

O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde

Deborah Duprat¹

No ano de 2014, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, rompendo antiga e consolidada jurisprudência², firmada no sentido de que o mandado de segurança não é instrumento hábil à discussão dos limites de terra indígena definidos em portaria do Ministro da Justiça e homologados em decreto do Presidente da República, passou a anular, pela via da ação mandamental, tais atos administrativos sob o argumento de que não havia demonstração de posse indígena na data da promulgação da Constituição de 1988 e tampouco do chamado “esbulho renitente”³.

Esse duplo requisito – ocupação indígena em 5/10/88 ou prova de

-
- 1 Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Povos Indígenas e Populações Tradicionais).
 - 2 MS 25483 (2007), RMS 24531 (2005), RMS 22913 (2004), MS 24566 (2004), MS 21891 (2003), MS 1892 (2001), MS 21649 (2000), MS 21575 (1994), MS 20751 (1988), MS 20722 (1988), MS 20723 (1988), MS 20575 (1986), MS 20556 (1986), MS 20515 (1986), MS 20453 (1984), MS 20235 (1980), MS 20234 (1980), MS 20215 (1980). A 1ª Turma daquela Corte mantém esse entendimento, como revela recente acórdão da lavra do min. Luiz Fux, no RMS 27.255 AgR, publicado em 11/12/2015. Mesmo no âmbito da 2ª Turma, há acórdão publicado em 19/2/2015, relator o ministro Celso de Mello, no sentido da inviabilidade do *mandamus* para a discussão dos limites de área indígena (RMS 29.193 AgR-ED).
 - 3 RMS 29.087, relator Min. Gilmar Mendes, DJE 200, publ. 14/10/2014; ARE 803.462, relator Min. Teori Zavaski, Dje 249, publ. 18/12/2014). Ambos os casos chegaram ao STF após o STJ concluir, na linha da jurisprudência, o descabimento do *mandamus* para tal fim. Também nesse ano, no RMS 29.542, relatora a Ministra Cármen Lúcia, a mesma Turma deliberou pela nulidade de portaria declaratória que redefinia os limites da TI Porquinhos, do grupo kanela, no Maranhão. Esse tema será tratado oportunamente em outro texto.

resistência persistente ao esbulho – fora estipulado por ocasião do julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” (Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1/7/2010), e passara, desde então, a constituir, no entender dos magistrados daquela Turma, um imperativo no reconhecimento de direitos territoriais indígenas⁴.

A questão, rigorosamente, não é de toda nova. Em 1998, o Plenário do STF⁵ viu-se às voltas com a discussão a respeito da titularidade das terras onde se localizavam antigos aldeamentos indígenas, na época já extintos⁶. O ministro Jobim, em

4 Não obstante, em embargos de declaração, o Plenário tenha decidido que aquele acórdão era vinculante apenas para os processos relacionados à TI Raposa Serra do Sol. Confira-se a respectiva ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.” (Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014)

5 RE 219.983, relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 9/12/98 e publicação em 17/9/99

6 Concluiu-se, na ocasião, que as terras indígenas só passaram ao domínio da União com a Constituição de 1967. Sobre o tema, foi editada a Súmula STF 650, segundo a qual “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terra de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas no passado remoto.”

seu voto, chamava a atenção para a impropriedade da teoria do indigenato⁷ no contexto da Constituição de 1988, que substituíra a expressão “posse imemorial” por “posse tradicional”⁸. Segundo ele, o § 1º do atual art. 231 define “terra indígena” mediante a composição de quatro elementos distintos, sendo o primeiro deles a atualidade da posse.

No regime constitucional anterior, a temática relativa às terras indígenas foi, de certo modo, apenas tangenciada pelo STF, na medida em que o entendimento prevalecente por todo esse período foi de que quaisquer conclusões a respeito demandavam incursão em prova, o que era vedado às principais vias pelas quais a questão chegava à Corte: o mandado de segurança, ou o seu respectivo recurso, e o extraordinário. No entanto, alguns importantes parâmetros foram então estabelecidos.

O primeiro deles refere-se ao art. 129 da Constituição de 1934, que inaugura a proteção constitucional ao tema nos seguintes termos: “será respeitada a posse de terra de silvícolas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes,

7 Essa tese tem início em conferência proferida na antiga Sociedade de Ethnografia e Civilização dos Índios, em 1902, pelo Professor João Mendes Júnior: “... já os philosophos gregos afirmavam que o **indigenato** é um título congenito, ao passo que a **ocupação** é um título **adquirido**. Com quanto o **indigenato** não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de abril de 1680, “a primária, naturalmente e virtualmente reservada”, ou, na phrase de Aristóteles (Polit., I, n. 8), - “um **estado** em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento”. Por conseguinte, não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a **ocupação**, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem” (grifos no original). O Alvará de 1º de abril de 1680, referido no texto, ao cuidar das sesmarias, ressaltou as terras dos índios, considerados “primários e naturais senhores delas”.

8 Alfredo Wagner Berno de Almeida registra: “Aliás, nunca houve unanimidade em torno desta expressão. Nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte a expressão “terras tradicionalmente ocupadas” só preponderou pela derrota dos partidários da noção de “terras imemoriais”, cujo sentido historicista, remontando ao período pré-colombiano, permitiria identificar os chamados 'povos autóctones' com direitos apoiados tão somente numa naturalidade ou numa 'origem' que não poderia ser datada com exatidão”. *In Terras Tradicionalmente Ocupadas*, Coleção Tradição & Ordenamento Jurídico, vol. 2. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006, p.33

no entanto, vedado aliená-las”. Doutrinadores passaram a afirmar que, desde então, todos os títulos incidentes sobre terras indígenas eram nulos, conquanto provada a posse permanente. O Supremo Tribunal Federal assim também compreendeu, e, em vários acórdãos do período, é comum encontrar trechos semelhantes a esse:

“A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas “nos termos em que a lei determinar”, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem “ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, tomo VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira (Comentários à Constituição Brasileira, 1983, p. 731/732), Paulino Jacques (A Constituição Explicada, 1970, p. 195) e Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, 1970, p. 346).” (MS 20.575, relator Min. Aldir Passarinho, DJ 21.11.86)

Em relação ao requisito da posse, já havia, tal como a expressara o ministro Marco Aurélio no RE 219.983, a preocupação com o chamado “efeito Copacabana”, ou seja, de retornarem aos indígenas todas as terras por eles ocupadas no passado, sem qualquer sinal de atualidade. Um critério então proposto foi verificar a presença indígena por ocasião da transmissão do título originário. Veja-se a seguinte ementa:

“EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DE IMÓVEL PARA INTEGRAR O PARQUE NACIONAL DO XINGU.

