreas de fronteiras e os reflexos sobre a soberania nacional; as regras constitucionais de demarcação das terras indígenas; o modelo de demarcação que deve ser adotado.

O entendimento do Ministro sobre tais temas deriva essencialmente da interpretação dos dispositivos da Constituição Federal que dizem respeito diretamente aos povos indígenas.

4.3 Violência ordenada contra os povos indígenas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol

De acordo com a antropóloga Lucia Helena Rangel, professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, o CIMI³³ traz a público o Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – 2008, que compreende registros de violências contra a pessoa, contra o patrimônio indígena, por omissão do poder público e registros a respeito dos povos isolados e em situação de risco. São registros parciais, cujas fontes principais são a imprensa, local e nacional, além das informações registradas pelas equipes do CIMI que trabalham em todas as regiões do Brasil. Os dados apresentados, não esgotam o cenário e os casos de violência praticados contra os povos indígenas e não dão conta de esgotar todas as violações de direitos que afetam essa população.

Cumprido ressaltar, que os dados de 2008 do CIMI, é apresentado neste trabalho com o intuito de ser observado como se encontrava a questão da violência na Terra Indígena Raposa Serra do Sol na época de sua homologação e posteriormente com o relatório de 2013 como está a questão da violência na atualidade, após a demarcação.

O relatório foi concluído no mesmo momento em que o Superior Tribunal Federal encerrou a votação da Ação Popular impetrada contra a homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada em Roraima.

Preleciona a antropóloga, que os povos da TIRSS agüentaram durante décadas os garimpos ilegais, os madeireiros, os criadores de gado e os produtores agrícolas que os molestaram, levando bebidas alcoólicas, prostituição e toda sorte de degradação e violência, regalos de pinga e um sem-número de artimanhas foram utilizadas para neutralizar a

³³ Conselho Indigenista Missionário - CIMI. Disponível em: http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1242401186_abertura.pdf acessado em 16/05/2015.

população indígena. Mas, talvez, uma das piores formas de colonização tenha sido o engodo de chefias e comunidades que presenciaram a instalação de propriedades rurais em suas terras: os brancos iam se achegando, trazendo presentes, oferecendo bens ou dinheiro em troca de serviços, apadrinhando afilhados.

A produção se iniciava com o braço indígena, cuja mentalidade não era a da propriedade privada da terra. Assim, a comunidade pensava que era mais um que se agregava ao grupo, um vizinho especial, pois possuía armas de fogo, instrumentos de metal e toda sorte de produtos jamais vistos ou que já eram cobiçados. Desse modo, o vizinho empreendedor era aceito. Até que um dia esse empreendedor colocava cerca em torno da área que havia tomado como sua propriedade e comunicava aos indígenas que ali não se podia mais caçar, pescar ou retirar matérias primas, nem andar por dentro da fazenda seria permitido. As benfeitorias, o volume da produção, as tecnologias empregadas, tudo isso foi o atual proprietário que realizou; ele ocupou produtivamente a área e passou a achar que tinha direito sobre ela. Enganados, os indígenas eram empurrados para fora da propriedade; só ficavam aqueles que aceitavam ser trabalhadores e/ou capangas do novo dono da terra. Foi assim no passado, continua assim no presente. (RANGEL, 2008 pag.15)

Segundo a antropóloga, foi assim que muitas comunidades foram escoraçadas, porque depois da cerca o método modificava-se e os indígenas passavam a ser tratados à bala e todas as formas de coerção. A comunidade atingida por esse procedimento deslocava-se, ia morar com parentes em outras aldeias, ou, como aconteceu muitas vezes, era levada para outra área pelos agentes oficiais do Estado. Acontecia que nesse novo lugar a situação era quase a mesma e advinha daí o confinamento, o aperto e as tensões, o que gerava inúmeros conflitos internos.

Além disso, é preciso considerar a aproximação das cidades, a construção de estradas de rodagem e a vizinhança das fazendas que passam a ser a única fonte de sobrevivência porque oferecem empregos. A aceitação dessas condições não se dá, portanto, por escolha, mas pelos imperativos que tornam a sobrevivência uma questão de risco de vida. Muitas dessas comunidades empenham-se em retomar suas aldeias, para livrar-se do trabalho escravo, das condições degradantes a que foram submetidas, para recuperar seu modo de vida, sua forma de educar os filhos e praticar suas expressões culturais. Pois são sabedoras do engodo em que foram envolvidas e conscientes de seus direitos atuais. Muitas comunidades que foram expulsas de suas terras empenham-se para retomar suas aldeias, para livrar-se do

trabalho escravo e das condições degradantes a que foram submetidas. (RANGEL, 2008 pag.16).

Lideranças são perseguidas e criminalizadas, emboscadas são realizadas em função de conflitos pela posse territorial. Em função das omissões do Poder Público foram registradas várias violações de direitos, por ausência de assistência oficial, por descaso e deficiência de políticas sociais voltadas para os indígenas.

Mesmo após a homologação da TIRSS em 2005, a Organização das Nações Unidas - ONU enviou uma carta fazendo recomendações ao Estado brasileiro no caso Raposa Serra do Sol, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial da ONU - CERD emitiu uma carta externando sua preocupação com a situação dos povos indígenas Macuxi, Wapichana, Taurepang, Ingaricó e Patamona da área Raposa Serra do Sol que “não melhorou e em alguns aspectos até piorou”. O Brasil é signatário da Convenção CERD e, portanto deve responder às obrigações ali estabelecidas atendendo às recomendações do Comitê³⁴.

Em carta datada de 24 de agosto de 2007, o CERD aconselhou ao Estado que tome medidas efetivas para solucionar a problemática da terra e da violência na RSS, e nesse sentido, que cumprisse com suas obrigações firmadas internacionalmente para o combate à discriminação racial. Tendo como recomendações: completar a retirada dos ocupantes ilegais da RSS; garantir a indenização das comunidades indígenas pelo uso ilegal e pelos danos ambientais sofridos com a tal ocupação; e instaurar iniciativas voltadas à prevenção e combate ao preconceito racial, para promover a tolerância e o respeito aos povos indígenas e seus direitos.

O Estado brasileiro foi interrogado sobre as medidas efetivas adotadas para garantir a segurança das comunidades indígenas, visto que casos recentes de violência contra indígenas foram denunciados ao Comitê e outros organismos internacionais de Direitos Humanos. O Comitê inquiriu sobre o envolvimento de autoridades em atos de violência e incitação ao ódio racial perpetrados contra as comunidades indígenas e externou sua preocupação com a falta de investigações e punições dos responsáveis por tais atos. O Comitê

³⁴ Recomendações da Organizações das Nações Unidas - ONU ao Estado Brasileiro. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/setembro-2007/onu-faz-recomendacoes-ao-estado-brasileiro-no-caso-raposa-serra-do-sol>, acessado em 20/04/2015.

ainda alertou para a seriedade das propostas legislativas que tramitam no Congresso brasileiro e que podem restringir os direitos constitucionais dos povos indígenas no país.

A advogada Joênia Wapixana, lembra que “as preocupações do Comitê CERD a respeito da segurança dos povos indígenas de Roraima também são compartilhadas com a Comissão Inter-americana de Direitos Humanos, que outorgou medidas cautelares solicitando que o Estado tome as medidas necessárias para proteger a vida e integridade física dos povos indígenas da RSS.

As sugestões internacionais comprovam a seriedade da questão, e reforçam a exigência das comunidades indígenas por medidas concretas do Governo Federal, em nome dos compromissos do Estado com os povos indígenas. O estado de Roraima não pode mais ignorar os direitos constitucionais dos indígenas nem ser refém ou aliado dos arroteiros e outros ocupantes ilegais que seguem na terra indígena ameaçando postergar as operações do Governo Federal. Apesar das dissidências dos governos locais, de acordo com o CERD, o Governo brasileiro deve atuar para fazer cumprir a lei nacional e internacional de direitos humanos respeitando os direitos dos povos indígenas. O Estado brasileiro responderá como um todo sempre que houver violação.

As recomendações do Comitê CERD da ONU servem para somar ao embasamento legal que afirmam os direitos constitucionais indígenas dos povos da TIRSS não restando dúvidas que os julgamentos de ações judiciais pendentes no STF somente tratam de interesses puramente político e individual.

A atuação do Poder Judiciário na questão indígena, em especial por intermédio do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que tem ocorrido em outras áreas, continua e continuará refletindo as tensas contradições decorrentes da disputa entre capital e os interesses sociais. Não só no Poder Judiciário, mas em todos os demais órgãos dos poderes estatais, como na sociedade brasileira, a disputa pela afirmação dos direitos dos povos indígenas continuará intensa, até que se consigam superar estas contradições econômicas e sociais. Daí a estratégica relevância da permanente e contínua mobilização dos povos indígenas e seus aliados.

O relatório do CIMI 2013³⁵, oito anos após a demarcação da TIRSS, demonstra mais uma vez a omissão do estado na efetivação dos direitos indígenas, demonstrando a violência

³⁵ RELATÓRIO - VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL- DADOS DE 2013. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/Relatviolenciadado2013.pdf> acessado em 14/06/2015.

nos mais diversos setores, como nos casos de racismo e discriminação étnicos culturais. Foram 23 (vinte e três) ocorrências registradas.

Ganhou repercussão nacional e internacional, os ataques de dois deputados ruralistas feitos durante uma audiência pública da Comissão de Agricultura da Câmara dos Deputados, realizada em Vicente Dutra (RS). Gravados em vídeo, os discursos estimulam agricultores a fazer uso de segurança armada para expulsar indígenas das terras que consideram suas, vejamos³⁶:

Nós, os parlamentares, não vamos incitar a guerra, mas lhes digo: se fartem de guerreiros e não deixem um vigarista desses dar um passo na sua propriedade. Nenhum! Nenhum! Usem todo o tipo de rede. Todo mundo tem telefone. Liguem um para o outro imediatamente. Reúnam verdadeiras multidões e expulsem do jeito que for necessário”, afirmou Alceu Moreira (PMDB-RS), um dos deputados agressores, que também disse que “A própria baderna, a desordem, a guerra é melhor do que a injustiça”. Ele afirmou ainda que o movimento pela demarcação de terras indígenas seria uma “vigarice orquestrada” pelo ministro da Secretaria Geral da Presidência da República e que tal movimento seria patrocinado pelo Ministério Público Federal, o qual, segundo ele, defenderia a “injustiça.

Outro discurso racista foi o do Presidente da Frente Parlamentar da Agropecuária, o deputado federal Luis Carlos Heinze (PP-RS), afirmou que índios, quilombolas, gays e lésbicas são “tudo que não presta”. Ele também recomenda uma ação armada dos agricultores³⁷:

O que estão fazendo os produtores do Pará? No Pará, eles contrataram segurança privada. Ninguém invade no Pará porque a brigada militar não lhes dá guarida lá e eles têm de fazer a defesa das suas propriedades”, e acrescentou: “Por isso, pessoal, só tem um jeito: se defendam. Façam a defesa como o Pará está fazendo. Façam a defesa como o Mato Grosso do Sul está fazendo. Os índios invadiram uma propriedade. Foram corridos da propriedade. Isso aconteceu lá.

³⁶ RELATÓRIO – VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL – DADOS DE 2013, pag. 70. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/Relatviolenciadado2013.pdf>, acessado em 02/06/2015.

³⁷ RELATÓRIO – VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL – DADOS DE 2013, pag. 70. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/Relatviolenciadado2013.pdf>, acessado em 02/06/2015.

Vejamos o caso sobre difamação, de acordo com o Relatório – Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil (RELATÓRIO – VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL – DADOS DE 2013, pag. 74):

RR 1 Caso – Vítima: Várias Comunidades

03/06/2013

VÍTIMA: Comunidades de RR

POVO: DIVERSOS

TERRA INDÍGENA: RAPOSA SERRA DO SOL

MUNICÍPIO: BOA VISTA

LOCAL DA OCORRÊNCIA: Boa Vista

DESCRIÇÃO: O CIR e a Sodiur, organizações indígenas, foram acusadas de possuir grandes latifúndios no estado. Segundo o procurador que fez a acusação, lideranças indígenas vinculadas a essas duas organizações estariam expulsando famílias da terra indígena o que, segundo ele, só aumenta a pobreza nas cidades. Em nota, o CIR afirmou que nunca permitiu e não aceita latifúndio e, pelo contrário, sempre atuou na defesa dos direitos das comunidades à terra indígena.

MEIO EMPREGADO: Difamação

FONTE: Cimi Regional Roraima, 11/06/2012; Folha de Boa Vista, RR, 12/06/2013

No que tange na desassistência na área de saúde, o CIMI Registrou 44 (quarenta e quatro) casos de desassistência na área da saúde. Em Roraima, um adolescente indígena aguardou por mais de seis meses por um resultado de exame. Quando questionada, a divisão indígena do hospital alegou que o adolescente era “desaldeado”. Também em Roraima, o Ministério Público Federal - MPF detectou falhas no atendimento, como a ausência de intérpretes nas unidades e falta de veículos para o transporte de pacientes.

Em Roraima, um indígena não resistiu à demora para a sua remoção da cidade de Boa Vista e veio a óbito. Também em Roraima, uma jovem Ingarikó entrou em trabalho de parto e faleceu devido a complicações após o nascimento da criança. Não havia na comunidade nenhum profissional de saúde. Morreu como antigamente. No Tocantins, uma indígena faleceu também em consequência da imperícia no atendimento por parte de um médico. A Apinajé, reclamando estar sentindo-se mal, procurou atendimento, ocasião em que o médico alegou que o problema era relacionado à falta de “relação sexual”. Meses depois, descobriu-se que a indígena tinha insuficiência renal. Ela chegou a fazer algumas sessões de hemodiálise, mas faleceu após a realização de uma cirurgia.

Verifica-se o caso sobre desassistência à saúde, de acordo com o Relatório – Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – (RELATÓRIO – VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL – DADOS DE 2013, pag. 74):

VÍTIMA: Comunidades de RR
 POVOS: INGARIKÓ, MAKUXI, PATAMONA, TAUREPANG TERRA INDÍGENA: RAPOSA SERRA DO SOL
 MUNICÍPIO: CAMPO FORMOSO

LOCAL DA OCORRÊNCIA: Piolho, Sapã, Campo Formoso, Lago Verde, Ponto Geral, Mato Grosso

DESCRIÇÃO: O Centro Regional Campo Formoso emitiu uma nota de denúncia sobre a precariedade do atendimento da saúde indígena prestado pelo Dsei/Leste. Os postos de saúde não são equipados com os materiais necessários e os medicamentos não são entregues dentro do prazo. Solicitaram esclarecimentos sobre punições a agentes indígenas de saúde, assim como a capacitação dos mesmos para lidarem com os indígenas especiais. No texto, há reivindicação sobre o problema da radiofonia na sede em Boa Vista, visto que muitas mensagens são passadas de forma tumultuada, prejudicando a comunicação, em especial sobre a locomoção de pacientes ou casos que merecem atenção urgente.

MEIO EMPREGADO: Falta de atendimento médico e medicamentos

FONTE: Centro Regional Campo Formoso/RR, 27/11/2013

31/05/2013 VÍTIMA: Olinda Damásio Semeão

POVO: INGARIKÓ TERRA INDÍGENA: RAPOSA SERRA DO SOL

MUNICÍPIO: BOA VISTA

DESCRIÇÃO: A vítima entrou em trabalho de parto e surgiram graves complicações após o nascimento da criança. Não havia na comunidade nenhum profissional de saúde. No local não havia soro e nenhum medicamento para ajudar a paciente, pois desde há um mês que a farmácia estava desabastecida, em razão do cancelamento dos vôos. O acesso aéreo é o único meio pelo qual a assistência à saúde pode chegar para a maioria das aldeias localizadas nas terras indígenas Yanomami e Raposa Serra do Sol. Em maio, porém, os vôos foram suspensos por determinação da Anac após uma inspeção na empresa de táxi aéreo contratada pela Sesai. O agente indígena de saúde solicitou a remoção da paciente por radiofonia. Quando solicitaram novamente, por rádio, a enfermeira de plantão em Boa Vista informou que os vôos não estavam liberados para a remoção. No dia seguinte, chegou um avião, mas a paciente não resistiu, e foi a óbito.

