

O Boletim de Conjuntura (BOCA) publica ensaios, artigos de revisão, artigos teóricos e empíricos, resenhas e vídeos relacionados às temáticas de políticas públicas.

O periódico tem como escopo a publicação de trabalhos inéditos e originais, nacionais ou internacionais que versem sobre Políticas Públicas, resultantes de pesquisas científicas e reflexões teóricas e empíricas.

Esta revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.



BOLETIM DE CONJUNTURA

BOCA

Ano II | Volume 1 | Nº 3 | Boa Vista | 2020

<http://www.ioles.com.br/boca>

ISSN: 2675-1488

<http://doi.org/10.5281/zenodo.3752321>



DIREITOS ORIGINÁRIOS DOS POVOS INDÍGENAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAL CONJUTURA POLÍTICA-JURÍDICA

Tácio José Natal Raposo¹
Luiz Gustavo Raposo Silva²

Resumo

O presente texto faz uma reflexão sobre a tradição do Indigenato e do Constitucionalismo, como maneira de assegurar a garantia de direitos aos povos indígenas do Brasil, considerando a natureza do direito originário que esses povos possuem sobre suas terras e os riscos que esses direitos sofrem, mediante as tomadas de decisões por parte dos órgãos de justiça como fator de limitação dos indígenas as seus direitos e suas terras. A reflexão é feita com base no caso da instalação da sede municipal do município de Pacaraima, sobre a Terras Indígena São Marcos – TISM no norte do estado de Roraima.

Palavras-chave: constitucionalismo; direito originário; Roraima; Terra Indígena; tese do marco temporal.

Há uma tradição referente ao tema e exercício do Direito Constitucional e Teoria do Estado que se reverbera nas pautas dos movimentos populares bem como no interesse acadêmico desses temas nas universidades brasileiras. Isso decorre de ser a Constituição Federal – CF/1988 o diploma político-jurídico de maior força normativa no Brasil, e pelo constitucionalismo, que em síntese, busca organizar e limitar o poder com perspectiva de garantir os direitos fundamentais as populações e manter à democracia num contexto de expansão econômica assinalado pela maior atuação do capital internacional na América Latina.

Há, no entanto, uma alta generalidade de difícil conceituação de alguns pressupostos estabelecidos pela CF/1988, como a definição de que, “o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes” (BRASIL, 1988). A problemática se dá na conceituação de “poder”, e de “povo”. E pode até acabar sendo ferramentas eficazes para descaracterizar tanto as pautas dos movimentos populares, como os movimentos indígenas, como do próprio movimento do constitucionalismo cuja a premissa é de assegurar a dignidade e a democracia a todos cidadãos incluindo indígenas.

A conceituação dos axiomas “povo” e “poder” embora pareçam óbvias, é bem difícil, dada a complexidade existente, tanto nas estruturas como nas conjunturas da economia-política, adotada no país em relação a garantia de preservação dos direitos indígenas em suas Terras Indígenas – TIs³, que são porções de território nacional, de propriedade da União, habitada por um ou mais povos indígenas, por ele(s) utilizada para suas atividades produtivas, imprescindível à preservação dos recursos

¹ Geógrafo, mestre e doutorando em Geografia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Email para contato: tacior1@yahoo.com.br

² Bacharelado em Direito na Universidade de Uberaba (UNIUBE). Estagiário do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais e membro do Núcleo de Estudos de Bioética. E-mail para contato: luiz.raposo9@hotmail.com

³ Trata-se de um tipo específico de posse, de natureza originária e coletiva, que não se confunde com o conceito civilista de propriedade privada.



ambientais necessários a seu bem-estar e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Assim, frente ao que se coloca refletimos: a qual povo trata a CF/1988? Os povos Indígenas realmente compõem o sentido de povo que a CF/1988 pretende abranger? A qual poder e ou poderes se refere a CF/1988? O que são os poderes frente a força do capital acumulado? Ou em relação as terras, incluindo as TIs, para a produção agropecuária? As questões são muito mais para provocar reflexões conceituais do que terem respostas cabais. O fato é que na democracia constitucional do Brasil parece haver interesses maiores que afetam por completo os axiomas “povo” e “poder” principalmente quando se trata da relação das sociedades indígenas e seus direitos com a atuação do Estado.