-Verificado que nas terras em causa não se achavam localizados, permanentemente, silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946), à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), pois que foram levados para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), válidos são os títulos de propriedade do suplicante, e a União não poderia ter-se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as respectivas perdas e danos. Ação cível originária julgada procedente.” (ACO 278, relator Min. Soares Muñoz, DJ 11.11.83)

De maneira ainda mais didática, esse trecho extraído do MS 20.215 (relator Min. Décio Miranda, DJ 28/3/1980):

“Aferido que as terras em causa não são ocupadas por silvícolas, ou já não o eram desde os idos de 1960, que parece ter sido a época de sua transmissão a particulares pelo Estado de Mato Grosso, os títulos dos impetrantes, a admitir que tenham regularmente essa origem, sobrenadariam à impugnação que se lhes viesse a fazer sob esse aspecto. Verificado, porém, que a aquisição originária, ou as que se lhe seguiram, coincidem com a regular ocupação indígena, os títulos dos impetrantes perderão a força que acaso formalmente tenham”.

A ausência indígena na área em disputa, por sua vez, era dado que

afastava a proteção constitucional se decorrente de ato de vontade do grupo, e não de esbulho. No julgamento da ACO 323, que, apesar de realizado nos idos de 1993, teve como parâmetro de controle a Constituição de 1967, o ministro Néri da Silveira observou:

“Registro, particularmente, a circunstância de, à época em que o Estado expediu os títulos de domínio, ora objeto da ação, essas terras já eram, sem dúvida alguma, pertencentes ao domínio da União, por força do art. 4º, inciso IV, da Constituição de 1967. Tratava-se de terras ocupadas por índios ao longo do tempo e se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal.” (ACO 323, relator Min. Francisco Rezek, DJ 8.4.94).

Esse rápido apanhado permite intuir que os julgados da 2ª Turma são uma involução na jurisprudência da Suprema Corte no tema “terras indígenas”. Por outro lado, estão em contradição com várias perspectivas por ela adotadas, especialmente no que diz respeito à sua nova conformação constitucional e à fundamentalidade do direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam. No RE 183.188 (DJ 14/2/97), o relator, ministro Celso de Mello, fez constar em seu voto:

“**Emerge** claramente do texto constitucional que a **questão da terra** representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas

constitucionais assegurados ao índio, pois este, **sem** a possibilidade de acesso às terras indígenas, **expõe-se** ao risco gravíssimo da **desintegração** cultural, da **perda** de sua identidade étnica, da **dissolução** de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da **erosão** de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive” (destaque no original).

O presente texto tem por propósito desenvolver as questões acima postas, e, em seguida, analisá-las à vista do caso Limão Verde, do povo terena, em Mato Grosso do Sul.

I – A Constituição de 1934 – suas implicações

Como já referido, 1934 é o marco a partir do qual se inicia a proteção constitucional às terras indígenas. Pontes de Miranda⁹, em análise ao art. 216¹⁰ da Constituição de 1946, de redação bastante similar ao seu correlato da Constituição de 1934, observa:

“O texto respeita a 'posse' do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da *localização permanente*. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam

9 Comentários à Constituição de 1946, tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, pp. 467/468

10 “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há *posse e localização permanente*, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é *nula*, por infração da Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra silvícolas que tenham posse, e nas terras, de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como conseqüências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição, incluídos aqueles que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola, ainda que por posse de quinze anos; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo para preclusão, por infringirem texto constitucional” (destaques no original)..

Veja-se que, não obstante a ausência de expressa previsão constitucional, a posse indígena e a localização permanente eram pressupostos, desde 1934, aptos a gerar a nulidade de qualquer título incidente sobre a respectiva área. Significa dizer que esse direito, com tais atributos, foi incorporado ao patrimônio indígena, e a inércia, desídia, ação ou omissão do Estado não têm potencialidade de neutralizá-lo.

O Supremo Tribunal Federal teve por constitucionais – e os aplicou reiteradamente – diplomas legais que impediam desapropriação para fins de reforma

agrária quando a propriedade tivesse sido invadida. Os casos foram muitos em razão da grande atuação do MST, especialmente na década de noventa¹¹. A *ratio* que subjaz a tal compreensão é a mesma que deve orientar aquela relativa às terras indígenas: direitos constitucionais não se perdem por fatos alheios à vontade de seus titulares

De modo que a perda da posse, a partir de 1934, só se presta a desqualificar uma área como indígena se ela foi voluntária. O esbulho, ato contrário à Constituição e às leis, não pode ter aptidão de neutralizar um direito, mesmo com o passar do tempo. Tal conclusão ainda mais se potencializa diante do cenário constitucional posterior, reforçando e ampliando a proteção às terras indígenas¹².

Por outro lado, se é verdade que não há direito adquirido a regime jurídico de determinado instituto – e são reiterados os julgados do STF no que diz respeito ao direito de propriedade em face dos direitos territoriais indígenas¹³ - o

11 Em recente precedente sobre o tema, consta da ementa: “A necessidade de observância do império da lei (“rule of law”) e a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional do Estado – que configuram valores essenciais em uma sociedade democrática – devem representar o sopro inspirador da harmonia social, significando, por isso mesmo, um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação resulte do intuito deliberado de praticar atos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis e à supremacia da Constituição da República perpetrados por movimentos sociais organizados, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). – O Supremo Tribunal Federal, em tema de reforma agrária (como em outro qualquer), não pode cancelar, jurisdicionalmente, atos e medidas que, perpetrados à margem da lei e do direito por movimentos sociais organizados, transgridem, comprometem e ofendem a integridade da ordem jurídica fundada em princípios e em valores consagrados pela própria Constituição da República. Precedentes.

(MS 32752 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 07-08-2015 PUBLIC 10-08-2015)

12 Na ACO 312, julgada em 24/9/2008, o Relator, ministro Eros Grau, destacou em seu voto: “Observo desde logo que, no Brasil, disputa por terra indígena entre quem quer que seja e índios consubstancia algo juridicamente impossível. Pois quando dizemos *disputa* aludimos a uma oposição entre *direitos* e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir *direito* nenhum” (destaques no original).

13 No MS 20.575, por exemplo, o relator, Min. Aldir Passarinho, após invocar passagem do voto

contrário é evidente por si, sem necessidade de explicação adicional: há direito adquirido a regime jurídico que segue inalterado, apenas reforçado por sofisticações laterais. É o que ocorre com a posse indígena desde 1934¹⁴.

Há um outro efeito colateral decorrente da Constituição de 1934.

Todorov¹⁵, em um estudo clássico sobre a definição do outro por ocasião da conquista da América, aponta uma das contradições fundamentais do processo:

“Toda a história do Descobrimento da América, primeiro episódio da Conquista, leva a marca dessa ambiguidade: a alteridade humana se revela e

proferido pelo Min. Moreira Alves no RE 94.020, no sentido de que “se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é a propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato”, ressaltou: “Da mesma forma, a regra constante do art. 153, § 22, da Constituição, não pode emprestar fundamento à pretensão dos impetrantes, porquanto é a própria Lei Maior que consagra a insubsistência de qualquer título de propriedade privada sobre as áreas de posse permanente dos silvícolas (CF, art. 4º, IV, e 198). Tenha-se presente que as regras constantes dos arts. 198 e 4º, IV, da Lei Maior, contêm, em verdade, uma declaração de extinção da propriedade privada em terras habitadas em caráter permanente pelos silvícolas. Não há pois, como afastar a sua incidência imediata e geral com a alegação de direito adquirido ou de situação jurídica consolidada.