MEIO EMPREGADO: Falta de atendimento emergencial

FONTE: Conselho do povo indígena Ingarikó; Cimi Regional Norte I; ISA, 18/06/2013

Quanto à desassistência na área de educação escolar indígena, segundo o CIMI, em 2013 foram registrados 22 casos de desassistência na área da educação escolar indígena. As comunidades indígenas reclamam da falta de infraestrutura, de material escolar e didático, de merenda, de formação dos profissionais, além da ausência de professores e de escolas em

algumas localidades (RELATÓRIO – VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL – DADOS DE 2013, pag. 7):

RR 1 Caso 18/11/2013

VÍTIMA: Estudantes POVOS: INGARIKÓ, TAUREPANG, WAPIXANA

TERRA INDÍGENA: RAPOSA SERRA DO SOL

MUNICÍPIO: BOA VISTA

LOCAL DA OCORRÊNCIA: Comunidade de Maturuca

DESCRIÇÃO: O Ministério Público Federal em Roraima recomendou que a Secretaria Estadual de Educação implemente medidas administrativas e operacionais para a reforma da escola indígena José Alamano, dentro da comunidade Maturuca. A Secretaria teria 40 dias para informar ao MPF/RR acerca do cumprimento da recomendação e apresentar cronograma de execução da obra. A escola foi inaugurada em 1996, nunca foi reformada e, atualmente, apresenta precariedade em sua estrutura física, de modo que tornou-se inviável o seu uso para lecionar.

MEIO EMPREGADO: Falta de infraestrutura

FONTE: Procuradoria Regional da República de Roraima, 18/11/2013

Em relação à falta de Assistência Geral e infraestrutura, o CIMI relata que em 2013 foram registrados 39 casos de desassistência geral nos estados do Acre, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins. Em Roraima dois casos, a saber (RELATÓRIO – VIOLÊNCIA CONTRA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL – DADOS DE 2013, pag. 7):

RR 2 Casos 2013

VÍTIMA: Comunidade de RR

POVO: INGARIKÓ

TERRA INDÍGENA: RAPOSA SERRA DO SOL

MUNICÍPIO: NORMANDIA

LOCAL DA OCORRÊNCIA: Cumanã

DESCRIÇÃO: Os índios denunciam que após a retirada dos arroteiros da área indígena, o governo estadual deixou de fazer a manutenção das vias que cortam a região. São estradas de terra batida esburacadas e pontes de madeira precárias que põem em risco a vida dos moradores e dificultam o socorro para quem tem necessidade de serviços de saúde. Desse modo, há muita dificuldade de escoar produtos, como mandioca, batata, milho e banana, para outras comunidades. Os indígenas levam mais de quatro horas para percorrer 60 km. Há, também, falta de apoio do governo estadual para a construção e manutenção de escolas e postos de saúde. A falta de saneamento básico provoca problemas de saúde, como diarreia e vômito, que atingem principalmente idosos e crianças.

MEIO EMPREGADO: Falta de assistência geral; infra-estrutura FONTE: Sítio ABC, 17/04/2013 12/11/2013

12/11/2013 VÍTIMA: Comunidades de RR
POVOS: MAKUXI, PATAMONA, TAUREPANG, WAPIXANA
TERRA INDÍGENA: RAPOSA SERRA DO SOL
MUNICÍPIO: UIRAMUTÃ

DESCRIÇÃO: Cerca de 100 indígenas ocuparam a prefeitura do município para cobrar apoio para o desenvolvimento da agricultura e transparência nas contas públicas. De acordo com o Tuxaua Amarildo Mota, 76 comunidades do município reclamam da falta de recursos para trabalhar. Alegam que não há transporte para ajudar nos serviços agrícolas, além dos problemas referentes à precariedade na atenção à saúde e à educação. Outro problema enfrentado pelos índios é a ausência do prefeito no município. Na sede raramente há algum secretário ou representante para atender as solicitações das comunidades.

MEIO EMPREGADO: Falta de apoio à produção agrícola e assistência
FONTE: G1/RR, 13/11/2013.

Os indígenas são as maiores vítimas do “desenvolvimento” da Amazônia, que continua a ser feito através de um violento e silencioso processo de expropriação de terras dos povos tradicionais. Ironicamente, são justamente estes povos que sempre protegeram a floresta, já que dependem totalmente dela para a sua sobrevivência. Neste contexto, os povos indígenas isolados optaram por adotar a fuga como estratégia de resistência e tentativa de garantir a própria vida. Infelizmente, além de serem ignorados pelos governos, nos diferentes níveis, e pela sociedade de modo geral, são os povos mais próximos do extermínio. Desse modo, para desautorizar esta política da indiferença, o primeiro passo é contrapor-se à lógica perversa e imediatista do “desenvolvimento”, da exploração e da acumulação, que associa os povos indígenas ao passado. E, depois, apropriar-se do sentido do Bem Viver desses povos, que organizaram a sua relação com o meio ambiente com forte simbolismo religioso, reproduzindo a igualdade social, para assegurar a vida das gerações futuras.

3.4 O caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicarágua

O julgamento do caso da comunidade Mayagna foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁸ pela Comissão Interamericana em 04 de julho de 1998. Teve como objeto o fato de o governo da Nicarágua não ter demarcado as terras ancestrais da comunidade

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, acessado em 15/04/2015.

e não ter tomado as medidas necessárias para a proteção da propriedade das referidas terras e seus recursos naturais. A propriedade das terras se viu ameaçada por ocasião da pretensão por parte do governo da Nicarágua de realizar uma concessão para que a madeireira *Sol Del caribe (SOLCARSA)* iniciasse a exploração econômica, sem que os Awas Tingni tivessem sido consultados. O caso foi encaminhado à Comissão Interamericana com as alegações de que o governo havia violado os direitos à cultura, religião, igualdade de tratamento e participação no governo, indicando a violação pelo Estado da Nicarágua, dos artigos 1, 2, 21 e 25 da Convenção Americana, devido a não demarcação do território daquela comunidade e requerendo, com base no artigo 63.1, que a Corte estipule uma compensação pelos direitos violados.

De acordo com Jaime Benvenuto³⁹, sob a alegação de esgotamento dos recursos internos, o caso foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos já no ano de 1995, acompanhado posteriormente de uma solicitação complementar de medidas cautelares, visto que o Estado estava prestes a outorgar a concessão à SOLCARSA. Em março de 1996, os peticionários enviaram à Comissão uma proposta de solução amistosa para o caso, que já havia sido apresentada aos ministros das Relações Exteriores e do Meio Ambiente e Recursos Naturais. Os peticionários apresentaram também um documento mediante o qual outras comunidades indígenas da RAAN e do Movimento Indígena da Região Autônoma Atlântico Sul aderiam à petição apresentada perante a Comissão. Foram realizadas reuniões informais entre as partes e a Comissão, no ano de 1996, com o objetivo de se chegar a uma solução amigável para o caso. Nessas ocasiões, a comunidade indígena solicitou ao Estado a demarcação de suas terras ancestrais e, enquanto isto não ocorresse, que a concessão à SOLCARSA fosse suspensa. O Estado da Nicarágua rechaçou a proposta de acordo. Os peticionários propuseram que a Comissão visitasse a Nicarágua para dialogar com as partes. Após certo acirramento nas relações, o Estado apresentou documentos probatórios anunciando a criação da Comissão Nacional de Demarcação e convidando os peticionários a participar da mesma. (LIMA JÚNIOR, 2009, p.13)

Em 1997, os peticionários reiteraram sua solicitação de medidas cautelares, informando posteriormente que o Estado não havia suspenso as atividades florestais na área.

³⁹ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Justiciabilidade internacional dos direitos humanos: os casos Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua e Lusting-Prean e Beckett contra o Reino Unido*, Recife: Ed. do autor, 2009. Disponível em <http://www.unicap.br/revistas/publicacaojusticiabilidade.pdf>, acessado em 20/04/2015.

A Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares para suspender a concessão à SOLCARSA, enquanto o Estado solicitou à Comissão o arquivamento do caso, tendo em vista que o Conselho Regional da Região Autônoma do Atlântico Norte - RAAN havia ratificado a aprovação da concessão à Solcarsa. Os peticionários, por sua vez, informaram que o Conselho Regional da RAAN era parte da organização político-administrativa do Estado e estava atuando sem levar em conta os direitos territoriais da comunidade. Solicitaram, ainda, que a Comissão observasse o disposto no art. 50 da Convenção. Em seguida, o Estado comunicou à Comissão que não se havia esgotado os recursos internos referentes ao caso, invocando a aplicação dos artigos 46 da Convenção e 37 do Regulamento da Comissão. Em 03 de março de 1998, a Comissão aprovou o relatório de n. 27/98 em que define a responsabilidade do Estado nicaraguense pela violações ao direito à propriedade indígena tanto do ponto de vista substantivo quanto da impossibilidade de acesso aos recursos internos para as pretensões comunitárias⁴⁰.

Com relação às recomendações da Comissão, a Nicarágua manifestou resposta intempestiva assinalando contar com uma Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica e haver procedido à preparação do Projeto de Lei de Propriedade Comunal que tem como objetivos o estabelecimento do credenciamento das comunidades indígenas e suas autoridades, a delimitação e titulação das propriedades e a solução do conflito⁴¹.

3.5 A decisão de mérito

Sendo parte o Estado da Nicarágua da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 25 de setembro de 1979, foi reconhecida a competência contenciosa da Corte em 12 de fevereiro de 1991, para conhecer o caso.

A demanda perante a Corte foi submetida com base nos artigos 50 e 51 da Convenção Americana e os artigos 32 e seguintes do Regulamento da Corte. A Comissão ao apresentar o caso à Corte, teve a intenção de que a mesma deliberasse em deferência da

⁴⁰ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 30/04/2015.

⁴¹ idem.

violação dos artigos 1º. da Convenção (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2º. (Dever de Adotar Disposições de Direito), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial). Também foi solicitada à Corte que declarasse a obrigação do Estado em demarcar as terras da comunidade, abstendo de outorgar concessões até que a demanda fosse resolvida, indenizar a comunidade e pagar as custas e gastos referentes ao processo.

Em 31/08/2001, a Corte declarou que o estado violou o direito à proteção judicial (art. 25) e o direito à propriedade (art. 21), determinando que a Nicarágua adote leis e regulamentos nacionais para demarcar as propriedades das comunidades indígenas e intimando o Estado a investir 50.000 dólares em serviços públicos que beneficiem os Awas Tingni, como forma de reparação.

A corte considerou evidente a existência de normas que reconhecem e protegem a propriedade comunitária indígena na Nicarágua, dentre elas: o conteúdo dos artigos 5º., 89 e 180 da Constituição Política da Nicarágua de 1995 e da lei que regula o Estatuto da Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua, além do decreto nº 16, de 23 de agosto de 1996, referente à criação da Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica, que determina que se faz necessário estabelecer uma instância administrativa adequada para iniciar o processo de demarcação das terras tradicionais das comunidades indígenas. Considerou também a lei nº 14, chamada de Lei de Reforma Agrária⁴², a qual estabelece no seu artigo 31 que: “O Estado disporá das terras necessárias para as comunidades Miskitas, Sumos, Ramas e demais etnias do Atlântico da Nicarágua, com o propósito de elevar seu nível de vida e contribuir para o desenvolvimento social e econômico da Nação”.

No entanto, nota-se que o procedimento para titulação das terras ocupadas pelos grupos indígenas não estava claramente regulado na legislação nicaragüense. A dita lei nº 14, na consideração da Corte, não estabelecia um procedimento específico para a demarcação e titulação das terras indígenas atendendo a suas características particulares. A consideração se baseou em depoimentos de várias testemunhas e peritos que compareceram perante a Corte e manifestaram que na Nicarágua há um desconhecimento geral e uma incerteza do que se deve

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) caso 2000 p.71, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, acessado em 15/04/2015.

fazer e perante quem se deve dirigir uma petição relacionada à demarcação e titulação de terras (LIMA JÚNIOR, 2009, p.18).

De acordo com Jayme Bevenuto (2009), a Corte considerou provado que a comunidade Awas Tigni havia realizado diversas ações perante várias autoridades nicaragüenses no sentido de fazer valer os seus direitos. Em particular no que diz respeito aos recursos de amparo efetuados pela comunidade, a Corte julgou que o Estado desconheceu o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana.

À luz do artigo 21, combinado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a Corte considerou que o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da comunidade Awas Tigni visto que não delimitou nem demarcou a propriedade comunitária e outorgou concessões a terceiros para exploração de bens e recursos existentes na propriedade indígena. Baseou-se, para tanto, numa interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, levando em conta as normas de interpretação aplicáveis, em conformidade com o artigo 29.b da Convenção (que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos). Na visão da Corte, o art. 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas em relação à propriedade comunitária que, por sua vez, também está reconhecida pela Constituição Política da Nicarágua.

Em relação a violação do artigo 25 a CIDH⁴³, p. 55 declarou:

Em razão dos critérios estabelecidos na matéria por esta Corte e em consideração dos alcances da razoabilidade do prazo em processos judiciais, pode ser afirmado que o procedimento seguido perante as diversas instâncias que conheceram dos amparos neste caso desconheceu o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana. De acordo com os critérios deste Tribunal, os recursos de amparo serão ilusórios e não efetivos, se na adoção da decisão sobre estes ocorrer um atraso injustificado.

Ademais, a Corte já afirmou que o artigo 25 da Convenção está intimamente ligado com a obrigação geral do artigo 1.1 da mesma, que atribui funções de proteção ao direito interno dos Estados Partes, do que se observa que o Estado tem a responsabilidade de desenhar e consagrar normativamente um recurso eficaz, bem como a de assegurar a devida aplicação deste recurso por parte de suas autoridades judiciais.

⁴³ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 30/04/2015 p.55.

No mesmo sentido, o Tribunal manifestou que o dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção. Por outro lado, a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas à efetiva observância destas garantias.

Como já foi indicado, neste caso a Nicarágua não adotou as medidas de direito interno adequadas que permitam a delimitação, demarcação e titulação das terras de comunidades indígenas e não se limitou a um prazo razoável para a tramitação dos recursos de amparo interpostos pelos membros da Comunidade Awas Tingni.

A Corte considera que é necessário fazer efetivos os direitos reconhecidos na Constituição Política e na legislação nicaraguense, conforme a Convenção Americana. Em consequência, o Estado deve adotar em seu direito interno, conforme o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação da propriedade dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni, conforme o direito consuetudinário, valores, usos e costumes desta. Em face do exposto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 25 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

Com a sentença, a Corte Interamericana demonstra a capacidade de absorver aspectos importantes do direito indígena tradicional. A Corte assinalou também não haver provas da existência de danos materiais aos membros de Awas Tingni, afirmando que a sentença constitui, per si, uma forma de reparação para os membros da comunidade. Contudo, considerou que devido à falta de delimitação, demarcação e titulação da propriedade comunitária, o dano imaterial sofrido deveria ser reparado, por via substitutiva, mediante uma indenização pecuniária, fixada conforme a equidade e baseando-se em uma apreciação prudente do dano imaterial. (LIMA JÚNIOR, 2009 p.23).

Diante de um caso com tais características, não poderia ser mais expressiva a conclusão de Cançado Trindade (2002, p. 7) a seu respeito:

Em um caso contencioso (sentença quanto ao mérito) sem precedentes, o da Comunidade Mayagna Awas Tigni versus Nicarágua (2001), a Corte protegeu toda uma comunidade indígena, e seu direito à propriedade comunal de suas terras (sob o artigo 21 da Convenção); determinou a Corte que a delimitação, a demarcação e a titulação das terras da referida comunidade indígena deveriam efetuar-se em conformidade com seu direito consuetudinário, seus usos e costumes.

