



A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE DOS POVOS INDÍGENAS.

José Laurindo de Souza Netto¹
Eleonora Laurindo de Souza Netto²
Adriane Garcel³

GT 2: NAÇÃO CULTURA E IDENTIDADE

Resumo

O presente artigo objetiva investigar se a tutela jurisdicional tem eficácia quanto aos direitos fundamentais da personalidade dos povos indígenas no Brasil. Utiliza-se como fonte de dados para a pesquisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Popular de Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, uma vez que este julgado estabelece salvaguardas constitucionais e parâmetros para futuras ações. O estudo reafirma a legalidade constitucional e o caráter imperioso da tutela jurisdicional quanto aos direitos da personalidade dos povos indígenas.

Palavras-chave: Direitos imprescritíveis. Direitos da personalidade. Povos indígenas.

Recebido: 22/07/2020

Aprovado: 03/10/2020

Double Blind Review Process

DOI: <https://doi.org/10.21902/rctjsc.v8i1.356>

¹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza, (Itália). Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e Professor da Escola da Magistratura do Paraná-EMAP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jln@tjpr.jus.br
Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>

² Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Université Paris1 Pantheon-Sorbonne, (França). Especialização em Direito Civil pela Universidade Panthéon-Assas Sorbonne. Pós-Graduação em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Professora de Direito Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Execução Penal, Leis Penais Especiais junto à Fundação de Estudos Sociais do Paraná – FESP. Professora de Processo Penal junto à Faculdade Curitibana do grupo UNIP (Universidade Paulista) e professora de Legislação Penal Especial na Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. E-mail: eleonoralaurindo@gmail.com Orcid id: <https://orcid.org/0000-0001-9119-9550>

³ Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/UNIBRASIL. Graduação em Direito e em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br
Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

LACK OF JUDICIAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PERSONALITY OF INDIGENOUS PEOPLES

Abstract

This article aims to investigate whether judicial protection is effective as the fundamental rights of personality of indigenous peoples in Brazil. It is used as a data source for research the decision rendered by the Supreme Court in the popular action indigenous land demarcation of Raposa Serra do Sol, since this judgment establishes constitutional safeguards and parameters for future action. Finally, the article reaffirms the constitutional legality and the imperative nature of judicial protection as the personality rights of indigenous peoples.

Keywords: Imprescriptible rights. Personality rights. Indian people.

INTRODUÇÃO

Um dos parâmetros estabelecidos no julgado que trata da Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, refere-se ao marco temporal de ocupação.

A problemática proposta nesta pesquisa consiste em analisar a (in) constitucionalidade do marco temporal da ocupação de terras indígenas, estabelecido como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia indígena, ou seja, para o reconhecimento aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A justificativa da pesquisa evidencia-se, em que pese os efeitos da decisão não sejam vinculantes, na orientação de que a jurisprudência das instâncias ordinárias e do STF se adapte ao acórdão.

De outra banda, o julgado exerce influência no coletivo da sociedade, tanto é assim que muitas demandas surgiram invocando equivocadamente a tese do marco ocupacional, por isso a relevância também de se observar a tutela jurisdicional na tratativa dos direitos fundamentais da personalidade, pontuando o contextualismo / consequencialismo jurisdicional, e a pesquisa parte exatamente destes pressupostos.

Em sequência observa algumas características peculiares de minorias e grupos de vulneráveis, instituindo algumas premissas divergências. Verifica-se ainda o sistema de proteção internacional e nacional de direitos humanos ao mesmo tempo que se observa na

Constituição os instrumentos viabilizadores da tutela, não deixando de apontar defasagem semântica da Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, o Estatuto do Índio.

Por fim, analisa-se a tese do marco ocupacional na Ação de Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e as consequências das interpretações etnocêntricas.

Para a elaboração deste artigo buscou-se a seleção e interpretação dos escritos sobre o assunto, sobretudo em livros e artigos científicos, periódicos e documentos eletrônicos, bem como da legislação e jurisprudência pertinentes.

1 DA TUTELA JURISDICIONAL

A partir dos direitos fundamentais, exigiu-se da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo a jurisdição assegurá-la adequadamente.

A sociedade espera da justiça o dever de defender a liberdade, aplacar as tensões sociais, tutelar o meio ambiente, conter as tendências inerentes ao abuso do poder, impor penas, atenuar as diferenças entre os indivíduos, defender os cidadãos desde o nascimento, casamento, divórcio, morte, e resguardar os direitos de grupos de minorias e de vulneráveis.