14 CF de 37: “Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”; CF de 46: “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”; CF de 67: “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”; EC 1/69: “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos silvícolas. § 2º. A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio”. A Constituição de 1988 contém um capítulo destinado aos índios: arts. 231 e 232

15 TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América – a questão do outro*, 2ª ed. Trad. Beatriz Perrone Moi. São Paulo: Martins Fontes

se nega a um só tempo”

Ariza¹⁶, em análise a esse texto, esclarece:

“Não se desconhece a existência do outro, sua presença individual e coletiva é reconhecida. Mas esse reconhecimento não pode implicar a igualdade, assumir que aqueles que são estranhos têm direito ou a possibilidade de reproduzir sua cultura e seu modo de vida. Por isso, a definição, nesse caso, do aborígene americano como um ser inferior que apenas participa dos atributos ideais do ser humano ocidental é essencial para o desenvolvimento da campanha conquistadora”.

Tendo por pano de fundo o cenário colonial do Brasil¹⁷, é possível afirmar que o artigo 129 da Constituição de 1934 é um primeiro passo na direção de conferir aos povos indígenas e seus indivíduos direitos humanos fundamentais, tais como dignidade e igualdade. Os textos constitucionais a ela posteriores reforçam essa convicção, na medida em que representam inegável evolução no trato da matéria¹⁸.

16 ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontífica Universidad Javeriana, 2009, p. 40

17 Alfredo Wagner observa o quanto esse dispositivo contrasta com “as legislações agrárias coloniais, as quais instituíram as sesmarias até a Resolução de 17 de julho de 1822 e depois estruturaram formalmente o mercado de terras com a Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850, criando obstáculos de todas as ordens para que não tivessem acesso legal às terras os povos indígenas, os escravos alforriados e os trabalhadores imigrantes que começavam a ser recrutados. Coibindo a posse e instituindo a aquisição como forma de acesso à terra, tal legislação instituiu a alienação de terras devolutas por meio de venda, vedando, entretanto, a venda em hasta pública, e favoreceu a fixação de preços suficientemente elevados das terras”. Ob. cit. p. 34

18 v. nota 13

Um dos princípios centrais em direitos humanos é o da proibição do retrocesso, que veda a eliminação das concretizações alcançadas na proteção de um direito, permitindo apenas adições e melhorias. Segundo Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer¹⁹, a garantia da proibição de retrocesso tem por finalidade “preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição de direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais²⁰.”

De modo que não seria possível, em especial pela via hermenêutica, desconsiderar o ganho de proteção constitucional às terras indígenas desde 1934, legitimar as desterritorializações forçadas, e instaurar, a partir de 1988, um regime que confere validade ao esbulho se os indígenas a ele não se opuseram por décadas a fio. O retrocesso, aqui, parece não demandar maior explicação.

Em conclusão quanto a esse tópico, os direitos territoriais indígenas consagrados pela Constituição de 1934 e reafirmados em todos os textos constitucionais posteriores só podem ser negados se houve descontinuidade da posse por opção do

19 SARLET, Ingo & FENSTERSEIFER, Tiago. “Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*, 58, abril-junho 2010.

20 No mesmo sentido, voto do min. Celso de Mello (STA 175-Agr, Dje 30/4/2010): “o postulado da proibição do retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis de concretização por ele já atingidos.

próprio grupo. Aliás, nesse exato sentido o art. 28.1 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: “os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado”.

II – O regime da Constituição de 1988 - “terras tradicionalmente ocupadas”

Não há controvérsias quanto ao fato de que a Constituição de 1988 representa uma clivagem no trato da questão indígena à vista dos ordenamentos constitucionais pretéritos: rompe com o paradigma da assimilação, institui e valoriza o direito dos povos indígenas se considerarem diferentes e serem respeitados como tais e reforça as suas instituições, culturas e tradições²¹.

21 Os considerandos da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas evidenciam bem esse movimento: “Afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais”; “Afirmando ainda que todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendam alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas”; “Preocupada com o fato de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses”; “Consciente da necessidade urgente de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos”.

Esse mesmo movimento é observado no plano internacional. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu “povo”, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura com o modelo anterior²². Está expresso em seu texto:

“Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas, religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”(...)”.

Todos esses textos normativos, por sua vez, têm a terra como elemento essencial ao exercício dos direitos que passam a ser então reconhecidos aos povos indígenas. É interessante, nesse aspecto, observar a forma como a Constituição estruturou o capítulo dos “índios”: são apenas dois artigos, sendo que o 231 é composto

²² Também em seu corpo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas expressamente estatui em seu Artigo 8.1: “Os povos e indivíduos indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura”.

de sete parágrafos, todos eles relativos às terras indígenas; já o art. 232 conta apenas com o seu *caput* e disciplina o acesso a juízo.

A centralidade da terra está exatamente na sua estreita relação com os aspectos culturais e identitários do grupo²³. Essa circunstância foi ressaltada no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em vários votos. Veja-se, por exemplo, aquele proferido pelo ministro Menezes Direito:

“Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

(...). É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão idéia de algo gerado e formado em determinado **locus**. O índio é, assim, um ser de sua terra. “*A posse de um território tribal é condição essencial à*

23 Sobre a a relação terras indígenas e identidade, a Corte Interamericana de Direito Humanos proferiu decisões paradigmáticas. Por exemplo, no caso da *Comunidade Indígena Yakye v. Paraguai*, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que “a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial”.

sobrevivência dos índios”, escreveu **Darcy Ribeiro** em 1962 (A Política Indígena Brasileira. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962. pág. 143).

Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.”

Tamanha é a importância desse elemento que a Constituição de 1988, de forma inaugural, estabeleceu um conceito para “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Segundo o § 1º de seu art. 231, “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

A terra indígena, portanto, há de contar com todos esses atributos. Ela não é apenas o local de habitação; é a soma dos espaços de habitação, de atividade produtiva, de preservação ambiental e daqueles necessários à reprodução física e cultural do grupo.

Essa concepção de terra indígena, bastante ampliada em relação àquela considerada a partir dos textos constitucionais pretéritos, é uma decorrência direta do propósito enunciado na Constituição e em tratados internacionais, de que esses povos,

além de terem condições plenas de viver e projetar suas vidas de acordo com suas concepções de mundo, se multipliquem e leguem às gerações futuras as condições ora desfrutadas. Tal conclusão, além da literalidade do texto normativo, conta com o endosso do ministro Menezes Direito. Apropriando-se da expressão “fato indígena” cunhada pelo ministro Nelson Jobim, define-o pelo concurso desses elementos, aos quais agrega o marco temporal de 5 de outubro de 1988. Confira-se:

“Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem ser manifestar.