Verificamos, que na sentença de mérito, a Corte concedeu a titulação das terras da comunidade indígenas, de acordo, com a tradicionalidade ancestral, protegendo dessa forma, toda a comunidade de ter seu direito à propriedade garantido.

4 UMA ANÁLISE COMPARATIVA À PARTIR DE UMALENTE DA HERMENÊUTICA DE GADAMER DOS CASOS DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL E DAS TERRAS OCUPADAS PELA COMUNIDADE MAYAGNA AWAS TINGNI PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS ANCESTRAIS INDÍGENAS

Este capítulo objetiva demonstrar o trabalho de Hans-Georg Gadamer, como importante hermenêuta do séc. XX, demonstrando que sua contribuição foi de grande valia para a filosofia e a hermenêutica contemporâneas, pelo que desenvolveu em afinidade aos aspectos da fenomenologia de Husserl⁴⁴ e principalmente da de Heidegger⁴⁵, ao tempo em que depositou em termos a relatividade das possíveis interpretações sobre os textos, atuando contra o extremado positivismo e as suas verdades empíricas absolutas.

A concepção do juiz como mero aplicador da lei é incompatível com a realidade, pois a legislação é incapaz de normatizar todas as condutas humanas. Para a compreensão do litígio e a adequada solução requer-se um processo hermenêutico. Ademais, ao atribuir significado a cada palavra da lei o julgador já está empregando seus conceitos subjetivos e, de certa forma, interpretando.

O pensamento Gadameriano no tocante à relação todo e parte deve orientar o procedimento de busca à coerente solução do litígio, pois há momentos que *as partes* componentes do Direito parecem conflitar. O processo deve iniciar com a análise de cada *parte* e sua adequação à estrutura maior que integra, bem como desta estrutura maior com outra estrutura ainda mais abrangente, e assim sucessivamente. Essa verificação de cada instância jurídica e sua solução ao problema apresentado ao magistrado garante uma análise profunda da demanda.

⁴⁴ Edmund Gustav Albrecht Husserl foi um matemático e filósofo alemão que estabeleceu a escola da fenomenologia. Ele rompeu com a orientação positivista da ciência e da filosofia de sua época. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Edmund_Husserl, acessado em 15-10-15.

⁴⁵ Martin Heidegger é um dos pensadores fundamentais do século XX - ao lado de [Russel](#), [Wittgenstein](#), [Adorno](#), [Popper](#) e [Foucault](#) - quer pela recolocação do problema do [ser](#) e pela refundação da [Ontologia](#), quer pela importância que atribuiu ao conhecimento da tradição filosófica e cultural. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Martin_Heidegger, acessado em 15-10-15.

A representação da tutela jurisdicional como um círculo, significa a mutação do Direito, isso acontece especialmente em razão das interpretações dadas à legislação. Inexistindo a interpretação, há um vasto espaço para a liberdade jurisprudencial, e criatividade do julgador.

Possivelmente a tensão positiva que Gadamer abordou seja aquela que causa dúvida no momento da interpretação que permita que as coisas possam ser ou não ser. As coisas podem ser e não ser no momento em que uma mesma demanda apreciada por juízes distintos pode ter soluções diferentes: para um pode ser e para outro pode não ser. Ademais, pode-se rever opiniões e aquilo que era pode passar a não ser mais. Eis o intrigante mundo das interpretações.

Os casos analisados a partir de uma hermenêutica filosófica apresentam uma reflexão do direito, pois supera-se métodos tradicionais e envolve a identificação da tradução, linha do tempo e do lugar do intérprete na tradição.

O estudo tem como finalidade a tentativa de afirmar a necessidade de aprofundar as investigações da hermenêutica filosófica e observar a partir de suas ferramentas, o direito.

Através da interpretação o texto deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a língua que alcance o outro. Assim, de acordo com GADAMER (1999), a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação "correta em si", justamente porque em cada um está em questão o próprio texto. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação "correta em si" seria um ideal desprovido de pensamento, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence.

A Gadamer deve-se a composição dialógica da comunicação e a compreensão do ser humano da realidade linguística que o rodeia, da qual remove continuamente elementos auxiliares da própria compreensão desta e, posteriormente, da compreensão de si mesmo. O fenômeno jurídico é uma realidade linguística. Como bem salienta Von Wright (WRIGHT, 1970. p. 109). Vejamos:

Cuando la norma es una prescripción, la promulgación de la norma, es decir, el dar a conocer a los sujetos de la norma su carácter, contenido, y condiciones de aplicación, es un eslabón esencial en (o parte de) el proceso a través del cual esta norma se origina o cobra existencia (ser). [...] La ejecución verbal es, además, necesaria para el establecimiento de la relación entre la autoridad de la norma y el sujeto de la norma y del que hace la

promesa y el que la recibe. Por la razón mencionada, las prescripciones puede decirse que dependen del lenguaje⁴⁶.

Portanto, do processo hermenêutico aludido por Gadamer, não poderia dele fugir o direito. Reveste-se na atividade jurídica um processo de compreensão de textos normativos, com o objetivo de empregá-los aos mais variados setores da vida, posto que, é essa a finalidade derradeira do direito: reger as práticas sociais, sendo ele mesmo uma das práticas sociais. (DWORKIN, 2007. pp. 88-89).

Segundo Pedro Germano dos Anjos, nessa esfera do direito, não são poucos os doutrinadores que salientam a importância da interpretação⁴⁷.

A hermenêutica filosófica de Gadamer, exige mais do que um papel preliminar de apenas sugestão das possíveis interpretações. Demanda uma caráter hermenêutico criativo ante os problemas jurídicos: o momento de aplicação. O corte epistemológico do presente capítulo é a análise da base hermenêutica do momento da aplicação do direito, sendo feitas breves considerações sobre sua aplicação nas decisões judiciais.

Traçaremos um comparativo entre os casos das terras indígenas Raposa Serra do Sol e das terras dos Mayagna (Sumo) Awas Tigni, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal-STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH a partir de uma análise crítica da hermenêutica Gadameriana.

Serão apresentados argumentos judiciais através de uma crítica hermenêutica sobre os fundamentos da decisão através dos conceitos de tradição fusão de horizontes e círculo hermenêutico, aplicados ao caso concreto tentando compreender a simbologia da hermenêutica em decisões judiciais, especialmente nesta decisão.

⁴⁶ Quando a regra é uma exigência, a promulgação da regra, ou seja, de informar os sujeitos da norma seu caráter, conteúdo e condições de aplicação, é um elo essencial (parte do) processo através desta regra que se origina ou vem à existência (ser). [...] O desempenho verbal também é necessário para o estabelecimento da relação entre a autoridade do padrão e do objecto da norma e fazendo a promessa e o receptor. Por esta mencionada razão pode-se dizer que os requisitos d dependem da língua.

⁴⁷ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Pesquisador vinculado à Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado da Bahia – FAPESB. Pós-graduando em direito tributário pelo Instituto brasileiro de estudos tributários – IBET.

Os autores que são citados por ele são: Alf Ross, Karl Larenz, Ronald Dworkin e Robert Alexy, que asseveram a sua necessidade na aplicação de todos os textos legais, unindo a essa tarefa interpretativa a tarefa argumentativa: o conceito de norma é semântico. Artigo disponível em http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/a_filosofia_hermeneutica_de_hans_georg_gadamer_e_as_escolhas_orcamentarias_de_politicas_publicas.pdf. Acessado em 18-10-2015.

Analisaremos a importância do estudo pela sua dimensão extrajurídica e sua influência direta na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de uma lente hermenêutica na compreensão dos textos, e sua relação com o passado e o presente

Por fim, demonstraremos a existência de identidade ou não entre os dois casos, qual o ponto de partida e de chegada usado pela STF e pela CIDH nas decisões em análise.

4.1 Escutando Gadamer e aplicando-o ao entendimento das decisões judiciais

É preciso, primeiramente, embora que de forma elementar, definir as linhas básicas que formatam o pensamento de Gadamer a partir de sua própria obra. Finalmente, não poderia ser de outra forma senão escutando a sua mensagem sobre a postura hermenêutica para que se pudesse entender o alcance de seus enunciados à seara jurídica. Na concepção Gadameriana (2002, p. 31-32):

O fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência, embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade(...). O fenômeno da compreensão perpassa não somente tudo que diz respeito ao mundo do ser humano seu propósito é o de procurar por toda a parte a experiência da verdade, que ultrapassa o campo de controle da metodologia científica, e indagar de sua própria legitimação, onde quer que a encontre.

No concepção da hermenêutica filosófica, seguindo os pensamentos de Gadamer, não estava entre as seus anseios fundamentais, por exemplo, tratar estatutos de cientificidade ou arquitetar critérios de definição entre o que seria ou não científico. Também não possuía o interesse imediato ou específico em abordar assuntos exclusivamente lógicas ou metodológicos igualmente, não cogita assuntos conectados aos conceitos de ordem, desordem, complexidade nem revoluções científicas⁴⁸.

Aparenta-nos, dessa forma, que não seria errôneo ou reducionista informar-nos que o escopo fulcral a ser alcançado no livro "Verdade e método" era o aprofundamento no fenômeno da compreensão para que se conseguisse superar a fraqueza própria do pensamento

⁴⁸ ibdem

filosófico contemporâneo. E essa fragilidade, está presente, na visão de Gadamer, na precária legitimação da verdade e do conhecimento.

De acordo com Gadamer (2002, p.34), nas suas pesquisas, confiava estar servindo:

A um juízo que, em nosso tempo, inundado de rápidas transformações, se encontra ameaçado de obscurecimento. O que está transformando impões-se à vista, incomparavelmente mais do que algo que continua como sempre foi. As perspectivas que resultam da experiência da transformação histórica estão, por essa razão, sempre correndo o risco de se tornarem distorções, por esquecerem a ocultação daquilo que persiste.

Um determinado conjunto de idéias, transmitido da tradição filosófica e da ciência moderna, está presente na discussão de Gadamer, porque são consideradas pertinentes e até certo ponto inafastáveis para o alcance da finalidade do seu trabalho. De acordo com Rodrigo Araújo, Beatriz Mendes e Paloma Araújo⁴⁹ são noções, ou matrizes, que caminham dialogando inseparavelmente, ora divergem, ora convergem. Tais matrizes ou conceito-guia humanísticos são: a formação, o senso comum, o juízo e o gosto.

Esse é o seu pensamento, a partir dos contributos helegianos, sobre o conceito de formação (GADAMER. 2002, p.50-58):

A formação integra agora, estreitamente, não apenas a maneira humana de aperfeiçoar suas aptidões e faculdade. A ascensão da palavra formação desperta, mais do que isso, a antiga tradição mística, segundo a qual o homem traz em sua almaa imagem de Deus segundo o qual ele foi criado, e tem de desenvolvê-la em si mesmo (...). A formação como elevação à universalidade é pois uma tarefa humana exige um sacrifício do que é particular em favor do universal ...). Foi justamente a isso que, seguindo Hegel, salientamos como uma característica universal da formação, o manter-se aberto para o diferente, e pra outros pontos de vista mais universais.

O conhecimento dessa situação é uma premissa decisiva para que se possa compreender as jurisprudências adotadas pelo STF, especificamente no caso Raposa Serra do Sol, o qual estudaremos adiante.

Um segundo conceito-guia, é o senso comum, que de acordo com Gadamer (2002, p.70-76) significa:

⁴⁹ Professor Mestre do DCJ da UNICAP, Mestre em Direito. Mestre em Filosofia e Alunas do curso de Direito da UNICAP. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/3304.pdf>; acessado em 21-10-2015.

Não somente aquela capacidade universal que existe em todos os homens, mas, ao mesmo tempo, o senso que institui comunidade. É um sentido para a justiça e para o bem comum (...) quase se parece com uma virtude do trato social, mas há, na verdade, um embasamento moral, mesmo metafísico.

Esse conceito-guia, reforçando o antecedente (formação), determina uma possibilidade singular para a compreensão da jurisprudência: que é a oportunidade de conceber e compreender um problema (um caso concreto) analisando com interesse sincero todas as consequências para todas as partes envolvidas. Separa-se, deste modo, a abordagem fragmentaria que norteia a decibilidade no direito dogmático moderno, na qual os interesses envolvidos no conflito são disjuntivos, diminuindo a visão do coletivo, de comunidade.

Com o aprofundamento do conceito de senso-comum, chega-se à relação com o terceiro conceito-guia: o juízo. Para Gadamer, baseado em Kant, o juízo "é, enfim, não tanto uma faculdade, mas uma exigência a ser apresentada a todos"(GADAMER, 2002, p.78). O juízo nessas balizas, poderia se aproximar do conceito de argumento, ou seja, de demonstrar razões para as idéias que se amparam, ou para a conduta que se nega ou afirma.

Entretanto, na formulação desses conceitos-guia, Gadamer atrela o juízo ao gosto (o quarto conceito-guia). Procedendo dessa forma, coloca o gosto como ponto de partida da distinção que se desempenha no julgamento espiritual das coisas, é o que ensina Gadamer (2002, p.84):

O gosto não é somente o ideal que apresenta uma nova sociedade, mas em primeiro lugar vem a formar-se, sob o signo desse ideal do "bom gosto" aquilo que, desde então, se denomina a "boa sociedade". Ela se reconhece e se legitima não mais através do nascimento e do status, mas, basicamente, através da comunhão de seus julgamentos, ou melhor, sabendo elevar-se da parvoíce dos interesses e da privacidade das preferências para a exigência do julgamento.

Essencialmente aqui, pode-se indicar, a partir das sugestões localizadas no texto Gadameriano, que, subjacente a todo juízo jurídico, na raiz de todo julgamento, existiria um juízo estético. Isso provocaria, nas decisões judiciais, um ânimo, uma concentração por parte do grupo, a fim de que se conjecturasse em que feições e sob que dimensões se desvenda a noção de gosto, encadeada a um juízo estético, na compreensão do direito.

Nessa abreviado caminho em meio a conceitos balizadores do pensamento de Gadamer, não se pode deixar de aludir a percepção de vivência, que, segundo o autor (2002, p.128-130):

A vivencia possui uma imediaticidade que se subtrai a todas as opiniões sobre o seu significado. O que denominamos enfaticamente de vivencia significativa, pois, algo, inesquecível e insubstituível, que é basicamente inesgotável pra uma determinação compreensível de seu significado. Algo se obtém, de fato, a cada vivência. Cada vivência é trazida para fora da continuidade da vida e está, ao mesmo tempo, relacionada com o todo da própria vida.

Rodrigo Araújo, preleciona que, movimentando-se nessa visão Gadameriana da tarefa básica da hermenêutica, que seria o dizer explicando e traduzindo, é visível e audível já nesse momento identificar a missão principal da hermenêutica filosófica aplicada ao conhecimento jurídico: compreender o sentido ontológico positivo nas entrelinhas das estruturas jurídicas, nos ditames do sistema jurídico, nos antagonismos do ordenamento jurídico, na dinâmica da prática jurídica⁵⁰.

Auferindo a herança da tradição que, no caso do direito, várias vezes é abreviada aos precedentes judiciais e às doutrinas consagradas, manifestando-se com os pré-juízos e as pré-compreensões inafastáveis, e discorrendo continuamente com o horizonte, a hermenêutica filosófica, no preceito de Gadamer (2002, p. 402), percebe:

Que a compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas nas coisas, tal é a tarefa constante da compreensão.