À luz do contextualismo, qualquer proposição deve ser julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, sendo que a preocupação de contextualizar é diretriz imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴.

Na verificação dos fundamentos de cientificidade da jurisdição será sempre necessária uma análise retroativa, mas sobretudo uma postura voltada para frente, consubstanciando na compreensão dos resultados. O paradigma consequencialista exerce uma nítida função de controle quanto à justeza e ao impacto social provocado pela decisão.

A metodologia comparativo-consequencialista⁵ permite a comparação entre as possíveis hipóteses de solução e seus respectivos desdobramentos no contexto social e este é o pano de fundo para o desenvolvimento deste estudo.

⁴ Lei nº 12.376/2010. Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁵ Apresenta-se como um critério científico (extrajurídico) de adequação através de uma orientação prospectiva-argumentativa, não bastando não se afastar das decisões tomadas em casos semelhantes do passado, sendo necessário compreender a decisão enquanto precedente para o futuro. Exige-se, pois, da jurisdição uma confrontação com o futuro, um diálogo com situações que se apresentam como imperiosas no seu enfrentamento, possibilitando, assim, um controle das suas proposições por intermédio da antecipação das consequências.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

Nessa perspectiva contextualista, a nova configuração ofertada pela somatória dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações abriu caminho para uma nova concepção de universalidade, colocando os direitos fundamentais num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.

O ponto de partida para que tudo isso fosse alcançado foi, sem dúvida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que mesmo constituindo-se numa declaração programática, não deixou de ser uma explícita carta de valores e princípios sobre os quais se assentaram os direitos das três gerações, dando condições a que, nos dias atuais, o homem possa ver suas mais ardentes aspirações de liberdade concretizadas.

Jorge Miranda,⁶ tratando do Regime de Direitos Fundamentais, aborda o princípio da universalidade, todos quantos fazem parte da comunidade política, são titulares de direitos e deveres. Os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, o povo. Este princípio não se confunde com a igualdade. Pelo princípio da universalidade todos têm direitos e deveres, ao passo que pelo princípio da igualdade, todos têm os mesmos direitos e deveres.

Importante observar que o princípio não rege apenas as relações dos cidadãos com o Estado, mas também as relações das pessoas singulares no interior de quaisquer instituições, associações ou grupos.

O eficaz funcionamento e constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica, sendo que, os direitos fundamentais, tem de receber, no Estado de Direito proteção jurisdicional.

O regime específico dos direitos, liberdades e garantias estão assentados no §1º do art. 5º da Constituição, possuindo aplicação imediata. O sentido da norma possui caráter preceptivo e não programático das normas sobre direitos, liberdades e garantias. De modo que os direitos se fundam na Constituição. Não são os direitos fundamentais que se movem no sentido da lei, mas a lei deve mover-se no sentido dos direitos fundamentais.

A vinculação dos órgãos de poder, pelos preceitos constitucionais estão vinculados aos deveres e liberdades e antes de mais nada, às entidades públicas e não apenas ao Estado. Portanto, devem tender a criar condições objetivas capazes dos cidadãos usufruírem efetivamente os direitos e garantias.

⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra. Ed. Ltda.: Coimbra, 1980, p.75

Com diferentes denominações técnicas (esfera da personalidade, direito ou direitos da personalidade), se procura definir uma mesma realidade: a busca do homem como pessoa.

Após a Segunda Grande Guerra surge uma nova exigência de tutela da pessoa nos seus próprios valores e a garantia da individualidade. A partir deste período os bens jurídicos inerentes à pessoa foram incluídos nos ordenamentos jurídicos, que reconheceram a prevalência do direito pessoal. A evolução do Estado moderno reconheceu no plano jurídico positivo aqueles direitos que concebidos como inatos.

Os aspectos no âmbito do direito da personalidade não se apresentam vinculados a ramos específicos. Por serem inerentes à pessoa, fogem a uma sistematização jurídica na divisão do direito em público e privado.

Os direitos destinados a dar conteúdo à personalidade, sem os quais a personalidade ficaria privada de concreitude, podem definir-se como direitos essenciais. A personalidade é a fonte e o pressuposto de todos os direitos subjetivos: o direito se tem somente quando se é um sujeito, e o homem é ao mesmo tempo sujeito e objeto de direito.

Por personalidade, deve ser entendido o conjunto das situações jurídicas ativas e passivas que as normas constitucionais lhe conferem capacidade.