Para além desse fator temporal, exigem-se na caracterização das terras indígenas, como expõe **Luiz Armando Badin**, os seguintes fatores:

(...).

b) fator econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo);

c) fator ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem estar;

d) fator cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua

reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica” (Sobre o conceito constitucional de terra indígena. **In** Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 51. nº 190, jul/dez-2006. Págs. 127 a 141).”

(...)

“Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, **constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra**, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta” (destacou-se).

E ele retorna a essa compreensão para explicar porque tem por razoável a existência de dois laudos sobre a Raposa Serra do Sol, um produzido em 1981 e outro em 1993, o último com área superior ao primeiro:

“Ainda que pudessem ser mais didáticos e diretos, menos retóricos, deles [de ambos os laudos] é possível extrair a justificativa para a identificação da área da terra indígena desde aquela esboçada em 1981. **Trata-se da necessidade, prevista no dispositivo constitucional, de assegurar aos índios as terras anexas às áreas onde residem e onde praticam suas atividades**

produtivas, reservadas para a preservação dos recursos ambientais de que precisam para sua sobrevivência e para a sua reprodução física e cultural” (destacou-se).

Tal interpretação está na linha da evolução da disciplina constitucional da matéria²⁴. A única curiosidade no voto do ministro Menezes Direito – de longe aquele que mais se deteve sobre a territorialidade indígena à vista de seus novos pressupostos – é a insistência no marco temporal, especialmente sem problematizá-lo. Não faz muito sentido ver em uma Constituição de viés emancipatório, que trata com tamanho cuidado as terras indígenas, a desconsideração dos direitos territoriais adquiridos, validando expulsão e esbulho.

III – O pluralismo e as diferentes visões de posse e de resistência ao esbulho

O tema “terras indígenas”, tanto no contexto da Constituição de 1988 como no direito internacional, tem por pressuposto três ideias centrais que se articulam entre si: identidade, pluralismo e liberdades expressivas²⁵.

Como já referido anteriormente, o indígena foi considerado, pelo colonizador, um elemento da natureza, já que a cultura era um atributo dos “civilizados”. A política de aldeamento foi concebida com o múltiplo propósito de

24 Ver nota 13

25 O tema a seguir tem maior desenvolvimento em DUPRAT, Deborah. “A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada” In *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*, Deborah Duprat (org.). Brasília: ESMPU, 2015

conhecer, controlar, adestrar e transformar. Portanto, até a Constituição de 1988, as terras indígenas eram espaços em que os povos indígenas eram mantidos como um elemento estranho em face do restante da sociedade nacional, até a sua completa regeneração, normalização e inclusão no mundo civil.

Essa é uma concepção que também está fortemente ligada à gênese do Estado nacional e aos seus processos de unificação, centralização, padronização e homogeneização²⁶. E um dos instrumentos mais eficazes para esse propósito é a unificação do mercado linguístico.

Certamente, tudo está mudado na contemporaneidade, ao menos no plano normativo. Há, na Constituição de 1988 e em vários textos internacionais, um investimento no sentido de permitir aos povos indígenas orientar-se pela visão de si e lançar-se ao mundo autarquicamente²⁷.

Por outro lado, os povos indígenas são convidados a participar de uma sociedade que se abre à pluralidade dos modos de vida²⁸. No artigo 215, a Constituição

26 BOURDIEU, Pierre. “Sobre o Estado”. São Paulo: Companhia das Letras, 2014; HOBBSBAWN, Eric J. “Nações e Nacionalismos desde 1780 – programa, mito e realidade.” Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. ANDERSON, Benedict. “Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008

27 DUPRAT, Deborah. “O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade”. In *Pareceres Jurídicos : direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Deborah Duprat (org.) Manaus: UEA, 2007.

28 O Artigo 5 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas consigna: “os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado”.

determina que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”. E como sinais distintivos da identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, inclui, dentre outros, suas “formas de expressão” e seus modos de criar, fazer e viver (art. 216, I e II).

É interessante observar, nesse ponto, a identidade entre a formulação constitucional e a de Wittgenstein²⁹. Este defende que o significado de uma palavra decorre do uso de que dela se faz e que os “jogos de linguagem” e as “formas de vida” são extremamente variados. Daí por que a linguagem é convencional e diferente nas distintas culturas. Diz ele:

“na linguagem os homens estão de acordo. Não é um acordo sobre as opiniões, mas sobre o modo de vida. Para uma compreensão por meio da linguagem, é preciso não apenas um acordo sobre as definições, mas (por estranho que pareça) um acordo sobre os juízos”.

Tampouco é por acaso que, ao lado da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural³⁰, a UNESCO adota, em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, promulgada, no Brasil, pelo Decreto 6.177, de 1º de agosto de 2007. Esta, em seu preâmbulo, aciona pluralismo/identidade/liberdades expressivas, reconhecendo que “a cultura assume

29 Wittgenstein, L. “Investigationes filosóficas”. México: UNAM, 1988, p. 94, §§ 241/242

30 Em seu art. 4, proclama que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.

formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade”; e que “a diversidade cultural se fortalece mediante a livre circulação de ideias e se nutre das trocas constantes e da interação entre culturas”. E estatui em seu artigo 1: “a diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem suas expressões culturais”.

Como se vive, felizmente, num regime de constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente aqueles relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico³¹, é impossível recusar a incidência desse conjunto de disposições ao processo judiciário. Aliás, aqui, com muito mais razão, porque o princípio do contraditório exige que as partes que contestam sejam contempladas com idênticas oportunidades. Portanto, é indispensável permitir ao grupo indígena que verbalize a representação que tem dos fatos³².

31 Cf. Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005; Luís Roberto Barroso. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 203-250; Daniel Sarmiento. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidade”. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Daniel Sarmiento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113

32 DUPRAT, Deborah. “O papel do judiciário na demarcação de terras indígenas”. In “Povos Indígenas no Brasil, 2001/2005” Beto Ricardo e Fany Ricardo (orgs.) São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

Se prevalece a compreensão do direito estatal como corpo de normas objetivo, neutro e determinado – visão por muito tempo naturalizada – desfaz-se o compromisso com a pluralidade. Um significado aparentemente claro da norma atesta apenas a hegemonia de uma interpretação específica.

Por outro lado, fala-se, hoje e cada vez mais, que a interpretação de uma norma jurídica não é monopólio dos juristas. Na expressão de Peter Häberle³³, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, ao menos, por co-interpretá-la”. Dworkin³⁴ também admite que teóricos e práticos estão engajados num mesmo tipo de raciocínio, ou seja, numa tentativa de impor a melhor interpretação à prática que encontram.