Ante as exposições até aqui prestadas, pode-se então concluir que a aplicação da hermenêutica filosófica proposta por Gadamer à análise de decisões judiciais, proporciona uma percepção/compreensão diferenciada do direito, no sentido de ultrapassar o paradigma que direciona a prática e o ensino do direito hodiernamente: a inegabilidade dos pontos de partida e a obrigatoriedade de decidir. O primeiro impondo a referência obrigatória ao dogma do direito (a norma); segundo condicionando o raciocínio jurídico a encontrar sempre uma solução "mais justa", "mais razoável", "mais aceitável", sob o enfoque quase exclusivamente legalista.

⁵⁰ ibdem

A tradição, pode nos ajudar a entender o que é uma base de interpretação em desenvolvimento, a ruptura está sempre baseada em uma outra tradição. As ideias novas vão sendo recepcionadas com cautela. Mas é uma tradição, um voto singular vem de um conjunto de ideias, mas que já estão se formando. Está fundamentada em alguma outra coisa, mas não é individual. O conceito de tradição em Gadamer é algo bastante amplo.

4.2 A importância da hermenêutica jurídica

Difícilmente encontra-se alguém que ainda sustente que não há nenhum processo interpretativo na aplicação da lei. De acordo com Juliane Scariot⁵¹, a fórmula *in claris cessat interpretatio*⁵², que estabelece a inexistência de interpretação quando a lei for clara, não se compatibiliza com a atual realidade jurídica brasileira. O procedimento jurisdicional exige a utilização da hermenêutica, seja para definir a legislação aplicável ao caso ou o sentido do texto legal a ser utilizado.

Gadamer enfatiza que “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz” (GADAMER, 2005, p. 452). Desta forma, interpretar o direito é aplicá-lo e neste ato o magistrado complementa o direito. Isso expressa que a hermenêutica descobre na seara jurídica um fecundo campo para sua aplicação.

Ademais, Juliane Scariot citando Erasmo preleciona que, como sustentar a inexistência de interpretação se, não raras vezes, há leis divergentes normatizado o mesmo caso. Através da Loucura Erasmo já ironizava tal fato, afirmando que os juristas: “entrelaçam quinhentas ou seiscentas leis umas com as outras, sem se importar se elas têm ou não relação com os assuntos de que tratam” (ERASMO, 2009, p. 83). Em meio a essa *teia legislativa* o juiz deve, criativamente, encontrar a justa solução e concretizar o direito.

⁵¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Estudante dos programas de pós-graduação da Universidade de Caxias do Sul, em Ética e Filosofia Política, e da Anhanguera, em Ciências Penais. Artigo publicado no site âmbito jurídico com o título: Hermenêutica jurídica: A função criativa do juiz. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360, acessado em 05-12-15.

⁵² Tradução do latim para o Português: "A interpretação cessa quando a lei é clara". Disponível em: <http://tradutor.babylon.com/latim/Interpretatio+cessat+in+claris/>, acessado em 13-12-15.

Quanto à determinação do sentido do texto legal, Gadamer manifesta-se da seguinte forma (GADAMER, 2005, p.407-409):

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.

Verifica-se que o citado autor alude um conflito de caráter prático entre o texto legal e a interpretação que lhe é oferecida. Destarte, compreender corretamente seria constituir uma nova interpretação para o texto jurídico de acordo com cada ocasião concreta apresentada. A cada nova aplicação há igualmente uma nova interpretação.

Seguindo as noções de Gadamer, pode-se assegurar que toda prestação jurisdicional promove uma nova interpretação da lei posta, ou seja, cada sentença judicial é uma nova interpretação. Sendo assim, o papel do magistrado apresenta-se como uma atividade hermenêutica, cuja intenção é a pacificação dos conflitos sociais.

4.3 A relação todo e parte e sua relação com a interpretação

Em sua atividade jurisdicional, o juiz necessita avaliar a lógica interna do texto normativo, a organização da legislação infraconstitucional, a supremacia constitucional, a jurisprudência, os tratados internacionais e a equidade. Salienta-se que cada um desses elementos podem ser abalizados como "partes" do sistema jurídico "todo". Assim, de acordo com GADAMER (2005, p.386) quem ignora alguma dessas partes não compreende o Direito:

O movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou.

Verifica-se que o entendimento do todo ocasiona um tipo de revisão da compreensão de cada uma das partes, isto é, os pré-juízos convertem-se em juízos. Gadamer exemplifica o citado processo com o estudo de um texto em língua estrangeira (GADAMER, 2003, p.58):

Antes de compreendermos qualquer coisa em uma frase, procedemos a uma certa estruturação prévia que constitui, desse modo, a diretriz de uma posterior compreensão. Esse processo é orientado por um sentido global que temos em mira antecipadamente, a partir das relações que se nos apresentam em um contexto anterior. Mas esse sentido global e previamente dado permanece, bem entendido, à espera de uma confirmação ou retificação, para que só então possa formar a unidade de uma perspectiva coerente. Pensemos tal estrutura de um modo dinâmico: constatamos de imediato que a compreensão amplia e renova.

Transpassando tais conhecimentos para a esfera jurídica, nota-se que uma lei que lida com vistas ao sistema jurídico não detém o mesmo sentido de quando lida isoladamente. Em resumo, o magistrado deve entender todo sistema jurídico, o qual demanda conhecimento de cada uma das partes e suas interrelações. Esse conjunto precisa ser analisado hermeneuticamente para a prolação da sentença, iniciando uma noção preliminar do processo judicial e sua provável solução, pré-juízo, percorrendo cada uma das partes para verificar sua compatibilidade com o todo.

4.4 Análise crítica da hermenêutica Gadameriana aplicada aos casos concretos

De acordo com Sandro Alex Simões (2010) a hermenêutica consiste na decifração de signos, no esforço empreendido para que se construa o entendimento. Seu significado está ligado inicialmente a Hermes, o deus grego portador das mensagens olímpicas, e se desenvolve envolvida nessa aura de uma arte reservada ou iniciática que permitia acesso aos mistérios das entrelinhas, por detrás das aparências das mensagens, a chave da leitura de saberes restritos, como a religião e o os próprio direito.

A hermenêutica procura trazer à tona os horizontes do falante, a questão não é o texto, é a forma como interpretamos o texto. Isso é para compreender que a hermenêutica no século XX passa não pela questão de como as coisas são, mas como as entendemos e como as interpretamos. O processo de interpretação será entendido como constitutivo das coisas.

É no horizonte da filosofia de Hans-Georg Gadamer (1999) que o fenômeno histórico ficaria acima do “nosso querer”, como condição pré-conceitual do caminho de todo

processo de compreensão. No espaço da razão hermenêutica, o lembrar do passado de como a propriedade era passada de geração para geração dentro de membros da mesma família é indispensável para elevar os direitos fundamentais a um espaço privilegiado na sociedade contemporânea e romper com o quadro atual de direito a propriedade civilista, porém, se a verdade do passado histórico não é acessível à nossa subjetividade política, perdem-se de vista os valores que norteiam os direitos fundamentais no presente, enfraquecendo-se a democracia e contribuindo para a perpetuação do legado autoritário no presente.

O direito à propriedade é um direito imerso em uma tradição secular. Para os romanos o direito se definia pela capacidade de mensuração e quantificação. O que percebe-se nos casos em tela é que as demandas giram em torno da mensuração, pois os indígenas pleitearam inicialmente ao Estado da Nicarágua que suas terras fossem mensuradas para serem tituladas, tanto é que a comissão assim decidiu⁵³:

Em 3 de março de 1998, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório nº 27/98, que foi transmitido ao Estado no dia 6 do mesmo mês e ano, e concedeu à Nicarágua um prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas que houvesse adotado para dar cumprimento às recomendações. Neste Relatório, a Comissão concluiu:

141. Com base nas ações e omissões examinadas, [...]o Estado da Nicarágua não cumpriu suas obrigações sob a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Estado da Nicarágua não demarcou as terras 10 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS comunitárias da Comunidade Awás Tingni, nem de outras comunidades indígenas. Tampouco tomou medidas efetivas que assegurem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras. Esta omissão por parte do Estado constitui uma violação dos artigos 1, 2, e 21 da Convenção, os quais, em seu conjunto, estabelecem o direito a estas medidas efetivas. Os artigos 1 e 2 obrigam os Estados a tomar as medidas necessárias para implementar os direitos contidos na Convenção. 142. O Estado da Nicarágua é responsável por [violar o] direito à propriedade de forma ativa, consagrado no artigo 21 da Convenção, ao outorgar uma concessão à companhia SOLCARSA para realizar nas terras [de] Awás Tingni trabalhos de construção de estradas e de exploração madeireira, sem o consentimento da Comunidade Awás Tingni.

Igualmente, a Comissão recomendou à Nicarágua que: a. Estabelecesse um procedimento em seu ordenamento jurídico, aceitável às comunidades indígenas envolvidas, que t[ivesse] como resultado a rápida demarcação e o reconhecimento oficial do território de Awás Tingni e dos territórios de outras comunidades da Costa Atlântica;

⁵³ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 30/04/2015 p.55.

Dessa, forma verifica-se que há uma tradição da mensuração das terras para serem reconhecidas e tituladas.

No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não foi diferente, uma vez que a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal incidiu a respeito a respeito da idoneidade e adequação do processo demarcatório da mesma. Os impugnantes, dentre eles o Estado de Roraima, reivindicavam o modelo de demarcação em ilhas.

No caso Mayagna, a comunidade exigia a demarcação das terras indígenas, na Raposa Serra do Sol, a discussão era qual a forma de demarcação, pois o direito já estava reconhecido.

Em Gadamer (1999) a proposta fundamental para que possamos entender e interpretar o mundo a partir do próprio mundo se dá através dos conceitos de tradição e do preconceito, que estão diretamente ligados à dinâmica do círculo hermenêutico, pois são potencialidades e possibilidades a partir do sujeito.

Preleciona Simões (2010) que todos estamos ligados a alguma tradição, inevitavelmente. A tradição é definida a partir do nosso lugar no mundo e estabelece para nós um horizonte ao qual nos incorporamos e que, de fato, assumimos como nosso, afetiva e culturalmente, não como estranhos. Ao revés, estranho é tudo que não pertence à tradição e que, a partir dela, poder-se-á definir como não pertencente. É a tradição que funda a distinção estranho/familiar, tão cara para a compreensão, dado que é, entende-se, de regra, o que nos é próximo, comum, familiar e esse olhar de identificação não é dirigido ao texto, mas a partir do texto, para o próprio intérprete.

Nos casos em tela, a corte ao decidir que o estado da Nicarágua demarque as terras indígenas, e o STF ao decidir pela demarcação contínua das terras indígenas, ambos com embasamento na relação comunal do povo com a terra, estão seguindo a tradição dos antepassados, que, de acordo com Fustel de Coulanges (1961), este afirma que a propriedade era primeiramente baseada entre uma profunda ligação com os ancestrais de uma determinada família, estes eram venerados em seus túmulos e considerados como Deuses. Somente a família poderia prestar os rituais, ninguém mais que não fosse ligado por agnição poderia presenciar o culto ritualístico.

Importante frisar, que devido os túmulos serem irremovíveis, em regra, a família era obrigada a permanecer e tomar posse do solo. A terra torna-se inseparável da família. Somente esta poderia ter este direito, a seqüência é clara: um deus, um túmulo, uma família.

Daí surge à idéia de propriedade. Não deixando duvida que “não se podia adquirir a propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade” (COULANGES (1830-1889), São Paulo, 1961).

A propriedade se traduzia “como a dominação do homem sobre a coisa e se reveste dos atributos dominais de poder usar, gozar dispor, e reivindicar a coisa onde que ela se encontre” (MOREIRA, p.40, 2003).

O que a CIDH e o STF fizeram foi seguir a tradição dos antepassados e da herança histórica, que segundo Gadamer, (1999, p.421):

O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base, e, mesmo no caso em que, na educação, a "tutela" perde a sua função com o amadurecimento da maioridade, momento em que as próprias perspectivas e decisões assumem finalmente a posição que detinha a autoridade do educador, esta chegada da maturidade vital histórica não implica, de modo algum, que nos tornemos senhores de nós mesmos no sentido de nos havermos libertado de toda herança histórica e de toda tradição. A realidade dos costumes, p. ex., é e continua sendo, em âmbitos bem vastos, algo válido a partir da herança histórica e da tradição.

Quando o Estado da Nicarágua outorga a concessão para a empresa SOLCARSA, ele assume a condição de dono, a Nicarágua fala do reconhecimento da terras indígenas, mas no entanto, outorga a concessão mesmo em discussão, ferindo nesse momento os elementos da propriedade, que é de usar, gozar e dispor da terra.

A exclusividade da propriedade, significa gozo exclusivo do dono, pois ser proprietário de alguma coisa dará condições de autorizar a entrada e permanência de estranhos na propriedade, logo, se "nós estamos, portanto, vocês não estão". E é justamente essa a mensagem que o estado da Nicarágua enviou aos indígenas, que eles poderiam dispor das terras, restringindo o uso e o gozo dos bens dos membros da comunidade em tela.

À luz do artigo 21, combinado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a Corte considerou que o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da comunidade Awas Tigni visto que não delimitou nem demarcou a propriedade comunitária e outorgou concessões a terceiros para exploração de bens e recursos existentes na propriedade indígena.

Para a Corte, ficou provado inexistir na Nicarágua uma política de titulação de terras de comunidades indígenas. A declaração da perita Lottie Marie Cunningham de Aguirre⁵⁴ é clara nesse sentido, ao afirmar não existir nenhum procedimento interno através do qual as comunidades possam se valer para defender seus direitos ancestrais.

A Corte considerou provado que a comunidade Awas Tingni havia realizado diversas ações perante várias autoridades nicaragüenses no sentido de fazer valer os seus direitos. Em particular no que diz respeito aos recursos de amparo efetuados pela comunidade, a Corte

⁵⁴ Perícia de Lottie Marie Cunningham de Aguirre, advogada Residente na Cidade de Bilwi, Município de Puerto Cabezas, Região Autônoma do Atlântico Norte. É advogada e notária pública. Tem seis anos de experiência no trabalho com as comunidades indígenas da Costa Atlântica na Nicarágua e prestou assessoria jurídica às comunidades indígenas dos diferentes territórios na RAAN, tanto no Município de Puerto Cabezas como em Waspam. É Miskita indígena e sua língua materna é o miskito, o que lhe dá alguma possibilidade de entender os fenômenos desta comunidade. Ela diz que, no funcionamento do sistema judicial em seu país, as comunidades indígenas enfrentam problemas pela falta de harmonia do direito positivo com o direito consuetudinário e a demora da justiça. Em sua opinião, não existe nenhum outro procedimento judicial que tenha provado ser efetivo para a aplicação das normas constitucionais da Nicarágua com relação aos povos indígenas. Para melhorar o funcionamento do sistema judicial com respeito às comunidades indígenas deverá ser modificada a Lei nº 49 de Amparo, que indica os procedimentos do recurso de amparo, procedimento que deve ser estabelecido de forma simples, ágil e eficaz, para que as comunidades indígenas possam ter acesso à justiça; modificar a Lei Orgânica do Poder Judicial para adequá-la ao contexto constitucional e estabelecer que as autoridades judiciais possam atuar de ofício nas demandas das comunidades indígenas com respeito a seus direitos territoriais; e aplicar, publicar e colocar em vigência a proposta de Lei de Demarcação e Titulação das Terras Tradicionais para as Comunidades Indígenas e Waspam, para que as comunidades possam dispor de um procedimento para resolver suas demandas de direitos territoriais. A referida proposta de lei foi avaliada pelos dois Conselhos Regionais Autônomos e entregue oficialmente à Assembléia Nacional. É de especial interesse o artigo 18 do Estatuto de Autonomia das Regiões Autônomas, o qual estabelece que a administração de justiça deverá ser regida por regulas especiais, levando em conta as particularidades culturais das comunidades indígenas e comunidades étnicas. Por outro lado, a testemunha dá fé da ancestralidade da posse de Awas Tingni por ser esta uma comunidade indígena com sua própria língua, sua própria cultura e historicamente posicionada em seu território. Ela ficou sabendo que a Comunidade Awas Tingni solicitou administrativamente a titulação de suas terras, esgotou todas as vias administrativas e, no entanto, a Comunidade não recebeu nenhuma resposta da administração. Como advogada está familiarizada com o conceito do silêncio administrativo. Este é configurado conforme a vontade da autoridade. Configurado este, e esgotada a via administrativa, as comunidades não têm outra opção a não ser usar a via judicial, ou seja, o único procedimento é o recurso de amparo perante a omissão da autoridade. O prazo para interpor um recurso de amparo é de 30 dias contados a partir da notificação do ato ou da omissão da autoridade. A Comunidade Awas Tingni pediu judicialmente, mediante um recurso de amparo, a titulação de suas terras ancestrais. Conhece as ações que a Awas Tingni realizou perante os Tribunais de Justiça para promover seus direitos. A respeito da petição de suspensão da concessão florestal, o recurso de amparo apresentado pela Comunidade Awas Tingni foi recusado pela falta de respeito constante do Estado em reconhecer os direitos indígenas para as comunidades. De um ponto de vista processual, os tribunais não argumentaram a razão pela qual recusaram o recurso. Para as comunidades indígenas não existe nenhum procedimento mediante o qual possam fazer valer seus direitos ancestrais reconhecidos na Constituição Política. O artigo 18 do Estatuto de Autonomia das Regiões Autônomas estabelece que a administração de justiça deverá ser regida por regulamentações especiais, mas é uma lei geral que nunca foi regulamentada. Não existe nenhum procedimento que permita à autoridade judicial levar em conta as particularidades que deveria considerar. In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos - Derechos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 p.34.

julgou que o Estado desconheceu o principio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana.