Entre tantos direitos, estão aqueles complexos, com múltiplos conteúdos que constituem a primeira causa de todos os outros direitos fundamentais e podem ser definidos como os atributos fundamentais da personalidade.

Tais direitos são qualificados como direitos essenciais, no sentido de que a evolução do Estado moderno reconheceu no plano jurídico positivo aqueles direitos que antes eram concebidos como preexistentes ao Estado social e considerados como direitos inatos. O direito da personalidade não depende da inclusão no ordenamento do direito positivo das regras relativas.

Elimar Szaniawski⁷ observa que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal no seu artigo 1º, inciso III, constitui-se em uma cláusula geral de proteção da personalidade no Brasil.

Nos dizeres de Nunes⁸, a dignidade da pessoa humana é o mais importante fundamento do sistema constitucional brasileiro considerado “o primeiro fundamento e o último arcabouço de guarda dos direitos fundamentais”. É a base do Estado Democrático, vetor hermenêutico

⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. de, RT, 2005, p. 122

⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Saraiva, 2002)

indispensável para o balanceamento dos valores e interesses nos casos de colisão de direitos fundamentais.

Alexandre de Moraes⁹ ressalta que a dignidade da pessoa humana estabelece uma unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerentes à personalidade humana.

Superadas as premissas dos Direitos fundamentais, passa-se a análise dos direitos fundamentais da personalidade de minorias e grupos de vulneráveis.

3 MINORIAS E OS GRUPOS DE VULNERÁVEIS

Um dos elementos que diferenciam os grupos vulneráveis das minorias é o fator organização. As minorias embora possuam autodeterminação não são organizadas. Contudo, estas características são percebidas nos grupos de vulneráveis, assim como os índios, pessoas deficientes e negros-quilombolas.

Pessoas pertencentes aos grupos minoritários necessitam de um tratamento diferenciado para se inserir no meio social. Deve ser avaliado aqui o princípio da igualdade, da isonomia e procurar entender o significado da frase de Aristóteles: “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Os grupos minoritários, por não serem organizados enfrentam um empecilho ainda maior, pois devido a essa “desorganização” a luta pelo direito se torna individual e mais difícil.

Elida Séguin¹⁰ afirma que os grupos vulneráveis apresentam as seguintes características, que poderiam distingui-los das minorias: a) se apresentam, por vezes, como grande contingente, sendo exemplo, disso, as mulheres, as crianças e os idosos; b) também são destituídos de poder; c) mantêm a cidadania; d) não têm consciência de que estão sendo vítimas de discriminação e desrespeito, e; e) não sabem que têm direitos.

Ainda em Séguin¹¹, a respeito de minorias e grupos vulneráveis, verifica-se a afirmação de que na luta pela sobrevivência o mais forte tende a vencer e a eliminar o mais fraco. Com isso, faz desaparecer vários grupos, o que não se mostra em nada benéfico, porque, com isso, a pluralidade é perdida.

⁹ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16

¹⁰ SÉGUIN, Elida. Minorias, In SÉGUIN, Elida (Coord.), “Direito das minorias”, Rio de Janeiro – Brasil, Forense, 2001, p.59

¹¹ Id.

Afirma a autora que existe grande correlação entre os conceitos de minorias, grupos vulneráveis, democracia e cidadania. Adverte, contudo, que a intimidade entre esses conceitos demonstra uma interdependência, pois a forma como se aborda a questão das minorias e dos grupos vulneráveis pode provocar arranhões à democracia de um país, sendo que a superação de impasses das diferenças permite, segundo alega, o resgate de uma cidadania perdida.

Os direitos humanos pertencem a todos os seres humanos e preocupam-se, em primeira instância, com os direitos dos indivíduos. Porém, este foco no indivíduo contrasta com o escopo dos direitos das minorias, ou seja, de grupos identificados de pessoas cuja proteção pode exigir medidas especiais e normas para melhorar o gozo dos direitos.

Atualmente os indígenas são considerados o grupo de minorias mais vulnerável existente, uma vez que, são desfavorecidos e marginalizados. Isto, não somente no Brasil, mas no mundo todo. Os dados atuais¹² dão conta de que são mais de 370 milhões de pessoas vivendo em 90 países, o que representa 5% da população mundial, sendo 15% das pessoas consideradas pobres no mundo.