Não é possível prosseguir, no regime de uma Constituição de viés pluralista, homologando as definições naturalizadas de posse, esbulho e resistência, que foram incorporadas pelo direito a partir de uma visão hegemônica, com o descarte de inúmeras noções laterais possíveis. É por isso que o artigo 8.1 da Convenção 169-OIT determina que “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”³⁵.

33 HÄBERLE, Peter. “Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 49

34 DWORKIN, Ronald. “A justiça de toga”. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho: “A linguagem só pode adquirir sentido a partir dos fatos sociais, das expectativas e das formas em que está presente, um fato sintetizado no tosco mas conhecido slogan, segundo o qual a chave do significado está no uso.”, p. 57

35 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu artigo 13, assegura aos povos indígenas que “possam entender e fazer-se entender nas atuações políticas, jurídicas e administrativas

IV – O caso Limão Verde: Ag Reg no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462-MS

Nesse acórdão, a 2ª Turma do STF, por unanimidade, deu provimento a recurso extraordinário em que se pleiteava a nulidade dos atos administrativos de reconhecimento da Terra Indígena Limão Verde, de uso tradicional do povo Terena, em Mato Grosso do Sul, apenas no que diz respeito à Fazenda Santa Bárbara.

O relator, ministro Teori Zavascki, entendeu ausentes os pressupostos antes referido: ocupação indígena na área disputada, em outubro de 1988, e demonstração de esbulho renitente. No que diz respeito ao primeiro deles, disse:

“Ora, no caso, tanto o voto vencedor, quanto o voto vencido do acórdão recorrido permitem concluir que a última ocupação indígena na área objeto da presente demanda (Fazenda Santa Bárbara), deixou de existir desde, pelo menos, o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da região. Portanto, é certo que não havia ocupação indígena em outubro de 1988.

Argumenta, porém, o voto vencedor, que, 'ainda que os índios tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação'. Esse entendimento, todavia, não se mostra compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, conforme já afirmado, é pacífica no sentido de que o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não

abrange aquelas que eram ocupadas pelos nativos no passado. Nesse sentido é a própria Súmula 650/STF: 'os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”

Quanto ao esbulho, consignou:

“O voto vencedor do julgado atacado considerou presente a ocorrência desse esbulho nos seguintes termos:

‘Na hipótese, restou incontroverso que, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, os índios da etnia Terena não estavam na posse da área reivindicada, posteriormente demarcada e homologada pelo Decreto Presidencial.

Importa saber, portanto, se dela foram os índios desalojados em virtude de renitente esbulho praticado por não índios. Acerca desta questão, o laudo pericial explica exatamente como os silvícolas foram desalojados do local onde viviam. (fl.1100): "Como indicamos nos itens 2.1 e 2.2, e depois nos itens 4.1 e 4.2 deste laudo, o processo de colonização da região da bacia do Aquidauana se intensifica especialmente depois do término da Guerra do Paraguai. Na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas, como Ipegue na planície e o Piranhinha nos morros, como são registrados nos documentos já citados, pelo menos desde 1865-66. A partir de 1892 inicia-se um processo de colonização conduzido por um grupo de coronéis (apesar de que antes da aquisição de terras por esse grupo, já existiam posseiros na

região, como é o caso de João Dias Cordeiro) por meio da constituição vila de Aquidauana e de propriedades rurais e urbanas. Pelos documentos localizados, a partir de 1895 em diante inicia-se um processo de titulação em terras localizadas entre o Córrego João Dias, o Morro do Amparo e o Aquidauana que se choca com as terras de ocupação indígena em diversos pontos. Isso caracteriza um choque entre o poder local e a economia agropecuária e a sociedade Terena. Esse choque de interesses sobre as terras e os recursos ambientais está registrado nos diversos documentos analisados e citados no laudo, e resultará na titulação das terras para o município em 1928 e depois na criação da Colônia XV de Agosto em 1959, incidentes na área depois identificada como indígena. Assim, consolida-se o processo ocupação nos territórios em questão. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área. mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje. uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra." (grifei).

Além disso, o MM. Juiz sentenciante constatou na inspeção judicial que, a partir do ano de 1953, os índios, não por vontade própria, ficaram impedidos de utilizar as terras da área litigiosa. Confira-se o seguinte trecho da r. sentença: "Por ocasião da inspeção que realizei na área em litígio constatei que a Fazenda Santa Bárbara tem divisa bem definida com as terras indígenas. Além da divisa natural, representada pelo paredão da Serra de Amambaí, tornando difícil o acesso entre as glebas, existem cercas em todo o perímetro da fazenda. Essas cercas remontam à época que antecedeu a passagem do agrimensor Camilo Boni (1953)." - (fls. 2417)

Diante disso, restando comprovado, nos autos, o renitente esbulho praticado pelos não índios, inaplicável à espécie, o marco temporal aludido na PET 3388 e Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, não vislumbro como afastar as conclusões do laudo oficial, considerando que nem mesmo os argumentos que foram deduzidos pelo assistente técnico do autor conseguiram desconstituir a conclusão a que chegou o perito judicial, de reconhecida idoneidade e competência. (fl. 2831/2832) (ff. 9-10)'

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.”

Especialmente quanto às “circunstâncias de fato”, não teve como hábeis à demonstração de resistência ao esbulho “(a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai.”

- Ocupação

É importante ressaltar aquilo que está incontestado no acórdão: a ocupação terena da Fazenda Santa Bárbara vem de longa data e permaneceu até 1953, quando então o grupo foi forçado a deixar a área. Esses dados remetem às considerações feitas no item I desse texto e induzem à mesma conclusão a que ali se chegou: como havia ocupação permanente em 1934, as terras que depois vieram a formar a Fazenda Santa Bárbara passaram a integrar o patrimônio do povo terena, sob a forma de posse, e a contar com a proteção efetiva do direito. E, como não houve abandono voluntário, jamais deixaram de ostentar essa condição.

O mais interessante, todavia, é confrontar essa ocupação com os próprios parâmetros estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol.

O art. 231 da CF estatui que “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”.

Foi com base na literalidade dessa norma que o Supremo Tribunal

Federal, no julgamento da Pet 3.388, decidiu que deveria haver ocupação tradicional em 5 de outubro de 1988. Nas palavras do ministro. Menezes Direito:

“Sendo seus principais elementos constituídos pelo advérbio '*tradicionalmente*' e pelo verbo '*ocupam*', é o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas.”

O primeiro requisito a ser observado é a presença indígena na área, em 5 de outubro de 1988. Mas essa ocupação não se traduz necessariamente na edificação de habitações³⁶. Aliás, por ocasião do julgamento da ACO 278, em 1/12/1982, o ministro Aldir Passarinho já observava:

“Ora, na vigência da Constituição de 1946, quando a venda se efetuou, a posse lhes seria assegurada se, como se viu, estivessem os índios permanentemente localizados nas terras. Não haveria de exigir-se que estes se encontrassem fixados em pontos certos, pois os índios andam normalmente em busca de melhores áreas para suas atividades de caça e pesca e pequena lavoura, mas tudo dentro de uma gleba mais ou menos conhecida”.