A posição de tal instituição, igualmente à do Governo, era de que as áreas vazias eram do Estado, que as comunidades não possuíam título de propriedade e que a concessão lhes iria trazer benefícios porque geraria empregos.

Percebe-se que dentro de uma mesma língua há mudanças de sentido, transformações, a corte usa essa tradição ancestral em relação aos indígenas com a terra, no entanto, na antiguidade era a família que tinha essa relação e não o povo indígena. A corte neste sentido ao aplicar a tradição assumiu uma compreensão do lugar e do tempo do interprete no acontecer que a atividade interpretativa desencadeia (SIMÕES, 2010 p.60).

Ademais, ao chegar à definição do que seria povo⁵⁵, a corte ouviu antropólogos, especialistas no assunto. Aqui a oralidade sobrepõe-se à escrita, verifica-se a complexidade do

⁵⁵ Na audiência pública realizada nos dias 16, 17 e 18 de novembro de 2000, a Corte recebeu as declarações de oito testemunhas e de quatro peritos propostos pela Comissão Interamericana, bem como a declaração de uma testemunha convocada pelo Tribunal em uso das faculdades indicadas no artigo 44.1, entre os peritos, estava Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo e sociólogo, conhece a situação dos povos indígenas da Costa Atlântica da Nicarágua por referência, não diretamente. O conhecimento de que dispõe advém da literatura etnográfica e antropológica sobre a Nicarágua e de relatórios feitos por especialistas, referentes à situação dos povos da Costa Atlântica da Nicarágua, povos que têm estado tradicionalmente marginalizados do poder central e vinculados a alguns interesses de cunho econômico ou internacional, mas muito conscientes de sua identidade cultural, de sua auto-percepção social, por serem grupos sociais com uma continuidade histórica, vinculação com a terra, atividades de tipo econômicas e formas de organização próprias que os têm distinguido do resto da população da Nicarágua. Os povos indígenas são definidos como aqueles grupos sociais e humanos, identificados em termos culturais e que mantêm uma continuidade histórica com seus antepassados, desde a época anterior à chegada a este continente dos primeiros europeus. Esta continuidade histórica adverte-se nas formas de organização, na cultura própria, na auto-identificação que estes povos fazem de si mesmos e no manejo de um idioma cujas origens são pré-hispânicas. Estes povos são conhecidos em nossos países porque mantêm formas de vida e de cultura que os distinguem do resto da sociedade, e têm estado subordinados e marginalizados tradicionalmente por estruturas econômicas, políticas e sociais discriminatórias, que praticamente os têm mantido em condição de cidadania de segunda classe, apesar de que nas legislações, formalmente, os indígenas têm os mesmos direitos dos não indígenas. Entretanto, na realidade, esta cidadania é como imaginária, porque seguem sofrendo de formas estruturais de discriminação, de exclusão social, de marginalização. O que se denomina genericamente direito consuetudinário indígena não é um corpo estruturado, nem muito menos codificado; são uma série de práticas reais realizadas de maneira distinta em diferentes comunidades, para resolver uma série de problemas de administração de justiça, resolução de conflitos, manutenção da ordem interna, normatividade das reivindicações interpessoais, vinculação com o mundo exterior etc. No direito consuetudinário, a terra, ao ser vinculada com os seres humanos, é vista como um lugar espiritual, já que conta com lugares sagrados, com floresta etc. Essa vinculação do ser humano com o território não está necessariamente escrita, é algo que se vive no cotidiano. No atinente à ocupação ancestral da terra, a continuidade é estabelecida em termos de continuidade histórica de um grupo que durante séculos tem mantido uma identidade e da qual deriva precisamente sua situação atual no país em questão. O fato é que, por razões de mudanças históricas, depressões econômicas, violência, guerras civis e pressões do sistema economicamente dominante, que durante séculos tem pressionado e confinado os indígenas em zonas que os primeiros invasores, os colonos e depois as grandes empresas, não têm desejado, os grupos de indígenas têm se visto obrigados a buscar novos habitats, a fim de manter essa continuidade histórica sem a intervenção de forças estranhas, bem como manter sua liberdade e seu direito de viver como eles queiram. Podem ser dados muitos exemplos de

caso a partir do momento que tornou-se um esforço crítico e especial para a CIDH e o STF decidirem através da afirmação oral das testemunhas entre opinião e verdade, a tradição seria o oposto à liberdade de pensamento, pois apaga a história e impõe um modo de pensar como óbvio, único e evidente. Na Raposa Serra do Sol, houveram grupos de estudos, precedidos por antropólogos, demonstrando os limites do território em conformidade com o art. 231 da Constituição Federal, bem como designação de grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares. É o que podemos verificar no parecer do Ministério Público Federal - MPF de folha 398 a 400⁵⁶ - volume 2, no qual se manifestou favorável a demarcação da TIRSS:

Em termos concretos, e seguindo o propósito do constituinte, uma vez positivada a tutela dos povos indígenas, a ação administrativa dá corpo ao modelo adotado, obedecendo ao regime legal em vigor – Decreto nº 1.775/96 e, antes dele, o Decreto nº 22/91 -, que encerra as seguintes fases: (i) estudo multidisciplinar, conduzido por antropólogo, como adiantado, que indicará os limites do território em conformidade com o art. 231 da Constituição Pet 3.388 / RR 57 da República; (ii) designação de grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares, “composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional”; (iii) encaminhamento do resultado do trabalho ao Presidente da FUNAI, que o publicará, em sendo aprovado, no Diário Oficial da União e no da unidade federada onde se localizar a área objeto de demarcação; (iv) abertura de prazo para impugnações, “desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação” referida, que serão julgadas pela FUNAI; (v) remessa do procedimento ao Ministério da Justiça, que poderá declarar, por portaria, os limites da terra indígena, prescrever as diligências que julgar necessárias ou desaprove a identificação. 30. No caso estudado, da ‘Terra Indígena Raposa Serra do Sol’, tome-se como posição do Ministério Público Federal a plena regularidade do procedimento administrativo que resultou no ato demarcatório/homologatório impugnado, porque fundado em consistente estudo antropológico, assim como criterioso na verificação de todas as fases procedimentais exigidas pela ordem legal, seguindo o pronunciamento já mencionado da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da instituição, que o acompanhou em todas as suas etapas. Especificamente em relação ao contraditório e à ampla defesa – ponto atacado com maior ênfase, o que

comunidades que têm se deslocado de um lugar para outro, em épocas históricas relativamente recentes. Tudo isto forma parte da cosmovisão indígena que na atualidade está sendo reunida pelo direito positivo e se está construindo um Direito Internacional indígena. In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag. 18-24.

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal - STF, Petição Inicial 3.388 RR, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/pet3388ma.pdf>, acessado em 12/12/2015.

abarca a alegação de participação deficitária de grupos e entidades determinadas no procedimento demarcatório, verifica-se rigoroso respeito aos comandos do Decreto nº 1.775/96, em especial aos seus arts. 2º, § 8º, e 9º, já declarados legítimos, como efetivos garantidores dos princípios citados, pelo Plenário dessa Corte, quando do julgamento do MS nº 24.045, DJ de 5.8.2005, e MS 25.483, DJ de 14.9.2007. 32. O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só fato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação da faixa contínua de terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos. 33. Verificada, por meio dos estudos cabíveis, a presença dos elementos contidos no art. 231, § 1º, da Constituição da República, caracterizada está a posse indígena, devendo prevalecer sobre qualquer outra, porque essencial ao exercício da identidade do grupo, cabendo à União protegê-la e fazer respeitar todos os seus bens, assegurando-se ainda aos índios o usufruto exclusivo das riquezas ali existentes. A proteção, nesse nível, é efetivada por meio do ato demarcatório de competência do Ministério da Justiça, que será homologado, em seguida, por Decreto do Presidente da República. Pet 3.388 / RR 58 34. Aí a origem da Portaria nº 534/2005 e do decreto homologatório da demarcação, de 15 de abril do mesmo ano, livres, como visto, dos vícios formais apontados, cabendo afastar, com base nas informações prestadas pelas autoridades réis e no art. 3º do Decreto nº 1.775/96 – segundo o qual “os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos [naquele] Decreto” -, a alegação de que a edição da nova portaria, revogadora daquela de 1998 (de nº 820), deveria vir como consequência de procedimento absolutamente desvinculado daquele que precedeu a edição do ato anterior.

Dessa maneira, foram ouvidos antropólogos, estudiosos, para que se compreenda a tradição corretamente, e a isente de preconceitos, é o que preleciona Gadamer (1999, p.409-410), vejamos:

Por isso lhe é particularmente central o problema hermenêutico. Procura compreender a tradição corretamente, isto é, isenta de todo preconceito e racionalmente. Mas isso traz uma dificuldade muito especial, pelo mero fato de que a fixação por escrito contém em si própria um momento de autoridade de peso determinante. Não é fácil consumir a possibilidade de que o escrito não seja verdade. O escrito tem a palpabilidade do que é demonstrável, é como uma peça comprobatória. Torna-se necessário um esforço crítico especial para que nos liberemos do preconceito cultivado a favor do escrito e distinguir, tanto aqui, como em qualquer afirmação oral, entre opinião e verdade.

Diferentemente do estado da Nicarágua, as terras indígenas no Brasil, tem previsão legal na Constituição Federal de 1988, artigos 231 e 232, e aos indígenas é dado a posse permanente da terra, e não a propriedade. Tanto é assim, que o Ministro Menezes de Direito em seu voto, salientou que não há índio sem terra, e a sua relação com o solo é característica da essência indígena, pois tudo que ele é, é na terra e com a terra, daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos. Ressaltou ainda, que de nada adianta reconhecer aos índios os direitos sem assegurar-lhes as terras.

Menezes Direito afirmou que a terminação "terra indígena" que qualifica a área Raposa Serra do Sol deve-se ao estatuto do índio, que é a Lei nº 6.001, de 19 de 12 de 1973.

Com tal ponderação, o ministro demonstrou a tradição na visão Gadameriana de aplicar a letra do estatuto, e a fundiu com a Constituição Federal, ou seja, a fusão de horizontes.

Verificamos então, que dentro de uma mesma língua há transições de sentido, de metamorfoses. A verdade em Gadamer, não é um resultado de aplicação de método, nem um a priori formal, mas perpassa toda a tradição e deve ser encontrada nela e a partir dela. (SIMÕES, 2009, p. 60).

De acordo com o filósofo alemão, de qualquer modo, estamos sempre situado entre tradições e isso não é um processo objetivo, faz parte de nós, um modelo ou um exemplo, um tipo de conhecimento cuja historicidade não percebemos. Se fazemos parte da história e esta não é transparente para nós, por outro lado, o próprio movimento da história, com seu real e com suas contradições, implica na possibilidade de mudança e de resignificação. (GADAMER, 1999, p.282).

Tocando nessa questão de modo bastante singular, Gadamer (1999 p.285) aponta para o fato da impossibilidade de haver um horizonte fechado, e afirma:

O horizonte é algo dentro do que nós nos movemos e que se move conosco. Horizonte muda para uma pessoa que está em movimento. Então, o horizonte do passado, fora do qual toda vida humana não vive e o qual existe na forma da tradição, está sempre em movimento.

Nos casos em comento, não se trata apenas de interpretar o texto, mas de interpretar a história humana. Mesmo porque, os juízes não tiveram acesso ao passado, ela é uma reconstrução a partir do que se tem como documentos, tradição, cultura, folclore, literatura.

Nas decisões de 1º instância dos dois casos, verificamos que, segundo a visão Gadameriana os juízes fecharam o entendimento sobre a questão territorial da comunidade indígena. Esse caso foi de fundamental importância, uma vez que a tradição positivista das decisões do estado da Nicarágua e no Brasil sobre o tema foi quebrada, pois os magistrados observaram a história no tempo, usaram a razão ao observar que a comunidade indígena citada alhures estão nessas terras desde épocas remotas, o território é sagrado, pois lá estão seus ancestrais, o principal bem resguardado foi à vida. Pois, para Gadamer (1999, p.407-408) para superar uma tradição não é preciso negar a tradição, a tradição pode ser combatida com uma nova tradição, a saber:

Uma análise da história do conceito mostra que é somente no Auíklärung que o conceito do preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo, "preconceito" (Vorur- teil) quer dizer um juízo (Urteil) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento jurisprudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, préjuidice, em francês, tal como praejudicium, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. É justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente, que se apóia a consequência negativa. "Preconceito" não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente. Seja como for, a tendência geral do Auíklärung é não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão. Assim, a tradição escrita, a Sagrada Escritura, como qualquer outra informação histórica, não podem valer por si mesmas. Antes, a possibilidade de que a tradição seja verdade depende da credibilidade que a razão lhe concede. A fonte última de toda autoridade já não é a tradição mas a razão. O que está escrito não precisa ser verdade. Nós podemos sabê-lo melhor.

Com a sentença sobre o caso Mayagna Awas Tingny contra a Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidenciou a capacidade de digerir aspectos importantes do direito indígena, ao mesmo tempo em que os conjugava com a normativa internacional regional de proteção dos direitos humanos.

No caso Raposa Serra do Sol, o voto vista do Ministro Menezes de Direito impôs limites ao usufruto dos índios sobre as terras, quando houvesse interesse estratégicos atrelados à defesa nacional. Nesse caso, o Ministro também manteve a tradição, pautado, na **Lei de Terras de 1850**, que é a reafirmação do poder do Estado sobre a terra.

José Luiz Cavalcante⁵⁷, preleciona que no caso da posse na lei de terras, seriam regularizadas todas as terras cultivadas ou com algum princípio de cultura e que constituíssem a morada habitual do posseiro. Era também necessário demarcar e medir suas terras, em prazo a ser fixado. No caso de não cumprimento dessas determinações, a legitimação da posse não seria efetuada. O posseiro apenas recebia o título da posse, porém não se tornava o proprietário. Se houvesse posses localizadas no interior ou nas limitações de alguma sesmaria, seria reconhecido como proprietário aquele que realizou as benfeitorias.