São grupos especiais entre as minorias. Os povos indígenas são titulares de direitos fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais, e de acordo com o princípio de igualdade e não discriminação, a proteção dos direitos humanos e o seu exercício e usufruto corresponde a todos os seres humanos, sem distinção alguma.

Assentadas essas premissas diversas, entre minorias e grupos de vulneráveis, passa-se a seguir para a verificação dos mecanismos de proteção dispensados aos povos indígenas.

4 A PROTEÇÃO EXTERNA E INTERNA DOS POVOS INDÍGENAS

A proteção externa aos direitos dos povos indígenas é tutelada pela Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas e possui características bem distintas, uma vez que protege os direitos coletivos dos povos indígenas.

Em síntese, reconhece o direito à autodeterminação, bem como em viver e desenvolver-se como lhes convier e às suas terras e recursos naturais.

Com a violação persistente e sistêmica de seus direitos, a comunidade indígena começou um processo de organização em nível nacional e internacional para buscar nas Nações Unidas a tutela jurisdicional que seus governos não lhe concediam

¹² Fonte: Engagement with indigenous peoples policy, International Fund for Agricultural Development, 2009.

Em 1982, Martinez Cobo¹³ através de um estudo sobre a discriminação contra as populações indígenas, formulou um uma série de recomendações nacionais e internacionais, o que levou ao primeiro mecanismo da Nações Unidas para lidar especificamente com questões relativas aos povos indígenas. O projeto de Declaração sobre o Direitos dos Povos Indígenas foi então iniciado em 1994, por um grupo de trabalho composto por vários especialistas independentes, que tinham a finalidade de elaborar normas relacionadas com os direitos das populações indígenas e também analisar os problemas que os afligiam.

A declaração foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em setembro de 2007 e representa um marco da democratização na elaboração dos tratados das Nações Unidas, sobretudo porque trouxe à tona as negociações entre os Estados. Nestas negociações alguns Estados eram contra o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a tese de que não seriam entendidos como povos no direito internacional. Obviamente esta argumentação não se sustentou, ficando definido que de fato os povos indígenas demandam uma tutela específica para os seus direitos coletivos, dada a natureza da suas sociedades e culturas.

Observa-se que a tutela conferida pela ordem jurídica brasileira aos direitos indígenas, possuem natureza fundamental. Como salienta Belfort¹⁴, a legislação indígena esteve pautada em três paradigmas, o do extermínio, o da integração e, só depois do advento da Constituição Federal de 1988, o de reconhecimento de direitos originários e ampliação de garantias. Dispõe a Constituição Federal:

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

Percebe-se que de fato houve uma evolução no tratamento jurídico indígena com a promulgação da atual Constituição Federal, atingindo uma nova dimensão, qual seja, o de reconhecimento de direitos originários. A aplicação dos tratados pelos juízes nacionais é um fator altamente relevante na busca da efetividade da tutela jurisdicional. Se o Estado ratificou

¹³ COBO, José R. Martinez. Study of the problem of discrimination against indigenous populations. Commission on Human Rights. 30 July 1981. Disponível em:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_intro_1981_en.pdf. Acesso em 10 ago 2016.

¹⁴ BELFORT, LUCIA FERNANDA INÁCIA. A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica. 2006. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp148895.pdf>. Acesso em: 30 maio de 2016.

o tratado, tem de aplicá-lo e interpretá-lo à luz das regras de interpretação dos tratados estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

Neste sentido, o juiz nacional não pode aplicar a norma internacional sem observar as interpretações que sobre a mesma foram criadas. Desta forma, é no contexto do direito interno que o povo indígena pode desfrutar e exigir, dos poderes públicos, o usufruto dos direitos fundamentais da personalidade.

O Estatuto do Índio foi aprovado em 1973, e no contexto atual do ordenamento jurídico é incapaz de atender as demandas existentes de maneira efetiva e em muitos aspectos chega a afrontar a Constituição.

Desde 1991, a Lei 6.001/73 aguarda uma nova versão. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.057/91, cujo objetivo é extinguir a tutela reducionista do Estatuto do Índio. O projeto prevê a criação de um Estatuto das Sociedades Indígenas, tomadas então como coletividades diferentes culturalmente e reconhece aos índios a plena capacidade civil, observadas suas disposições específicas, como forma de garantir o exercício efetivo de seus direitos.