O direito indígena estabelecido na CF/1988 mediante ao acolhimento do Indigenato⁴ é de um direito existente independente e anterior ao Estado. Isso se deu como parte de certa abertura na constituinte, pretensamente mais pluralista do que as anteriores, com maior participação popular, inclusive dos povos indígenas que reivindicavam seus direitos frente as agressões, massacres e violações de seus territórios nos anos de ditadura de 1964 a 1988.

Assim em termo de teoria constitucional, o Indigenato adotado pela CF/1988, marca uma tradição e uma prática constitucionalista de reconhecimento formal ao pluralismo cultural, autonomia e proteção das minorias, democracia racial garantindo até mesmo abertura para o direito indígena, reconhecendo assim certo pluralismo jurídico, em resolver seus próprios conflitos baseando em seus próprios costumes, cultura, organização social.

O objetivo de iniciar um debate, e apenas iniciar mesmo, dado a complexidade das questões abordadas sobre garantias e respeitos aos direitos originários dos indígenas reconhecidos na CF/1988 por meio do Art. 231 com base no que o ocorre na Terra Indígena São Marcos –TISM (Decreto, 312 de 29.10.1991) no norte do estado de Roraima.

As garantias constitucionais, entendidas como um reconhecimento parcial dos direitos dos indígenas (CUNHA, 2018), não foram suficientes para evitar a contradição e toda problemática política-jurídica decorrente da criação do Município de Pacaraima (RORAIMA, 1995) cuja a sede municipal está sobre a TISM (Decreto, 312 de 29.10.1991) em Roraima. Não obstante a problemática fica mais complexa se pensada do ponto de vista do direito originário dos indígenas com o estabelecimento da Tese do Marco Temporal –TMT decido pelo Supremo Tribunal Federal - STF em 2009.

⁴ Corresponde à construção teórica de João Mendes Junior aponta que o reconhecimento do indigenato deu-se desde a Lei de 30 de julho de 1609, e não pelo Alvará de 1º de abril de 1680. A Lei de 1609 declararia que os “ditos gentios sejam senhores das suas fazendas, nas povoações em que morarem, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia, nem injustiça alguma”. A mesma lei reforçou a disposição, ao esclarecer que as comunidades não poderiam ser mudadas para outros lugares contra sua vontade. O alvará de 1680, repetiu a disposição da lei anterior, apenas explicitava a necessidade de observância dos direitos indígenas na doação de sesmarias, conclusão lógica que já poderia, de toda forma, ser extraída da Lei de 30 de julho de 1609.



A TISM foi homologada no âmbito do reconhecimento do direito dos povos indígenas às suas terras de ocupação tradicional, configura-se como um direito originário e, conseqüentemente, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas se reveste de natureza meramente declaratória. Portanto, TIs não são criadas por ato constitutivo, e sim reconhecidas a partir de requisitos técnicos e legais, nos termos da CF/88 que garante aos povos indígenas, a posse coletiva das terras ocupadas originalmente conferindo a eles a usufruto da terra e bem como dos seus recursos (CF/88).

Também no âmbito da CF/88, atendendo também o processo de ampliação econômica internacional, os estados passam a ter a atribuição de criarem novos municípios, com a responsabilidade de organizarem suas respectivas unidades territoriais. No período de 1991 a 2002 foram criados 1070 municípios no país (RODRIGUES, 2004). Na Região Norte, foram criados 204 municípios acirrando a disputa por terras que, nesse contexto, avança sobre as TIs, sendo um processo também de disputa nas instâncias e instituições do Estado como ocorre com o a criação do município de Pacaraima e o estabelecimento de sua sede sobre TISM.

Embora a CF/1988 seja um marco no constitucionalismo latino-americano que se pauta no respeito aos direitos dos povos indígenas, o caso da TISM é exemplo de que mesmo, reconhecidos os direitos dos indígenas, no plano formal, na prática são tratados com pouco respeito, inclusive pelo poder judiciário, que tem obrigação de aplicar o direito normativo constitucional vigente.

É o que se demonstra na decisão do Ação Direta e Inconstitucionalidade – ADI de nº 1.512-RR, a qual questiona no STF a legalidade do Município de Pacaraima ter sede na TISM. O Ministro Relator ao decidir favorável a permanência do município e de sua sede municipal, diz que as terras ainda não estavam demarcadas, pois faltava o requisito da tradicionalidade, além de argumentar que, os registros de dariam a pleno reconhecimento a TISM, estariam suspensos devido a novo política do Governo Federal (STF, 1996).