O Estado estabeleceu o direito de reservar terras para a colonização indígena, para a fundação de povoadamentos, para aberturas de estradas, para a fundação de estabelecimentos públicos e para a construção naval. Tratava-se de um aparato para afirmar o controle da terra pelo poder público. Nesse sentido, quando o voto do ministro Direito é proferido, enfatizando que a União tenha o total controle das terras da reserva, pois "o usufruto do índio sobre a terra indígena estará sujeito sempre a restrições, toda vez que o interesse público e de defesa nacional estejam em jogo", fica nítido a visão estadista do referido Ministro.

A Lei de Terra de 1850 é significativa no que se refere à ocupação da terra no Brasil, pois a partir dela a terra deixou de ser apenas um privilégio e passou a ser encarada como uma mercadoria capaz de gerar lucros⁵⁸.

O que o STF fez foi manter a tradição da Lei da Terra, que de acordo com Gadamer (1999, P.421):

Os costumes são adotados livremente, mas não criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. E isso, precisamente, que denominamos tradição: o fundamento de sua validade. E nossa dívida para com o romantismo é justamente essa correção do *Auüklärung*, no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos.

Nota-se a tradição no controle da terra pela União no voto do Ministro Carlos Alberto, uma vez, que, ao lado dessa proteção dos direitos tradicionais dos índios, está

⁵⁷ Bacharel e licenciado pela PUC em história, professor e coordenador do setor de Ação educativa do Arquivo do estado de São Paulo. Fonte: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/>, acessado em 10/12/2015.

⁵⁸ CAVALCANTE. José Luiz. Bacharel e licenciado pela PUC em história, professor e coordenador do setor de Ação educativa do Arquivo do estado de São Paulo. Fonte: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/>, acessado em 10/12/2015.

igualmente garantida a proteção dos interesses da defesa nacional, não sendo, portanto, os direitos indígenas, tomados de forma absoluta, a ponto de predominar em qualquer caso. Pois o estatuto jurídico das terras indígenas, de acordo com o ministro, se caracteriza pelo uso exclusivo dos índios, que todavia, estará sujeito às condições que ora são defendidas no campo da segurança nacional e ora na preservação do meio ambiente.

Estamos diante, claramente, de uma decisão com todos os elementos requeridos para entendê-la como alusiva à proteção dos direitos humanos, a ruptura da tradição em decisões estritamente de cunho patrimonialista e capitalista se desfez nesse caso, e foi realizada a tradição voltada para a posse comunal da terra, baseada em uma cosmovisão⁵⁹.

No caso Mayagna, os juízes Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez e Alirio Abreu Burelli assim entenderam ao proferirem seus votos conjuntamente, In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, (2014.p.68)⁶⁰:

⁵⁹ A perícia de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo e sociólogo, fala da cosmovisão indígena, relatando que, as colinas localizadas no território da Comunidade são muito importantes. Dentro delas vivem os “espíritos do monte”, chefes do monte, que em Mayagna diz-se “Asangpas Muigeni”, que são os que controlam os animais ao redor dessa região. Para aproveitar esses animais, é preciso ter uma relação especial com os espíritos. Em muitas oportunidades é o cacique, que é uma espécie de “xamã” chamado Ditelian, quem pode manter essa relação com os espíritos. Então, a presença de animais e a possibilidade de serem aproveitados mediante a caça está baseada na cosmovisão e tem muito a ver com as fronteiras, porque, segundo eles, esses amos do monte são donos dos animais, especialmente do porco da montanha, que se desloca em manadas ao redor das montanhas. Assim, há um vínculo muito forte com o entorno, com estes lugares sagrados, com os espíritos que neles vivem e os irmãos membros da Comunidade No atinente à ocupação ancestral da terra, a continuidade é estabelecida em termos de continuidade histórica de um grupo que durante séculos tem mantido uma identidade e da qual deriva precisamente sua situação atual no país em questão. O fato é que, por razões de mudanças históricas, depressões econômicas, violência, guerras civis e pressões do sistema economicamente dominante, que durante séculos tem pressionado e confinado os indígenas em zonas que os primeiros invasores, os colonos e depois as grandes empresas, não têm desejado, os grupos de indígenas têm se visto obrigados a buscar novos habitats, a fim de manter essa continuidade histórica sem a intervenção de forças estranhas, bem como manter sua liberdade e seu direito de viver como eles queiram. Podem ser dados muitos exemplos de comunidades que têm se deslocado de um lugar para outro, em épocas históricas relativamente recentes. Tudo isto forma parte da cosmovisão indígena que na atualidade está sendo reunida pelo direito positivo e se está construindo um Direito Internacional indígena. Compreendem-no os Trabalhos das Nações Unidas, no Projeto de Declaração dos Direitos dos Indígenas, compreende-o a Organização dos Estados Americanos, no Projeto de Direitos Indígenas, reúne-o a Organização Internacional do Trabalho, na Convenção 169. Até agora, o reconhecimento desses direitos indígenas é meramente formal, já que não foi possível avançar em sua regulamentação. A Convenção da OIT reúne-os de forma geral e impõe o desafio o de traduzir estas normas em regulamentações no âmbito nacional para que sejam efetivas. In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag. 22-24.

⁶⁰ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag. 68.

A interpretação e aplicação dadas pela Corte Interamericana ao conteúdo normativo do artigo 21 da Convenção Americana e no presente caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni representam, em nosso modo de ver, uma contribuição positiva à proteção da forma comunal de propriedade prevalecente entre os membros de dita Comunidade. Esta concepção comunal, além dos valores nela subjacentes, tem uma cosmovisão própria e uma importante dimensão intertemporal, ao manifestar os laços de solidariedade humana que vinculam os vivos com seus mortos e com os que estão por vir.

A posse indígena não pode ser confundida com aquela posse de cunho estritamente civil. Para o Direito Civil, a posse é uma relação material com a “*res*”, na medida em que seu titular exerce a destinação econômica apropriada para o bem.

A posse civil tem fortes vínculos com o conceito de propriedade, posto que intenta proteger uma relação de fato que oferece todos os traços de uma relação de domínio. É certo, porém, que, se a razão da proteção da posse ao longo dos tempos foi como uma melhor maneira de acautelar a propriedade, atualmente aquela tem tutela específica, como um instituto de direito civil autônomo.

Dessa forma, percebemos que a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação jurídica. Não tem a sua proteção subordinada à existência de uma aparência com a propriedade, nem mesmo se justifica por qualquer semelhança com posse civil ou a ocupação geral. Busca-se permitir que a cultura, os costumes e a organização social dos índios estabeleçam os contornos de sua posse. Logo, por meio do modo de vida dos índios em seu habitat, e de sua relação com a terra, através da tradicionalidade, pode-se aferir que é uma forma de identificar a posse indígena.

Foi o que Cançado Trindade disse ao proferir em seu voto⁶¹:

De ahí la importancia del fortalecimiento de la relación espiritual y material de los miembros de la Comunidad con las tierras que han ocupado, no sólo para preservar el legado de las generaciones pasadas, sino también para

⁶¹ "Daí a importância do fortalecimento da relação espiritual e material dos membros da Comunidade com as terras que têm ocupado, não só para preservar o legado das gerações passadas, mas também para assumir e desempenhar as responsabilidades que eles assumem a respeito das gerações por vir. Daí, ademais, a necessária prevalência que atribuem ao elemento da conservação sobre a simples exploração dos recursos naturais. Sua forma comunal de propriedade, muito mais ampla que a concepção civilista (jusprivatista), deve, a nosso juízo, ser apreciada a partir deste prisma, inclusive sob o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, à luz dos fatos do caso d'espèce". Voto ministros Cançado Trindade, Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, pág. 92, acessado em 15/04/2015.

asumir y desempeñar las responsabilidades que ellos asumen respecto de las generaciones por venir. De ahí, además, la necesaria prevalencia que atribuyen al elemento de la conservación sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de los hechos del cas d'espèce.

É constitucionalmente impossível se determinar uma posse indígena de acordo com os parâmetros estabelecidos na determinação da posse civil, que se identifica com os elementos da propriedade privada dos meios de produção; a posse indígena se identifica com a idéia de habitat de um povo, cuja organização social e etnia são diferenciadas.

Nota-se que, enquanto nessa relação, sobreleva-se o conteúdo patrimonial, naquela relação há um sentimento de pertença, de simbiose com a natureza, de continuidade com os ancestrais e de ligação com suas divindades. As terras que os índios ocupam e sobre as quais lhes é garantida a posse são indispensáveis ao seu desenvolvimento físico-sócio-cultural.

Todavía, deve-se levar em consideração que não são os títulos de registro que garantem o direito à propriedade comunitária das comunidades, mas sim a posse permanente do território ocupado tradicionalmente por estas comunidades. A jurisprudência da Corte e do STF são muito claras ao afirmar que o direito à propriedade não nasce do reconhecimento desta, mas sim do uso e da posse tradicional do território e de seus recursos naturais, já que os territórios tradicionais pertencem às comunidades pelo seu uso e pela sua ocupação antiga.

Aqui, percebe-se que o conceito patrimonialista do direito à propriedade é superado, passando a ser utilizado como um todo, porém dentro das inter relações entre as partes, no qual não é necessário o *animus domini* para se conseguir o título de propriedade, mas apenas a posse para fins de moradia, de sobrevivência e cultural das comunidades indígenas. Podemos verificar essa questão no voto proferido pelo ilustríssimo juiz Cançado Trindade⁶²:

⁶² Consideramos necessário ampliar este elemento conceitual com uma ênfase na dimensão intertemporal do que nos parece caracterizar a relação dos indígenas da Comunidade com suas terras. Sem o uso e gozo efetivos destas últimas, eles estariam privados de praticar, conservar e revitalizar seus costumes culturais, que dão sentido à sua própria existência, tanto individual como comunitária. O sentimento que se observa é no sentido de que, assim como a terra que ocupam lhes pertence, por sua vez eles pertencem à sua terra. Têm, pois, o direito de preservar suas manifestações culturais passadas e presentes, e de poder desenvolvê-las no futuro. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, pág. 92 acessado em 15/04/2015.

Consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.

Pode-se concluir que a interpretação dos juízes foi baseada no elemento conceitual com uma ênfase na dimensão intertemporal na relação dos indígenas da Comunidade com suas terras. Pois sem o uso e gozo efetivos destas últimas, eles estariam privados de praticar, conservar e revitalizar seus costumes culturais, que dão sentido à sua própria existência, tanto individual como comunitária. Essa decisão foi baseada na fusão de horizontes, à partir de uma lente hermenêutica que de acordo com GADAMER, (1999, p.550):

A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta é alcançado e interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. A consciência com experiência histórica, na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes decisivos do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.

O pensamento-guia das discussões que se seguem é o de que a fusão dos horizontes que se deu na compreensão é o genuíno desempenho da linguagem.

Mas isso quer dizer que, na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as idéias próprias do intérprete. O próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como fusão de horizontes.

De acordo com Simões (2010) assumindo o conceito de fusão de horizontes, a interpretação do texto e a interpretação da história como conjunto de acontecimentos humanos no tempo pressupõem e implicam em desafios muito semelhantes e têm como ponto de partida a tomada de consciência do lugar do homem no mundo. A interpretação é uma atividade reflexiva, o que significa dizer que a compreensão do texto - e assim também da história é um compreender-se diante do texto.

O que observa-se nas decisões no presente caso, foi a fusão de horizontes entre a tradição do passado com a do presente, ampliando o sentido de propriedade ancestral em relação a família, com a de um povo. Simões (2010) explica, ainda que esse esforço analítico impõe um certo distanciamento, uma "suspensão fenomenológica" que nos permita distinguir entre o familiar e o estranho, operação hermenêutica preliminar e que é indispensável para tornar possível a definição do trajeto da interpretação a partir do que se queira interpretar. Toda interpretação é um encontro, é um lidar com o outro além de si.

De acordo com Gadamer (1999, p.455):

Quando nossa consciência histórica se desloca rumo a horizontes históricos, isso não quer dizer que se translate a mundos estranhos, nos quais nada se vincula com o nosso; pelo contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que rodeia a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte, que rodeia tudo quanto contém em si mesma a consciência histórica. O passado próprio e estranho, ao qual se volta a consciência histórica, forma parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana e que a determina como sua origem e como sua tradição. Nesse sentido, compreender uma tradição requer, sem dúvida, um horizonte histórico. Mas o que não é verdade é que se ganhe esse horizonte deslocando-nos a uma situação histórica. Pelo contrário, temos de ter sempre um horizonte para podermos nos deslocar a uma situação qualquer.

É neste conceito de fusão de horizontes, que se dá para Gadamer o evento da compreensão, no qual o intérprete, a partir do seu horizonte presente (preconceitos e tradição), ver-se-á frente a um horizonte histórico e baseado em uma consciência histórica efetual, terminará por fundir estes horizontes em um só, gerando um novo horizonte presente e extinguindo aquele horizonte histórico, que terá consistido tão somente em uma fase da compreensão.

Surge, então, a alteridade do texto em face do intérprete. Sob a pressão do texto, o intérprete passa a descartar suas próprias atribuições de sentido pré-compreensivas. Logo, para se compreender algum texto, é preciso deixar que este diga alguma mensagem ao intérprete, por sua tomada de consciência sobre seus próprios pré-juízos.

Verifica-se, que a decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi uma ruptura ao tradicionalismo civilista do conceito de propriedade, de acordo com o voto do juiz citado acima. Ademais, todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em

desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio.

Gadamer (1999) aduz que, para compreender, o intérprete deve abaixar seu escudo formado de pré-compreensões de forma a aceitar que o que o texto lhe quer dizer é diverso do esboço inicial. Pode-se afirmar que, para compreender, é preciso abrir a mente, não cristalizando a possibilidade de compreensão possível nos pré-juízos, embora esses sejam os pontos de partida para a própria compreensão.

Gadamer se refere, à fusão de horizontes, quando o interprete tem um horizonte, uma referencia própria de significado. A interpretação é uma fusão de horizontes na medida em que faz a mediação desses dois planos de significação. Diz Gadamer, que a verdade não advém de um método racional separado da tradição como quer a modernidade, mas sim de um diálogo. Os atos de interpretação são dialógicos, dentro de uma tradição.

A tradição, assim como os preconceitos, formam o pano de fundo de nosso mundo. Embora façamos parte da tradição e sejamos históricos, não estamos acorrentados e cegos. Nossos horizontes de sentido do leitor se funde com o texto, afetando aquele. Não raras vezes, ao lermos, percebemos algo que parecia até claro, que estaria diante de nós, mas que não percebíamos. Existe um dialogo constante entre o passado e o presente na interpretação.

O interprete firma uma definição provisional que é checado com o horizonte do texto. Há um diálogo dentro de uma tradição. E não há um ponto arquimediano⁶³ exterior a ela. É exatamente a tradição que serve de parâmetro para a atitude racional. Para Gadamer (1999, p.415-426), a tradição não é somente o processo de passar conhecimento entre as gerações. Ela é linguagem. Vejamos:

Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma

⁶³ Quando Arquimedes cria a teoria da alavanca, ele disse: “dê-me uma alavanca e um ponto de apoio e moverei o mundo!” Isso é chamado de ponto arquimediano. É um ponto teórico que seria um critério tão forte, que determinaria a condição de qualquer realidade. Inclusive a esfera moral e política. Disponível em: http://notasdeaula.org/dir3/filosofia_02-06-09.html, acessado em 04/07/2015.

centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.

Nos caso Mayagna, percebe-se a quebra dessa visão tradicionalista, a corte rompe essa tradição de decidir de acordo com o conceito de posse civilista, que necessita de título de propriedade.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012), uma das principais características do sistema territorial indígena é a posse coletiva, pois é compartilhada entre os membros da comunidade ou tribo. Considerando essa característica, verifica-se que a posse indígena é muito diferente da posse civil, uma vez que esta exige o singular poder de fato sobre a terra para seu gozo e guarda, e aquela preconiza a tradicionalidade e permanência, revelando vínculos de valores culturais.