Convém recordar que o fato indígena, que vai permitir a caracterização de uma área indígena, precisa contemplar os seguintes fatores: (a) habitação permanente;“(b) econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades

36 Já em 1961, o ministro Victor Nunes Leal observava: “Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista; trata-se de *habitat* de um povo” (RE 44.585, DJ 11.10.1961).

produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo; (c) ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem estar; (d) cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica”.

Pois bem, o acórdão ora sob exame transcreve o seguinte trecho do laudo antropológico:

“Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra.”

Ou seja, o que o laudo revela, textualmente, é que não havia mais habitação indígena na área da fazenda Santa Bárbara a partir de 1953, mas a ocupação persistiu até os dias de sua elaboração³⁷, com os indígenas fazendo uso, naquela área, de recursos naturais e ambientais, mediante caça e coleta.

³⁷ Trata-se de laudo produzido por perito do juízo, apresentado em 3/set/2008 nos autos da ação que dá origem ao presente recurso (proc. 2003.60.00.011984-2)

Diante dessa informação, fica difícil afirmar, sem um mínimo de problematização, que não havia ocupação indígena na fazenda Santa Bárbara em outubro de 1988.

Uma leitura completa do laudo, ao contrário, reforça a convicção de estar presente o requisito temporal, na medida em que, tradicionalmente, as habitações da área indígena Limão Verde se localizavam ao longo dos rios, sendo que, na região da serra, onde se situa a fazenda Santa Bárbara, desenvolvia-se, tal como na atualidade, principalmente atividade de caça e coleta³⁸.

Portanto, das duas, uma: ou se conclui pela ocupação tradicional indígena em outubro de 1988 na fazenda Santa Bárbara, diante do que afirma o laudo antropológico, ou se entende que essa passagem do laudo precisa ser analisada à vista da sua inteireza e do confronto com outras provas, o que resultaria na inviabilidade do recurso, em face do óbice da Súmula 279-STF³⁹.

De mais a mais, a leitura da sentença revela aquilo que o acórdão não vê: a Fazenda Santa Bárbara é uma porção da TI Limão Verde⁴⁰. De modo que, tal como afirmou o ministro Menezes Direito no precedente tantas vezes citado, poderia ser

38 De resto, no julgamento da ACO 312, concluído algum tempo depois da Pet 3.388, o relator fez consignar em seu voto: “a baixa demografia indígena na região em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados pelo forasteiro, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas.”

39 “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

40 Consta da sentença que “a Fazenda Santa Bárbara tem divisa bem definida com as terras indígenas”

anexada à área de habitação permanente, de modo a assegurar as atividades produtivas e os recursos ecológicos necessários ao bem estar do grupo⁴¹. Esse agregado e mais as áreas necessárias à reprodução física e cultural dos terena é que formará a terra por eles tradicionalmente ocupada, ou seja, o “fato indígena”.

O ministro Victor Nunes Leal, no RE 44.585⁴², afirmou: “se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar”. Como o julgamento é de 1961, a Constituição referida é de 1946.

De modo que, por onde quer que se caminhe, a conclusão é de que a Fazenda Santa Bárbara é de ocupação tradicional indígena, qualquer que seja a perspectiva, de outrora ou a atual, com os parâmetros estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol.

- O regime jurídico indígena antes de 1988

41 A sentença consigna: “O outro fundamento que me leva a desacolher a pretensão do autor está no fato da gleba ser ***imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessidades a sua reprodução física e cultural*** (art. 231, § 1º, da CF)” (destaque no original) E, adiante, acrescenta: “Com efeito, disse o perito que na gleba litigiosa está a cabeceira do Córrego João Dias e a maior parte do seu curso, de maneira que existe uma fonte de água importante para a lavoura dentro dos territórios indicados”.

42 Ver nota de rodapé 36

Existe consenso quanto ao fato de que a dominação colonial constrói o outro em termos de inferioridade, diferença hierárquica e distância temporal, circunstâncias que só poderão ser superadas mediante a sua incorporação total na cultura ocidental⁴³. Os indígenas, aqui e na América espanhola, eram considerados seres inferiores, que viviam no passado, em uma etapa da evolução humana de há muito superada⁴⁴. Essa concepção, de incapacidade dos indígenas de fundar e fazer funcionar suas próprias instituições, é central no projeto colonial. Daí a instituição, desde cedo, em seu favor, de um regime de natureza tutelar.

O “procurador dos índios” é uma figura mencionada no Alvará de 26.7.1596, na Lei de 9.4.1655 e no Regimento das Missões de 1686, sempre no sentido de ser alguém encarregado de requerer justiça em nome dos indígenas⁴⁵.

Mas a noção de capacidade civil relativa, condicionada ao grau de civilização dos índios, e o correlato regime jurídico da tutela vão materializar-se organizadamente no Decreto 5.484⁴⁶, de 27 de junho de 1928. Esse ato normativo, que

43 ARIZA, Libardo José.. ob. cit. p. 40

44 Nas palavras de Manuela Carneiro da Cunha: “A partir do terceiro quartel do século XIX, novas teorias afirmam não mais que os índios são a velhice prematura da humanidade, mas antes a sua infância: um evolucionismo sumário consagra os índios e outros tantos povos não ocidentais como “primitivos”, testemunhos de uma era pela qual já teríamos passado: fósseis, de certa forma, milagrosamente preservados nas matas e que, mantidos em puerilidade prolongada, teriam no entanto por destino acederem a esse télos que é a sociedade ocidental”. *Índios do Brasil: história, direitos e cidadania*, 1ª ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 60.

45 CUNHA, Manuela Carneiro da (coord). *História dos índios no Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 121

46 Antes, o Código Civil de 1916, previa, em seu art. 6, IV, a incapacidade relativa dos “silvícolas” e estabelecia em seu parágrafo único “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

disciplinava “a situação dos índios nascidos no território nacional”, dispunha em seu art. 6º que “os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grão de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, sendo facultados aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito”. O Estatuto do Índio de 1973 (Lei 6.001, de 19 de dezembro) mantém inalterado esse cenário jurídico: incapacidade relativa, tutela e atribuição ao órgão federal de assistência ao índio da “defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”.

Em 1967, foi constituída uma comissão para apurar irregularidades no Serviço de Proteção aos Índios, cujas conclusões estão consolidadas em documento que se tornou conhecido como “Relatório Figueiredo”, de autoria do procurador Jader Figueiredo⁴⁷. As investigações, restritas de início aos anos de 1962 e 1963, evidenciaram que “a geral corrupção e a anarquia total foram imperantes no SPI em tôda a sua área como, também, através dos tempos”. Eis alguns importantes trechos:

“Nêsse regime de barão e cutelo viveu o SPI muitos anos. A fertilidade de sua cruenta história registra até crucificação, os castigos físicos eram considerados fato natural nos Postos Indígenas.