A decisão aprovada pode ser questionada com base no princípio constitucionalista com tendo como base a Tese do Indigenato adotado pela a CF/88 que proporcionar compreender que as TIs compõem um direito originário ancestral, onde a tradicionalidade da ocupação deve respeitar o direito igualmente ancestral e originário de circular. Assim além de ser uma violação, a medida busca formas de retroceder nesses direitos legitimamente reconhecidos, aplicando “teses” arbitrárias e destoantes até mesmo do direito posto, como a Tese do Marco Temporal-TMT.

Presente no processo de reconhecimento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – TIRSS⁵, a TMT, decidida pelo STF em 2009 é estabelecida conforme se segue:

⁵ Homologada em 2005.



11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol" (STF, 2009).

Com base na TMT, as TIs serão demarcadas, somente se demonstrar que as populações indígenas estivessem em sua posse no período da promulgação da CF/1988, ou seja, as comunidades indígenas deveriam manter a posse até 5 de outubro de 1988 para que então o espaço físico seja demarcado desconsiderando por completo o fato de direito originário e do direito de circular em seu espaços de vivências e pelos territórios de posses originárias.

Há uma premissa em limitar a originalidade do direito indígena na TMT, um direito essencial que lhes asseguram condições de exercerem suas vidas de modo dignos. Assim limitar esse direito em uma escala de tempo significa também estabelecer que a dignidade humana dos indígenas, está sujeita a ser reconhecida somente depois da promulgação da CF/88.

O estabelecimento arbitrário da referida data carrega o vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos, assim como o histórico compartilhado das graves violações dos direitos humanos desses povos por parte de particulares e do próprio Estado. (SCHWANTES; STARCK, 2017, p.249).

Considerando que STF reconhece afastamento da TMT, caso seja provado esbulho renitente⁶ antes e durante a promulgação, entretanto há de considerar a fragilidade frente aos obstáculos na busca probatória de evidências, seja por circunstâncias de fato, seja por controvérsia judicial sendo que a capacidade postulatória foi atribuída aos indígenas a partir da CF/88, antes disso a FUNAI, quem era competente a postular em juízo, que agia com certa indiferença ao não considerar as graves violações de direitos humanos dos índios no período da ditadura civil e militar, mostrado pelo relatoria da Comissão da Verdade (SCHWANTES; STARCK, 2017).

A TMT, assim acaba sendo um requisito a mais criado, no reconhecimento de TIs, orientado, ora pela doutrina que reverbera conceitos autoritários, ora pelos tribunais e seus juízes, fruto de uma interpretação extensiva ou mesmo contrária do constitucionalismo estabelecido pela CF/1988, pois não

⁶ Expulsos com emprego da força de suas terras reiteradas vezes.



há mensal ou mesmo alusão ao que pode considerar como um marco de tempo no texto constitucional para o ato administrativo do reconhecimento originário dos indígenas as suas terras.

No caso da TISM, a validação da TMT compreende um requisito a mais que contribui com a violação dos direitos dos indígenas uma vez que a alegação da presença das sociedades indígenas que habitam a TISM, podem ser questionadas exigindo dessas culturas orais, que forneçam provas de ocupação o espaço onde se localiza a sede municipal de Pacaraima. O próprio STF reconhece o cerne do problema ao mencionar que “à sede do município Pacaraima cuida-se de território encravado na ‘Terra Indígena São Marcos’” (STF, 2009), ou seja para o poder judiciário a lógica se inverteu, e é, o povo indígena que passa a ser questionado.

A inversão do ponto de vista do tratamento dado pelo poder judiciário as demandas dos povos indígenas da TISM sinalizam um precedente e uma forte evidência de ameaças e retrocessos aos direitos indígenas frente ao entendimento adotado pelo STF no caso do processo da TIRSS. A Ação Civil Originária – ACO nº 499, bem como as inúmeras ações ajuizadas contra não-índios que estabeleceram residências na TISM, contribuindo para a expansão da área urbana do município, podem encontrar contraposição baseado na TMT para reduzir a área territorial da TISM negando o quesito constitucional de um direito congênito originário em detrimento de uma atuação estatal que faz sobrepesar sobre o povos indígenas um poder de uma economia política que viola os próprios axiomas fundadores de sua constitucionalidade.