5 OS POVOS INDIGENAS

Segundo dados obtidos no último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população indígena brasileira soma 817.963 indivíduos, distribuídos em 305 etnias com 274 línguas diferentes. Destes, 502.783 vivem na zona rural e 315.180 nas regiões urbanas de todos os estados brasileiros e até no Distrito Federal.

A Fundação Nacional do Índio (Funai), revela dados alarmantes sobre violações de direitos fundamentais desse grupo de minorias, que vão desde invasões e degradações de suas reservas, exploração sexual e de trabalho, uso de drogas e até mendicância nas cidades. Um dos problemas que mais afligem as etnias e geram demandas judiciais são as violações atinentes as demarcações de terras indígenas. A terra indígena no inconsciente aborígene não é um simples bem, um objeto de direito, mas ganha a dimensão de um verdadeiro ente que traz consigo toda uma carga de ancestralidade, coletividade e posteridade de uma etnia.

O direito indígena sobre suas terras é um direito dominial primário e congênito. Este direito é anterior e oponível a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente.

O termo “tradicional” utilizado pelo legislador de 88, no art. 231, da CF deve ser definido segundo a cultura, os costumes e tradições indígenas de cada povo cuja terra deva ser

identificada. De acordo com Silva¹⁵, tradicional é o tempo e o modo da relação dos índios com sua terra, o modo da sua ocupação, produção econômica e aproveitamento dos recursos naturais, não se estabelecendo um lapso temporal pré-fixado. A posse não se legitima pela titulação, mas pela efetiva ocupação indígena, o que não se dá na forma do direito civil.

6 AÇÃO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

A ação de demarcação de terras indígenas tem por único objetivo garantir o direito dos povos indígenas à terra, devendo estabelecer a real extensão da posse indígena, assegurando a proteção dos limites demarcados e impedindo a ocupação indevida.

Da leitura do artigo 231 e parágrafos da Constituição Federal de 1988¹⁶, infere-se que a demarcação das terras indígenas tradicionalmente ocupadas é o reconhecimento pelo Estado brasileiro da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições de cada um dos povos indígenas remanescentes no país.

O panorama atual das terras reservadas aos indígenas, de acordo com a Funai (Fundação Nacional do Índio), correspondem atualmente a 672 terras, sendo 115 delas ainda em estudo, ou seja, terras que não tiveram sua área demarcada.

A Constituição de 1988 reconheceu expressamente aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. São direitos originários e não “simplesmente outorgados”, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Trata-se, portanto, de ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

¹⁶ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º

As Terras Indígenas previstas na Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o direito nacional, tendo uma destinação específica e imutável.

Contudo, questiona-se a (in)observância pelos tribunais pátrios ao dispositivo supra elencado, art. 231 CF/88, uma vez que a tese da ocupação física não está prevista na Constituição, bem como outros atos quando sobrepostos a direitos fundamentais de personalidade

Segundo Dalmo Dallari¹⁷ e José Afonso da Silva, a tese utilizada por parte da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal padece de inconstitucionalidades, posto que, para os ministros, o direito dos povos indígenas à posse de seus territórios tradicionais teria como condição a ocupação das terras que reivindicam na data de promulgação da Constituição, o dia 05 de outubro de 1988, ou a comprovação do esbulho renitente, ou seja, a resistência das comunidades indígenas à invasão de seus territórios por meio do conflito físico ou reivindicação judicial da posse.

Para Dalmo Dallari, é um contrassenso exigir das comunidades indígenas a resistência às invasões por meios judiciais ou através do conflito físico. “Até pouco tempo atrás o índio não tinha o direito de entrar com ação judicial”. Por seu turno, José Afonso da Silva, afirma que “o esbulho é praticado pelos não-índios e a solução do conflito deveria recair sobre esses esbulhadores e não sobre os índios quando se exige deles que, mesmo iniciada no passado, sua resistência persista até o marco demarcatório temporal”

Em uma ação que tramitou no STF, (RMS 29087), o proprietário rural questionou a declaração de sua fazenda como sendo de posse imemorial (permanente) da etnia guarani-kaiowa, integrando a Terra Indígena Guyraroká, no Mato Grosso do Sul. O ministro Gilmar Mendes apresentou seu voto-vista, através do qual divergiu do relator do processo, ministro Ricardo Lewandowski, que votou no sentido de negar provimento ao recurso do proprietário.

Em seu voto o ministro Gilmar Mendes deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de ato do ministro da justiça, consubstanciado na Portaria 3.219, de 7 de outubro de 2009.