47 Esse documento foi encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic e veio a público em abril de 2013, em reportagem de Felipe Canedo, do jornal “Estado de São Paulo”, intitulada “A história que o Brasil escondeu”. Relatório acessível em <http://www.direitosocioambiental.com.br/relatorio-figueiredo/>

Os espancamentos, independentes de idade ou sexo, participavam de rotina e só chamavam a atenção quando, aplicados de modo exagerado, ocasionavam a invalidez ou a morte.

Havia alguns que requintavam a perversidade, obrigando pessoas a castigar seus entes queridos. Via-se, então filho espancar mãe, irmão bater em irmã e, assim por diante.

O “tronco” era, todavia, o mais encontradiço de todos os castigos, imperando na 7ª Inspetoria. Consistia na trituração do tornozelo da vítima, colocado entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo. As extremidades, ligadas por roldanas, eram aproximadas lenta e continuamente.

Tanto sofreram os índios na peia e no “tronco” que, embora o Código Penal capitule como crime a prisão em cárcere privado, deve-se saudar a adoção dêsse dito como um inegável progresso no exercício da “proteção ao índio”.

Sem ironia pode-se afirmar que os castigos de trabalho forçado e de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índio-SPI.

Isso porque, de maneira geral, não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres, como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário”.

(...)

“O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto do trabalho. Os roçados laboriosamente cultivados, eram sumariamente arrebatados do miserável sem pagamento de indenização ou satisfação prestada”.

(...)

“A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. No primeiro caso nem todos incorreram nos delitos de maus tratos aos índios, mas raros escaparam dos crimes de desvio, e apropriação ou de dilapidação do patrimônio indígena”.

Ao final, sumariando os inúmeros crimes cometidos contra os indígenas pelo SPI, o relatório expressamente consigna a “doação criminosa de terras” e a “adulteração de documentos oficiais”.

O SPI, criado em 1910, é extinto em 1967 e sucedido, no mesmo ano, pela Fundação Nacional do Índio – Funai.

A Comissão Nacional da Verdade, no seu relatório final, em capítulo intitulado “violações de direitos humanos dos povos indígenas”, registra que o novo órgão tutor seguiu reproduzindo as práticas de seu antecessor, especialmente a apropriação das terras indígenas e remoções forçadas de povos, alguns para junto de inimigos tradicionais. Consta do documento:

“Denúncias de que as transferências forçadas não serviam apenas para viabilizar obras de infraestrutura, mas também para liberar terras indígenas para a implantação de projetos agroindustriais são frequentes na CPI da Funai de 1977. O sertanista Cotrim Neto reforça esse ponto, afirmando que 'seu trabalho na Funai tem se limitado a simples administrador de interesses de grupos econômicos e segmentos nacionais, dada a política de concessão de áreas indígenas pela Funai [...]’ (*Folha de São Paulo* de 20/5/1972).

Ou seja, desde a colônia até a Constituição de 1988, os indígenas brasileiros (i) não tinham acesso, por si próprios, ao sistema de Justiça; (ii) dependiam, para tal fim, de órgãos tutelares; (iii) estiveram sujeitos, desde 1910, ao SPI e à Funai, que atuavam contra seus interesses, especialmente no que diz respeito às suas terras.

Nesse cenário, é de se perguntar: quais as possibilidades reais de resistência dos indígenas ao esbulho de suas terras? Não é certamente pela via judicial, pois não tinham como acioná-la. A lei os impedia. E aqueles designados para fazê-lo em seu nome permaneciam intencionalmente inertes.

Seria pelo enfrentamento direto? A questão permite inúmeros desdobramentos.

O primeiro, e talvez mais óbvio, era a inegável desproporção de força e poder entre os indígenas e aqueles que vinham ocupar as suas terras. Estes contavam

com o total apoio do Estado, inclusive do órgão tutelar. O Serviço de Proteção aos Índios, por exemplo, dispôs dos Decretos nºs 10.652, de 16 de outubro de 1942, e 52.668, de 11 de outubro de 1963, que previam prisão de até 5 anos para os indígenas considerados “prejudiciais às populações vizinhas⁴⁸”. De modo que, nesse tipo de disputa, os ganhos eram irreais, ao passo que a derrota e o massacre eram, mais do que certos, reais.

Por outro lado, carece de razoabilidade a inferência de que o reconhecimento de um direito fique a depender de que o seu titular, previamente, tenha feito ou tentado fazer “justiça pelas próprias mãos”. Tal entendimento pode ter ainda uma eficácia simbólica perigosa. Como certamente ainda se alongarão no tempo as disputas relativas às suas terras, os indígenas podem ser levados a crer que a resistência física é um elemento importante no reconhecimento de seus direitos.

De resto, há povos indígenas para os quais o conflito e a violência são muito penosos, às vezes até insuportáveis. Aliás, James Scott⁴⁹ chama a atenção de que,

48 Respectivamente:

art. 9º - e) propor ao diretor, mediante requisição do chefe do Inspetoria competente, o recolhimento à colônia disciplinar ou, na sua falta, ao Posto Indígena designado pelo diretor, e pelo tempo que este determinar, nunca excedente a 5 anos, de índio que, por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, for considerado prejudicial à comunidade indígena a que pertencer ou mesmo às populações vizinhas, indígenas ou civilizadas;

Art. 8, X - propor o recolhimento a colônia disciplinar ou, na sua falta, ao Posto Indígena que fôr designada pelo Diretor do SPI, pelo tempo que êste determinar, nunca excedente a cinco anos, do índio que, por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, fôr considerado prejudicial à comunidade indígena a que pertencer, ou mesmo as populações vizinhas, indígenas ou civilizadas.

49 *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven, London: Yale University Press, 1985

para a maioria dos grupos historicamente subordinados, as pequenas guerrilhas silenciosas, travadas em seu cotidiano, costumam ter um impacto bem maior do que rebeliões, revoltas e levantes de larga escala. Ele tem em mente armas comuns, tais como, o “corpo mole”, a dissimulação, a submissão falsa, as sabotagens, os saques, os incêndios premeditados, a ignorância fingida, a fofoca, etc.

Portanto, numa sociedade normativamente plural, como ocorre com a brasileira, as possibilidades de resistência a uma situação de injustiça devem ser aferidas concretamente, e não a partir de um modelo ideal, via de regra encarnado no grupo majoritário. E a resistência possível aos terena de Limão Verde foi aquela descrita no acórdão: requerimentos aos órgãos de Estado, em especial os tutelares, para que agissem na defesa de suas terras. Além de incursões permanentes àquele território, para realização de caça e coleta, superando as cercas que ali foram erguidas.