Contudo, com a finalidade de firmar a implementação prática do direito indígena sobre suas terras, são imperiosas determinadas medidas de caráter formal, tais como a efetivação de estudos antropológicos, a localização, a imposição de limites territoriais, a individualização do imóvel, entre outras pertinentes à demarcação das terras indígenas.

A demarcação não tem o condão de convalidar um título, mas sim de definir quais terras serão objeto de direito. (FERRAZ JUNIOR, 2004 p. 695).

Ademais, o artigo 21 (2) prevê que ninguém poderá ser privado de usufruir seus bens. A Corte já apontou que “bens” podem ser compreendidos como “elementos corpóreos e incorpóreos, como também qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor”. Os bens corpóreos devem ser reconhecidos como a própria terra usufruída e os recursos naturais providos por esta, localizados tanto na superfície como no subsolo. Já os bens incorpóreos, podem ser identificados como a cultura das tribos indígenas e sua estreita relação com a terra e a religião.

Entre os povos indígenas permanece uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, na acepção de que sua posse não se localiza num indivíduo, mas em uma comunidade. Essas elementos de domínio e da posse das terras não fundamentalmente obedecem à compreensão clássica de propriedade, mas carecem igual abrigo do artigo 21 da Convenção Americana. Ignorar as versões particulares do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a

sustentar que só existe uma forma de usar os bens e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção dessa disposição para milhões de pessoas⁶⁴.

Para José Afonso da Silva (2004, p. 728) 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, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições.

No caso Raposa Serra do Sol, ao mesmo tempo em que foi quebrada a tradição de cunho patrimonialista, ao demarcar as terras indígenas e reconhecer seus direitos territoriais coletivos, consagrados na CF, os direitos dos índios ficaram condicionados à política de defesa nacional, como também foram excluídos a oitiva dos povos indígenas quando da tomada de decisões em assuntos que lhes dizem respeito, ferindo a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em seu artigo 6º, que preleciona:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes. c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Percebe-se claramente neste ponto, que ao mesmo tempo em que o STF, resguardou o território indígena da Raposa Serra do Sol em área contínua, aplicou 19 condicionantes, como demonstrado em capítulo anterior, para que a união tenha total controle das terras, ou seja, a posse indígena, tem limitações. A tradição foi aplicada em dois momentos diferentes,

⁶⁴ Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>, acessado em 25/06/2015 pag.459-460.

uma tradição voltada á quebra do conceito patrimonialista e econômico de propriedade, e a tradição do poder do estado sobre as terras.

Do significado de tradição segundo GADAMER (p.31-34):

Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades.

Tal como na experiência da arte temos de nos haver com verdades que suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metódico, algo semelhante vale para o todo das ciências filosóficas, nas quais nossa tradição histórica, em todas as suas formas, é transformada em objeto de pesquisa, e acaba, porém e ao mesmo tempo, ela mesma manifestando-se em sua verdade. A experiência da tradição histórica vai fundamentalmente além do que nela é possível ser pesquisado. Ela não mostra apenas no sentido de verdade ou inverdade, sobre o que decide a crítica histórica - transmite sempre a verdade, da qual urge em parte tirar proveito.

Como cada comunidade indígena apresenta uma estrutura social, cultural e econômica específica, entende-se que a posse indígena se revela pela ligação territorial que determinada comunidade indígena tem com a terra, desde os seus ancestrais; nela identificando não apenas um espaço físico, mas também um elemento presente e indispensável ao desenvolvimento de suas variadas manifestações étnicas, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus antepassados e os seus costumes peculiares, na ocupação da terra ou na inter-relação com seus elementos vivos.

A busca pela diferenciação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será feita de forma contrária, pois se buscará inicialmente através das formas de convivência dos índios com os elementos naturais do seu espaço, para posteriormente averiguar o tempo que eles permanecem na área. Uma vez apurado que a terra é ocupada nos moldes tradicionais da cultura indígena, lança-se uma garantia para o futuro de forma a consagrar para frente o direito dos índios sobre as terras que habitam de forma tradicional. Nas palavras de Gadamer (2009. p. 363) a tradição dos costumes, da religião e do direito repousa, de sua parte, sobre um saber da vida a partir de si mesma.

Afirma Gadamer (2009) que todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A

tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio.

É na fusão de horizontes, que se dá para Gadamer a ocorrência da compreensão, no qual o intérprete, a partir do seu horizonte atual (preconceitos e tradição), ver-se-á frente a um horizonte histórico e abalizado em uma consciência histórica efetual, acabará por fundir estes horizontes em um só, provocando um novo horizonte presente e extinguindo aquele horizonte histórico, que terá consistido tão somente em uma fase da compreensão. Foi a interpretação dos juízes baseada na fusão de horizontes, que determinou as decisões dos dois casos apresentados, que de acordo com GADAMER, (1999 p. 550):

A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta é alcançado e interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. A consciência com experiência histórica, na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.

O pensamento-guia das discussões que se seguem é o de que a fusão dos horizontes que se deu na compreensão é o genuíno desempenho da linguagem.

Mas isso quer dizer que, na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as idéias próprias do intérprete. O próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como fusão de horizontes.

O referido filósofo traz uma imprescindível contribuição quanto aos momentos integrantes da compreensão acerca do papel da historicidade na pré-compreensão, como parte integrante do processo hermenêutico, antes apenas interpretar, em seguida interpretar e compreender. Assim, não se trata, de modo algum, de assegurar-se a si mesmo contra a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, pelo contrário, de manter afastado tudo o que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. (Gadamer, 2009, p.409)

Dentro desse contexto, as decisões da corte e do STF servirão, além de exemplo de respeito às comunidades tradicionais indígenas, também como parâmetro para outras decisões acerca da demarcação de terras indígenas, no sentido de balizar critérios de demarcação, bem como o de direcionar a participação do Estado em todo o processo e, quem sabe, aumentar a sobrevivência de culturas tradicionais e seus povos.

No caso Raposa Serra do Sol, por exemplo, é inegável o mérito do julgamento do Supremo Tribunal Federal, de deliberar definitivamente uma demanda localizada que persistia por quase 30 anos em que pese lançar incertezas a determinados aspectos que continuam controversos.

Como destaca Damas (2010, p.128):

Para os indígenas daquela região, o STF atendeu plenamente os interesses das etnias residentes, porquanto atendeu como válido e regular todo o processo demarcatório, corroborando a sua forma contínua e mandando desintrusar todos os não índios que lá promoveram reconhecido esbulho. Entretanto, para o futuro da política indigenista no Brasil, alguns retrocessos se verificaram e muitas dúvidas se levantaram.

Não obstante isso, toma-se, como exemplo, a repercussão desta decisão dos povos ocupantes da Raposa Serra do Sol em outras instâncias, com juízes e teóricos procurando aplicar a decisão a outros casos concretos.

No Mato Grosso do Sul, para os índios Terena, foi no sentido de coibir a ampliação de seu território. No caso do Maranhão, para os índios Canela-Apãnjekra, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça manteve a Portaria nº 3.508/2009 determinando a remarcação da TI Porquinhos Canela-Apãnjekra, a fim de manter sua atual demarcação, ou seja, unida às aldeias Bacurizinho e Reserva Canela-Buriti Velho, conforme ementa a seguir:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT - REVISÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR - POSSIBILIDADE. (MS 14987/DF-STJ - Relatora Ministra Eliana Calmon- S1-Primeira Seção – Julgamento - 28/04/2010 - Dje 10/05/2010).

Além desses casos, outros, como o da Terra Indígena Pequinzal do Naruvôte no Mato Grosso do Sul e o estabelecimento de um prazo de 24 meses para a FUNAI finalizar a demarcação de TI no litoral norte de Santa Catarina, também seguiram à decisão da Raposa Serra do Sol.

4.5 O círculo hermenêutico

Ressalta-se que, os presentes casos giraram em torno do que podemos denominar de círculo hermenêutico, que segundo Simões (2010) deve-se fundar a interpretação em uma relação entre o todo e as partes individuais. Toda a compreensão envolve o movimento constante que vai da unidade para o todo e as partes individuais e dessas para a compreensão da unidade do todo.

O todo é interpretação. No caso do direito a interpretação se converte em aplicação. Ao determinar uma norma, o juiz fixa uma direção. A norma jurídica é precisamente isso, quando de diversas possibilidades abertas de interpretação, uma é fixada e aplicada. Toda norma é interpretativa. Todas as diferenças irão aparecer na interpretação, assim se interpreta a lei como lei. A questão não é o texto, é a forma como interpretamos o texto.

Isso é para compreender que a hermenêutica no século XX passa não pela questão de como as coisas são, mas como as entendo e como as interpreto. O processo de interpretação será entendido como constitutivo das coisas.

Não se trata apenas de interpretar um texto, mas de interpretar a história humana como se fora um texto. De fato não temos acesso ao passado. Ele é uma reconstrução a partir do que temos. Quando nos debruçamos sobre ele, ele já não está. O que temos são documentos, depoimentos, folclore, literatura, mas não podemos chamar de passado. Eles consignam coisas que se referem ao tempo dele, entretanto são um presente para nós.

O círculo hermenêutico que Gadamer propõe, é uma dinâmica constante, entre parte e todo, de uma determinada leitura. A atividade interpretativa é sempre dentro de um círculo.

Quando um autor fala em projetar ele o fala a partir do todo e do todo para as partes. Este movimento é um movimento que envolve projeção, ou seja há um a ideia prévia, e ao mesmo tempo, da leitura do texto, este projeto é lançar para adiante.

O preconceito em Gadamer é um elemento do círculo. É ele quem permite a projeção. O preconceito é condição do entendimento e não obstáculo dele.

Dessa forma, de acordo com Gadamer (1999), o ser que pode ser compreendido é linguagem, diz respeito ao aspecto da universalidade da hermenêutica. O conceito de compreensão é uma das características fundamentais e originárias da existência histórica. Os sujeitos que estão inseridos na existência são simultaneamente intérpretes e participantes da tradição histórica, o horizonte do intérprete funde-se com o significado de um texto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise das Constituições brasileiras é possível perceber que o conceito de terra indígena está fortemente associado aos direitos das populações indígenas e ao tratamento dispensado às mesmas pela legislação. É também a partir da proteção constitucional à terra indígena que se opera a superação do paradigma da política de integração das populações indígenas à sociedade “produtiva” para reconhecê-los enquanto sujeitos de direitos em sua própria organização social e costumes, ou seja, uma nova política de interação com a cultura indígena, como tal.

Esse avanço específico em relação à terra indígena acompanha a mudança do paradigma de proteção constitucional ao índio, com ela sendo coerente e de fundamental importância. A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente a organização social, os costumes, as crenças e tradições dos indígenas, bem como o direito originário sobre suas terras. Ao reconhecer e proteger a cultura e tradições indígenas, a Constituição Federal de 1988 altera o paradigma até então vigente em relação às populações indígenas, abandonado uma concepção de integração por outra de interação das populações indígenas com o restante da sociedade

No que tange ao julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, nota-se ser a referida decisão um julgado paradigmático que em muito dignifica a função construtiva constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, posto que estabeleceu-se padrões de orientação para os casos futuros, havendo uma clara extrapolação do objeto da demanda, visto que o questionamento versava sobre a constitucionalidade da demarcação contínua da reserva e não sua eventual extensão futura; não se restringindo, a condicionante, em decidir a controvérsia em questão.

A decisão construiu, portanto, um verdadeiro marco teórico, isto é, um estatuto apto a orientar todos os outros questionamentos envolvendo demarcação de terras indígenas.

A Constituição Federal de 1988, ao constituir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, firmou um compromisso maior com os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais.

A proteção a esse direito é tão importante que a Constituição de 88 determinou que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados

individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade dos grupos que formam a sociedade brasileira, dentre os quais incluem-se os índios⁶⁵. Também ordenou a proteção dos bens, de qualquer natureza, que digam respeito à ação e à memória desses grupos.

Vale anotar que, as comunidades indígenas são titulares do direito as terras que tradicionalmente ocupam, o qual ganha contornos especiais quando vinculado às mesmas, tendo em vista as suas especificidades, e muito embora, o direito ao à posse indígena não tenha sido expressamente mencionado pela Constituição de 1988, o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido de que a posse indígena do direito positivo brasileiro é um direito fundamental.

Conclui-se que, diante de todo o explicitado alhures, há um direito ao a posse indígena no Brasil, e ele tem natureza de direito fundamental e encontra forte lastro na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Tanto a Constituição como a legislação também oferece os elementos básicos da definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, condicionando-os aos usos, costumes e às tradições de cada comunidade indígena. A posse indígena deve ser identificada a partir da forma de viver de cada comunidade, segundo os seus usos, costumes e as suas tradições, marcando definitivamente a sua diferença com a posse regulada pelo Código Civil brasileiro, a qual é aplicada aos particulares em geral, reflete o poder de exercício econômico que o titular tem sobre o bem. Como é conhecido, essa posse privada pode ceder ao direito do proprietário, é alienável e, portanto, transferível. Enquanto que na posse indígena existe uma relação cultural dos índios com a terra transmitida através das gerações, que integra à consciência do povo como um vínculo histórico existente entre eles e os seus ancestrais. Trata-se de um direito inalienável e intransferível.

Os povos indígenas brasileiros ainda necessitam de proteção especial em face dos impactos negativos que podem advir da ganância do poder econômico, da omissão do Estado e de projetos de desenvolvimento nacional.

⁶⁵ Artigo 216 da CRFB.

Uma forma importante de proteção é o reconhecimento de que são, também, titulares do direito ao desenvolvimento e que este direito, neste contexto, ganha peculiaridades próprias, garantidas pelo ordenamento positivo brasileiro no plano constitucional.

A proteção a esse direito é tão importante que a Constituição da República de 88 consagrou que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade dos grupos que formam a sociedade brasileira, dentre os quais, incluem-se os índios⁶⁶. Também determinou a proteção dos bens, de qualquer natureza, que digam respeito à ação e à memória desses grupos.

Vale anotar que, as comunidades indígenas são titulares do direito ao desenvolvimento, o qual ganha contornos especiais quando vinculado a elas, tendo em vista as suas especificidades, e muito embora, o direito ao desenvolvimento indígena não tenha sido expressamente mencionado pela Constituição de 1988, o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido da integração do direito ao desenvolvimento ao direito positivo brasileiro como um direito fundamental.

O desenvolvimento nacional deve considerar a nação como um todo, não apenas a parcela majoritária. É preciso considerar diferentes visões de desenvolvimento pertencentes às múltiplas coletividades humanas que formam, conjuntamente, o estado pluriétnico e pluricultural.

Conclui-se que a demarcação da TIRSS não foi empecilho para o desenvolvimento do Estado de Roraima, uma vez que os povos da TIRSS têm, sim, atividades econômicas, que, no entanto, não são contabilizadas pelo Estado de Roraima. São mais de 14 milhões de reais em circulação por ano, com a maior criação de gado do Estado, 36.233 cabeças, contabilizadas no Projeto Gado pela FUNAI em 2007. Ademais, conforme demonstrado no presente trabalho, o PIB do estado aumentou após a demarcação da TI, e o mais importante, os indígenas promovem seu desenvolvimento sustentável e participam na economia local.

Entretanto, à medida que essas terras são reivindicadas por agentes do sistema produtivo capitalista, o Estado opera no sentido de dar garantia aos direitos indígenas, mas no sentido de fazer valer os direitos dos agentes econômicos, sejam eles personificados na grande

⁶⁶ Artigo 216 da CRFB.

lavoura, na pecuária, no extrativismo ou nos megaprojetos de infraestrutura que buscam viabilizar o abastecimento das regiões industriais de matérias primas e recursos energéticos. O proclamado interesse nacional legitima o desrespeito aos interesses dos povos indígenas. É o que podemos observar dos argumentos utilizados no julgado do Supremo Tribunal Federal, quando do julgado acerca do processo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol. Qualquer que fossem as condicionantes a serem considerados, a primazia restritiva deveria ser dada ao interesse nacional, aspecto que deverá ser estendido a todas as posteriores demarcações de terras indígenas no Brasil.