A esse respeito evidenciamos que a negação dos direitos originários dos povos indígenas da TISM é inclusive uma prática institucional exercida por entes federados que compõe a república federativa do Brasil se colocando no polo contrário aos direitos dos índios⁷, integrando como litisconsórcio passivo nas ações que a FUNAI propõe contra não-índios, ou seja, o Estado se coloca contrário aos povos indígenas em favor daqueles que invadem suas terras.

A desproporcionalidade de força entre os povos indígenas que buscam por seus direitos e o Estado e seus poderes na região Amazônica, sinaliza uma falência do constitucionalismo em relação ao Indigenato principalmente e seus aspectos mais intrínsecos que correlaciona a condição de posse da terra como direito originário, essencial para desenvolver sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Ferraz Jr (2004), aponta que violações constitucionais semelhantes já foram tomadas anteriormente na vigência da CF/1967, baseava na existência de dois tipos de indígenas, os integrados (capaz) e os não integrados (incapaz) e, portanto, somente este último poderia ser reconhecido as TIs se mantivessem a posse até advento da promulgação da CF/1967. No caso do passado e do presente fica

⁷ Numa linguagem técnica do processo civil, entes federados vem se integrando como litisconsórcio passivo nas ações que a FUNAI propõe contra não-índios, ou seja, o Estado se coloca contrário aos índios em favor daqueles que invadem suas terras.



evidente visão assimilacionista⁸ das culturas indígenas cujo o efeito prático se realiza na despossessão de suas terras e na espoliação do meio que lhe garantem o seu modo de vida.

Silva, salienta que os direitos indígenas em relação crítica a TMT adotado pelo STF possui uma característica importante, de ser os direitos indígenas reconhecidos no plano constitucional, mostrando que sua natureza é diferenciada dos institutos de posse e propriedade privados de origem romana-germânica. No entanto apesar da natureza diferenciada pelo fato de ser reconhecidos no plano constitucional é preciso considerar que a CF/1988 pode ser emendada e os direitos nela reconhecidos serem retirados, assim alegar que são direitos garantidos na constituição e por tanto consolidados, pode decorrer uma leitura, um tanto quanto positivista, baseando somente no direito posto.

Um exemplo é o Parecer Normativo da Advocacia Geral da União – AGU⁹, n° GMF-05 em 20/07/2017 orientando que é para seguir o a decisão do SFT e TMT, nas demarcações e homologações de TIs, o que pode afetar processos demarcatórios em andamento. Mesmo havendo a Nota Técnica n° 02/2018-6 CCR¹⁰ do Ministério Público Federal - MPF e da Procuradoria Geral da República – PGR, indicando a antijuridicidade do Parecer da AGU, fica evidente as iniciativas por parte do próprio Estado em desrespeitar seus próprios princípios constitucionais.

Essas iniciativas representam um retrocesso político e jurídico e um ataque aos direitos já garantidos e a negação de sua continuidade, e/ou, a conquista de novos direitos para essa população, como direitos fundamentais que lhes asseguram dignidade em um projeto de sociedade nacional brasileira. O constitucionalismo por meio do Indigenato aponta a necessidade do reconhecimento do direito originário as terras que aos indígenas pertencem como fundamental, mesmo as terras que eles não estavam de posse devido as circunstâncias de esbulho desde o Brasil colônia, reconhecendo também, desta maneira, a historicidade de violação de um lado, e de outro a luta e a resistência dessas sociedades.

No caso da TISM o judiciário se coloca contrário ao estabelecido na CF/1988, como na ADI 1.512, que o relator aparenta desconhecer a natureza jurídica declaratória das TIs. Pois, se trata de um direito fundamentado no Indigenato, diferenciando, desta maneira, da posse comum. A posse dos povos indígenas é distintamente diferente da posse considerada pelo direito moderno, pois se trata de uma posse como direito originário, e assim portanto um direito de a possuir constantemente a terra independente de qualquer forma de concessão ou título temporal. Concernente a demarcação e homologação de TIs, trata-se de procedimento administrativo de competência do poder executivo que por meio de laudos etnográficos que reconhece toda a extensão de uma TI, baseando-se no Indigenato,

⁸ Relacionado a dominação de culturas de minoritárias as dominantes, uma forma de comparação buscando dizer que uma cultura é melhor que outra.

⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm

¹⁰ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2019/nota-tecnica-1-2019-assinada.pdf>



ou seja, a TISM é um fato, os povos indígenas nelas residentes estão em sua posse comunitariamente para desenvolverem conforme seus usos, costumes e tradições, assim independe de qualquer concessão do Estado, muito pelo contrário a CF/1988 outorgou a obrigação de reconhecê-la por meio de ato administrativo.

A TMT, por sua vez, representa um retrocesso ainda maior, uma vez que contraria o parcial reconhecimento do Indigenato adotado pela CF/1988, torna-se base argumentativa e oficializada pelo Estado, para relativizar e retroceder direitos originários dos indígenas reduzindo a uma data normativa.

Fica claro a vulnerabilidade da TISM com esse novo entendimento, que abre margem para aqueles que violam as áreas que pertencem aos indígenas que ali habitam, como o fato de ter sido instalado sobre suas terras a sede do município de Pacaraima criado por meio de ato legal no âmbito da Assembleia Legislativa Estadual - ALE, gerando uma espécie de conflito normativo, ficando a cabo do judiciário decidir tendo como referência a TMT como última palavra dada em direito constitucional pelo STF em relação os direitos dos indígenas as suas terras. Ressalte que a uma tendência que a TMT se torne prática, ou seja, norma de aplicação, isso devida a posição hierárquica do órgão julgador que decidiu sobre a tese.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/01/2019.

BRASIL. **Decreto n. 312, de 29 de outubro, 1991**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/01/2019.

CUNHA, M. C.; BARBOSA, S. R. (orgs.) **Direito dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. “A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, janeiro/junho, 2004.

MENDES JUNIOR, J. “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos”. In: CUNHA, M. C.; BARBOSA, S. R. **Direito dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora da UNESP, 2018.

MOREIRA, E. M.; ZEMA, A. C. “Proteção Constitucional da Jurisdição Indígena no Brasil”. In: OLIVEIRA, A. C.; CASTILHO, E. W. V. (orgs.). **Lei do Índio ou lei do branco – quem decide?** sistema jurídicos indígenas e intervenção estatal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RODRIGUES, A. M. **Nota técnica II. Sobre conceito / definição de cidade**. Brasília: Ministério das Cidades, 2004.



RORAIMA. **Decreto Lei n. 96, 17 de outubro, 1995**. Disponível em: <www.tjrr.jus.br>. Acesso em: 13/02/2020.

SCHWANTES, S.; STARCK, G. “Marco Temporal e as violações aos direitos dos povos indígenas: análise da constitucionalidade e da convencionalidade a partir da jurisprudência da CIDH”. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, vol. 2, n. 23, julho, 2017.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Ação Civil Originária n. 499-RR**. Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 07/10/2016. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05/12/2018.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular**. Quanto à sede do município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na Terra Indígena São Marcos, matéria estranha à presente demanda. Relator Ministro Carlos Brito. Julgamento: 19/03/2009. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13/02/2020.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.338-4/2009**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em: 19/03/2009. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05/12/2018.



BOLETIM DE CONJUNTURA (BOCA)

Ano II | Volume 1 | Nº 3 | Boa Vista | 2020

<http://www.ioles.com.br/boca>

Editor chefe:

Elói Martins Senhoras

Conselho Editorial

Antonio Ozai da Silva, Universidade Estadual de Maringá

Vitor Stuart Gabriel de Pieri, Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Charles Pennaforte, Universidade Federal de Pelotas

Eduardo Devés, Universidad de Santiago de Chile

Eloi Martins Senhoras, Universidade Federal de Roraima

Patrícia Nasser de Carvalho, Universidade Federal de Minas Gerais

Conselho Científico

Claudete de Castro Silva Vitte, Universidade Estadual de Campinas

Fabiano de Araújo Moreira, Universidade de São Paulo

Flávia Carolina de Resende Fagundes, Universidade Feevale

Hudson do Vale de Oliveira, Instituto Federal de Roraima

Laodicéia Amorim Weersma, Universidade de Fortaleza

Marcos Antônio Fávaro Martins, Universidade Paulista

Marcos Leandro Mondardo, Universidade Federal da Grande Dourados

Reinaldo Miranda de Sá Teles, Universidade de São Paulo

Rozane Pereira Ignácio, Universidade Estadual de Roraima