A desqualificação dessas iniciativas e a exigência de que a figura do “esbulho renitente” se acomode à imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria são, a um só tempo, negativa ao pluralismo e ao processo histórico nacional.

- O laudo pericial e o princípio da proteção à confiança legítima

A nota de rodapé 26 informa que o laudo pericial produzido nos autos da

ação a que se refere o presente recurso foi apresentado em 3 de setembro de 2008, antes, portanto, da publicação do acórdão da Raposa Serra do Sol, em 25.9.2009, e de sua republicação, em 1.7.2010.

Ainda que o requisito da ocupação em 5 de outubro de 1988 tenha sido, de certa forma, insinuado na jurisprudência do STF, especialmente no caso que deu ensejo à Sumula 650-STF, o foi lateralmente, porque a ação versava sobre disputa de dominialidade entre União e Estado membro. Quanto ao “esbulho renitente”⁵⁰, é uma figura introduzida no julgamento da Raposa.

De modo que o perito, quando da elaboração de seu laudo, não tinha como antecipar que esses eram elementos que deveriam ser tratados detidamente na definição da espacialidade da AI Limão Verde. Aliás, sequer havia quesitos a respeito.

O Supremo Tribunal Federal, independentemente de se tratar de ações do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, tem admitido, de longa data, a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que representam uma guinada na sua jurisprudência ou no critério de interpretação de normas, em observância ao princípio da segurança jurídica⁵¹.

50 A sentença não faz uso da expressão e tampouco da concepção adotada no acórdão examinado nesse texto. Diz o juiz, analisando o caso Raposa Serra do Sol: “Se bem entendi, o Excelso Pretório deu a direção para a solução de lide na qual está provado que os índios abandonaram espontaneamente a posse ou quando provado o fato indígena – posse de que trata a CF, em 5/10/88, mas não liquidou o direito dos índios às terras das quais já tiveram posse e que dela foram destituídos” (destaques no original).

51 Exemplificativamente CC 7.204, relator Min. Carlos Britto, DJ 9/12/2005; MS 26.604, relatora Min.

Essa posição deveria ter sido adotada quando do julgamento da Pet 3.388, especialmente para aqueles casos em que, nas ações em curso e nos procedimentos administrativos, o laudo já tinha sido produzido. Era preciso, pelo menos, que fosse determinada a sua complementação, de modo a tratar especificamente dos novos requisitos.

O comprometimento, no caso, não é só da segurança jurídica, mas da própria noção de justiça, pois demandas que envolvem direitos fundamentais são decididas sem que se incorporem ao processo as informações essenciais à tomada de decisão. Com isso, tal como ocorre com a Fazenda Santa Bárbara, há a possibilidade de uma nova desterritorialização dos indígenas, quando os requisitos necessários ao reconhecimento de suas terras tradicionais estavam presentes, mas invisíveis aos olhos do julgador.

– Conclusões

A essa altura, é possível concluir que o maior problema desse julgado está na admissão do extraordinário. Um recurso que não admite análise de provas, que tem como limite máximo de cognição a matéria de fato apreciada pelas instâncias ordinárias e como tal declinada nas respectivas decisões, certamente não dá conta da

Cármén Lúcia, DJ 3/10/2008; RE 737.011, relator Min. Teori Zavascki, Dje 27/10/2015. Veja-se também, a respeito do tema, RIBEIRO, Ricardo Lodi. “A Segurança Jurídica na Jurisprudência do STF”. In *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal – Balanço e Crítica*. Coord. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 361/363

enorme complexidade da territorialidade indígena.

Também os precedentes não têm tido a análise que merecem. A jurisprudência sobre o tema é evolutiva, e o caso Raposa Serra do Sol não é um ponto fora da curva. Muito ao contrário, pela primeira vez, ficou assentado que as terras indígenas formam um mosaico que combina habitação, recursos produtivos e ecológicos, e espaços necessários à reprodução física e cultural do grupo.

A invocação da súmula 650, que volta e meia se faz na atualidade, é de todo impertinente, porque nada tem a ver com territorialidade, mas com “antigos aldeamentos”, que existiram no passado e lá ficaram. Não alcança, certamente, ocupações que persistiram até o século XX e que só não prosseguiram por conta de esbulho. Validar essa súmula para situações ocorridas há um tempo relativamente curto é manter o direito refém de uma triste história de desapossamentos e de exclusões.

Por fim, voltando ao caso analisado, ainda que se considerasse a ausência de ocupação em 5 de outubro de 1988 – o que, a essa altura, só se admite por amor ao debate – o só fato do esbulho, em passado recente, deveria levar a uma ponderação de interesses.

A importância – real e simbólica – dessa área para o povo terena é

inegável, tanto que a luta para a sua recuperação vem de décadas⁵². Muito já se disse sobre a estreitíssima relação indígena/terra, em nada equiparável àquela que um não-indígena estabelece com a sua propriedade imobiliária. Aqui, o capital, o valor, são os seus elementos centrais. Seria possível e legítimo manter a Fazenda Santa Bárbara sob posse indígena e determinar à União que ressarcisse integralmente o seu proprietário.

O que espanta e entristece, no caso, é a indiferença quanto ao destino de um povo e ao seu direito a uma terra.

52 A sentença, no ponto, diz o seguinte: “Quando da inspeção constatei que nos domínios da Fazenda Santa Bárbara existem duas nascentes, cujas águas correm em direção da Serra de Amambaí indo formar o Córrego José Dias, que por sua vez atravessa toa a Aldeia (fotos de fls. 1994 a 1998 e 2024 a 2029). A importância que a comunidade dá ao referido curso d'água pode ser mensurada pela sua denominação: João Dias, nome de um ancestral da comunidade. Desde o relatório do servidor Werneck, produzido nos idos de **1947**, já se ressaltava o valor dessas nascentes para a comunidade”.

Referências Bibliográficas:

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras Tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum. In. **Terras de Quilombo, Terras Indígenas, 'Babaçuais Livres', 'Castanhais do Povo', Faxinais e Fundos de Pasto: terras tradicionalmente ocupadas. Coleção Tradição e Ordenamento Jurídico**, v. 2, 2006.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARIZA, Libardo José. **Derecho, saber e identidad indígena**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontífica Universidad Javeriana, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. 1ª ed. São Paulo: Claro Enigma.

DUPRAT, Deborah. O papel do judiciário na demarcação de terras indígenas. In: **Povos Indígenas no Brasil, 2001/2005**. Beto Ricardo e Fany Ricardo, orgs. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

_____. O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. In: **Pareceres Jurídicos : direitos dos povos e comunidades tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

_____. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HOBBSBAWN, Eric J. **Nações e Nacionalismos desde 1780 – programa, mito e realidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, n.58, abril-junho, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidade. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**, coord. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCOTT, James C. **Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance**. New Haven, London: Yale University Press, 1985.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América – a questão do outro**. 2ª ed. Trad. Beatriz Perrone Moí. São Paulo: Martins Fontes, s.d.