A lógica do território que se pauta na realização do econômico provoca não só a destruição da identidade cultural indígena, mas a de qualquer ser humano. Essa lógica se viabiliza pela dicotomização, pela separação do “eu” em relação ao “outro”, de um sujeito a um objeto; no entanto, muitos que criticam esse processo de produção societária pautada na lógica do econômico, apontam soluções que visam isolar o espaço e eternizar o tempo das culturas historicamente injustiçadas.

A Criminalização dos povos indígenas entre os movimentos sociais alvos de crescente criminalização estão os que envolvem as lutas dos povos indígenas pela proteção de suas terras e recursos naturais, representando um incômodo aos setores ligados aos interesses do capital transnacional. O contexto da criminalização das lutas dos povos indígenas encontra-se ligado a ideologias que persistem desde o início da colonização. No primeiro caso temos a visão dos indígenas ora como ingênuos e incapazes de discernimento, posteriormente como portadores de uma cultura irracional que os induz a modos violentos e primitivos de solução de conflitos.

A decisão do Supremo de abrir a Terra Indígena Raposa Serra do Sol ao livre trânsito de terceiros e de órgãos públicos com seus equipamentos, de não considerar o direito de consulta às comunidades indígenas, e de limitar o usufruto exclusivo destas nas áreas de proteção ambiental, como o Parque Nacional do Monte Roraima, certamente levará à perspectiva de recrudescimento dos conflitos possessórios e à intensificação do processo de criminalização das lutas indígenas.

Diante o exposto, verificou-se que a violência contra os indígenas atinge as mais diversas áreas, dentre elas o racismo, saúde, educação, infra estrutura, fruto da omissão e do descaso do poder publico. No caso da TIRSS verificou-se que os indígenas sofreram violentas

batalhas em prol de suas terras, porém, 10 anos após a demarcação continuam esquecidos pelo poder público, que os trata como sub cidadãos de um país cada vez mais preconceituoso.

Na decisão do caso *Mayagna Vs. Nicarágua*, a CIDH no que refere ao artigo 21 através de uma análise crítica filosófica, pautou sua decisão através dos conceitos gadamerianos de tradição, fusão de horizontes, linguisticidade e círculo hermenêutico.

O que a CIDH procura fazer é a fusão deste direito de propriedade não familiar, mas a partir de um povo. A tradição está no diálogo, pois a autoridade do que é oral ao do que é escrito só tem espaço na definição do que é povo. Quando a Corte fala do uso exclusivo da terra, não está se falando para todo mundo que queira está na terra, mas sim para o uso coletivo desse povo.

Na propriedade tradicional a titulação envolve a questão da exclusividade da propriedade, pois se vai desapropriar, tem que pagar. Efetivamente, não se tem outro direito de propriedade. O que vale dizer que, o Estado é capaz de exercer o poder excludente, pois não existe mais a propriedade privada, existe a propriedade do Estado, que idealmente é de todos. Quem teria a prerrogativa de excluir é o estado e não aquele que supostamente seria o detentor ideal dessa propriedade. Daí a diferença entre a propriedade titulada, reconhecida para algum *dominus*, pois para o Estado retirar uma parcela ou recurso, ele tem que pagar, e a propriedade que é concedida apenas como posse, nessa não há qualquer obrigatoriedade de pagamento para a utilização de recursos.

REFERENCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. **O novo estatuto dos povos indígenas** – Inovações. Políticas públicas de proteção e promoção dos povos indígenas. Brasília-DF. Escola da Advocacia geral da União, 02 de dez.02009. Palestra transmitida pela TV Escola. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/escola>. Acesso em 22/12/2009.

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; FACHIN, Luiz Edson. O índio e o outro: comentários sobre a ocupação de não-índios em terras indígenas. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria. **Demarcando terras indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria**. Brasília: FUNAI, 1999, p. 132.

ALVES, Eliana Calmon. **A crise do poder judiciário**. Caderno Direito e Justiça, n. 11310. Correio Brasiliense, Brasília, 18 abr. 1994.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In ROCHA, João Carlos de Carvalho. HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras, CAZETA, Úbiratan – coords. **Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.361

ARROYO, Leonardo. **A carta de Pero Vaz de Caminha**. São Paulo, Melhoramentos, 1971. P.63

AZENHA, Gilberto. **Etnodesenvolvimento, mercado e mecanismos de fomento**: possibilidades de desenvolvimento sustentado para as sociedades indígenas no Brasil. In LIMA, Antonio Carlos de Souza, BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.) etnodesenvolvimento e Políticas Públicas: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.

BALDI, César Augusto. **Direito indígena**: Raposa Serra do Sol desafia capacidade dos ministros do STF. In: *Consultor jurídico*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/raposa_serra_sol_desafia_capacidade_ministros_stf>. Acesso em 23. mai. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais** - O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, nº 4. Jan/Fev 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 17 fev. 2014.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro. Zahar. **Tradutores**: GAMA, CLAUDIA MARTINELLI, 1999.

BENATTI, José Heder. **Posse Agroecológica e Manejo Florestal**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____ **Posse coletiva da terra: um estudo jurídico sobre o apossamento de seringueiros e quilombolas**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/terra/benatti.html>> acesso em 21.04. 2014

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição n.º 3388. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118355&caixaBusca=N>>. Acesso em: 11 março de 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **Voto do ministro relator, 27 de agosto de 2008**. In: Makunaima Grita: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009. Pp. 173-214.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução, Estado Atual e Perspectiva**. In: Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Volume III. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2003

CARTA DE RECOMENDAÇÃO DA ONU - Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/setembro-2007/onu-faz-recomendacoes-ao-estado-brasileiro-no-caso-raposa-serra-do-sol>>, acesso em 20/04/2015.

CARLOTO MARTINS, Selma Regina. **Interesses Metaindividuais e ações coletivas**. 1ª ed. – Buenos Aires: Quorum, 2012. p.3

CARVALHO, Joênia Batista de. Org. **Makunaíma grita: Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

CASTRO, Luciano. **Terra de índio: Projeto anula homologação de reserva indígena**. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-mai-24/projeto_anula_homologacao_reserva_indigena>. Acesso em 26 mai. 2015.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO - CIMI. **Relatório de Violência contra os indígenas - Dados 2013**. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/Relatviolenciadado2013.pdf>> acesso em 14/06/2015.

_____. **Relatório de Violência contra os indígenas - Dados 2008**. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1242401186_abertura.pdf> acesso em 16/05/2015.

CLASTRES, Pierre, **Arqueologia da Violência: pesquisas de antropologia política**. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

COLOMBO, Cristovão. **Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento**. Tradução de Milton Persson. Porto Alegre: L&PM, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista: para compreender o mundo em que vivemos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORDEIRO, A. C. C. “**Situação atual e perspectivas para a rizicultura no estado de Roraima**”. In: Anais do II Congresso Brasileiro de arroz irrigado e XXIV Reunião da cultura do arroz irrigado, 20 a 23 de agosto. Porto Alegre, IRGA, 2001. P. 749-750.

CORDEIRO, A. C. C.; MOURO JUNIOR, M. C.; MEDEIROS, R. D. **Análise do agronegócio do arroz irrigado em Roraima: período 19 1 a 2007**.” In: Anais do Congresso Brasileiro de Arroz Irrigado, 6; Reunião da Cultura do Arroz Irrigado, 28, 2007, Porto Alegre: Orium, 2007. p. 719-721.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Instrumentos Internacionales. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/afines/interamericano.html>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2015.

_____. **Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2015.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>, acesso em 24 de julho de 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense: 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Org. **Makunaíma grita: Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

_____. “**O que são Direitos das Pessoas**”, Abril Cultural/Brasiliense, 1984, pp. 54-55 apud LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina**. São Paulo, LTr, 1996.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro**. In. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 103

DUTERME, Bernard, **peuples indigènes et minorités ethniques**: les conditions sociales de leur reconnaissance. In Alternativs Sud, Editorial, vol. VII, Paris, centre tricontinental, L'Harmattan, 2000-2.

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

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 88-89

FARAGE, Nádia. **As muralhas dos sertões**: os povos indígenas no Rio Branco e a colonização. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1991.

FARAGE, Nádia & SANTILLI, Paulo. **Org. Makunaíma grita**: Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

FERRAZ, Cláudio Benito O. & NUNES Flaviana Gasparotti. In: **XII Colóquio Internacional de Geocrítica, com artigo com o tema identidade nacional e/ou territorial: conflito entre indígenas e fazendeiros no centro-oeste brasileiro**, fonte: <<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/08-C-Oliveira.pdf>> acesso em 05 de junho de 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A demarcação de terra indígenas e seu fundamento constitucional**. In Revista brasileira de direito constitucional. n. 3. Método, 2004. p. 695.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao> acesso em 25 de março de 2015.

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do desenvolvimento econômico**. 10º edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALAFASSI, Carolina Mota e Bianca. **A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: processo administrativo e conflitos judiciais. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.pdf. Acesso em 23 de novembro de 2015>.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

GUSTIM, Miracy Barbosa de Souza e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática: Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - **Direitos dos Povos Indígenas - Ministério da Justiça**, 2014. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao->

[internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas](#), acesso em 25 de junho de 2015.

LAURIOLA, Vincenzo. **Org. Makunaíma grita: Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

LIMA, Antonio Carlos de Souza, BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.) **Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas: bases para uma nova política indigenista**. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002.

LIMA, Daniel. *A disputa pela Raposa do Sol. Estadão*. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/infograficos/a-disputa-pela-raposa-serra-dosol,politica,321222>>. Acesso em: 23 de agosto. 2015.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. *O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade*. In: PIOVESAN, Flávia. (Org) Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Prefácio). O Acesso Direto dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: BENVENUTO, Jayme (Org.). Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. 2ª. Edição. São Paulo: Loyola, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 5. ed.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.

MARÉS. Theo. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Terras Indígenas**. Curitiba; Letra da Lei; 2013.

MARTINS, Leonardo. **Igualdade e Liberdade na Justiça Constitucional: Cortes Constitucionais entre self-restraint e vínculo ao Direito constitucional positive**. In Estado Constitucional e organização do poder. Tavares, André Ramos; Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010. (p. 459 a 478).

MATTOS NETO, Antonio José de. **A Posse Agrária e suas Implicações jurídicas no Brasil**. Belém, CEJUP, 1988.

MATTOS NETO, Antonio José de. **Caso Raposa Serra do Sol: um paradigma para o estado de direito agroambiental brasileiro?** Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt8/gt08p10.pdf>> acesso em 23 de dezembro de 2015.

MARTINEZ, Juan Daniel Oliva. **La Cooperación Internacional con los Pueblos Indígenas: desarrollo y derechos humanos**. Madrid: Cideal, 2005.

MORAWSKA VIANNA, Catarina. **Seguindo as trilhas do gado e do arroz na Raposa Serra do Sol: conexões transnacionais no embate entre a pecuária indígena e a rizicultura corporativa.** Porto Alegre, 2015

MOREIRA, Eliane & FONSECA, Luciana Costa da. **Direito, meio ambiente e desenvolvimento no contexto amazônico.** In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo. *Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade.* São Paulo; Método; Belém: CESUPA, 2010 p. 245.

MOREIRA, Márcio Martins, *Noções Introdutórias de direito Romano e Legislação Vigorante,* Livraria Paulista, São Paulo, p.40, 2003.

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.

NADAI, Elza & NEVES Joana. **História do Brasil,** São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Convenção 169. In: *Instituto AMP.* Disponível em <<http://www.institutoamp.com.br/oit169.htm>>. Acesso em 25 mai. 2008.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Caminhos da Identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo.** São Paulo: Editora UNESP, 2006.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direitos Humanos e Desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas.** In AMARAL JÚNIOR, Alberto do, PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 190.

PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF e o mito do legislador negativo.** In COUTINHO, Diogo R; VOJVODIC, Adriana M. *jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Maleiros Editores, 2009 p.21.

PINTO FERREIRA. **Curso de direito constitucional.** 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PINTO DA COSTA, Rosalina Moitta; **A atividade do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva** – a mudança de paradigma no projeto Brasileiro de direitos coletivos. *Tutela jurisdicional coletiva, 2º série.* DIDIER JR, FREDIE, MOUTA, José Henrique e MAZZEI (coords). Salvador: Juspodivm, 2012, pp.643-666.

PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento** – Desafios Contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coordenadoras). *Direito ao Desenvolvimento.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RANGEL, Lucia Helena. In: CIMI - Conselho Indigenista Missionário. **Relatório de Violência contra os indígenas** - Dados 2008. pág. 15 Disponível em: http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1242401186_abertura.pdf acessado em 16/05/2015

RAWLS, Jonh. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RICUPERO, Rubens; MASSAD, Anselmo; ROVAI, Renato. **“Índios e Capitalismo de Faroeste”** In: Julia T. Miras [et al]. Makunaima Grita: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009. Pp. 147-152.

ROCHA, Ibraim et al. **Manual de direito agrário constitucional**: lições de direito agroambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: Incluyente, Sustentável, Sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SÁNCHEZ, Nicolás Ângulo. **El derecho al desarrollo frente a la mundialización del mercado**: conceptos, contenido, Objetivos y sujetos. Madrid: IEPALA, 2005.193-194.

SANTILLI, Paulo. *As Fronteiras da República*: História e política entre os Macuxi no vale do rio Branco. São Paulo: FAPESP e NHII – USP, 1994.

SANTOS, Boaventura de SOUZA, RODRIGUEZ César. *Para ampliar o cânone da produção*. In SANTOS, Boaventura de SOUZA (org.) *Produzir para viver*: os caminhos da produção capitalista. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

_____. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In SANTOS, Boaventura de SOUZA (org.) *reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. Porto: Edições Afrontamento, 1994.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O microssistema da tutela coletiva**: parceirização trabalhista. 2 ed. São Paulo: LTr, 2013 p.35.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

_____. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os Problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. 31ª ed., p. 858

SILVA, Ligia Osório. **Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850**. Campinas: Editora da Unicamp, 1996

SIMÕES, Sandro Alex. **Direitos Fundamentais**. Teoria do direito e sustentabilidade. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU. Rio de Janeiro: Forense; Método; 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, BERGOLD, Raul Cezar (orgs.). **Os povos indígenas e o direito brasileiro**. Curitiba; Letra da Lei; 2013.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

SOUZA, Jessé, **A Ralé Brasileira: Quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. ROUSSEAU, Dominique. Une r surrection: la notion de Constitution. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l' tranger*, 1990, Paris, LGDJ, n. 1, jan./fev. 1990, p. 5-22.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autoconten o no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada no pensamento desenvolvimentista**. In anuário antropológico, n  84. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Pol mica sobre demarca o, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima**. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acesso em 10 de maio de 2014>.

TRECCANI, Girolamo Domenico. **Popula es tradicionais e minera o**. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcos Alan de Melo. Direito e Desenvolvimento. São Paulo; Método; 0020Bel m: CESUPA, 2014 p. 161

WIENKE, Felipe Franz; LAUERMAN, Renata Tcatch. **O Conflito de Interesses no Processo de demarca o da reserva Indígena Raposa Serra do Sol: análise dos discursos envolvidos e da decisão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:< <http://srvapp2s.urisan.tc.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/65/48>>. Acesso em 15 de maio de 2014>.

WOLKMER, Antônio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima S. Direitos Humanos e Desenvolvimento. *In* BARRAL, Welber (org.). **Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005 p.63

·
WRIGHT, Georg Henrik Von. **Norma y accion:** una investigación lógica. Tradução de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970. p. 109