O ministro relatou que o laudo da Funai apontou que os índios não tinham posse da terra na data da promulgação da Constituição de 1988 (5 de outubro de 1988) e que viveram na

¹⁷ O jurista participou dos debates no período de elaboração da Constituição Federal de 1988 e defende que a tese do marco temporal não condiz com o texto que trata dos direitos territoriais dos povos indígenas.

região há mais de 70 anos. Ele invocou a decisão do STF na Petição (PET) 3388, que envolve a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, na qual se reconheceu o parâmetro do marco temporal da ocupação (5/10/88) e a necessidade de o processo envolver estado e municípios afetados.

Em um outro julgado, sendo o terceiro a se valer da tese do marco temporal, em menos de seis meses após as decisões que anularam as portarias das Terras Indígenas Guyra Roka, dos Guarani, e do povo Canela, a 2ª Turma do STF volta a colocar em questão o direito de um povo indígena à terra: os Terena da Terra Indígena Limão Verde. A acórdão favorável à anulação da portaria que reconhecia a Terra Indígena Limão Verde como área tradicionalmente ocupada pelos índios é o primeiro a incidir sobre uma terra que chegou ao último estágio do processo demarcatório, a homologação ocorreu em 2004.

Em uma outra oportunidade, na ação possessória que se iniciou na justiça federal de Alagoas, o juiz considerou provada a posse mansa e pacífica do autor e a existência de esbulho violento pelos índios xucuru-kariri, uma vez que aquela se encontrava lastreada em títulos aquisitivos legalmente constituídos. A sentença e o acórdão que a confirmou consignavam, todavia, a existência de laudo da Funai, indicando os limites da área indígena, também se situava a suposta posse do autor. Concluíram ainda não ser cabível perícia antropológica, porque a posse indígena já estava evidenciada por meio daquele estudo.

Ora, ambas as decisões contrariam expressamente disposição constitucional, uma vez que foi conferida validade a títulos incidentes sobre área indígena, cujo laudo produzido pela Funai não foi contestado. As recentes deliberações da 2ª Turma contradizem entendimentos do próprio Supremo em outras decisões.

Imprescindível mencionar que as interpretações equivocadas das salvaguardas constitucionais e parâmetros do acórdão 3.388/RR têm sido evocados indevidamente, a exemplo, como polêmica Proposta de Emenda à Constituição (PEC 215/00), que sugere o marco ocupacional “físico” como base para definir a propriedade das terras indígenas, além de pretender retirar da Funai e transferir ao Congresso Nacional o poder de demarcar terras indígenas, mudando também outros pontos relevantes da legislação em vigor, porém nada dizendo do Estatuto do Índio, que há quase 30 anos aguarda uma reforma para se adequar ao texto Constitucional.

Esclarecimentos são necessários neste momento.

Em outubro de 2013, ao julgar os embargos declaratórios do julgamento da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, a maioria do plenário do STF decidiu que as condicionantes impostas a este caso não eram vinculantes para outras demarcações sub judice.

Ademais, nos termos do julgado, a tese do “marco temporal”, como salvaguarda constitucional, é 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 (marco da tradicionalidade da ocupação). É preciso estar coletivamente situado em certo espaço fundiário e também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica.

Ainda no acórdão, a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. É o 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”.

No item 11.3 do acórdão¹⁸ em análise, referindo-se ao marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional, estabeleceu-se os parâmetros a serem seguidos em futuras ações demarcatórias. Constou no voto:

“que as áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de um determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquela que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultura” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos costumes e tradições de não-índios). (...) Donde a proibição constitucional de remover os índios das terras por eles ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§4º do art. 231 da Constituição Federal) O que determina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde clara inteligência de que os Artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um complexo estatuto jurídico da causa indígena.”

O marco temporal tal qual estabelecido no julgado do Supremo na Ação Popular que tratou da Demarcação da Terra Raposa Serra do Sol, foi instituído sob o viés da tradição, e assim deve ser concebido. O que em nada tem a ver com ocupação física. A definição de terras

¹⁸ Pet 3.388/RR

tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa da vida desses povos indígenas. A tradição que insurge dessa narrativa não é mera reprodução de algo sobrevivendo, mas participação num sentido presente¹⁹. Não é mero indulto ao todo da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e mudança.

Duprat²⁰, observa que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico, que para além da história revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva. Ressalta ainda que o estudo antropológico não tem, e nem poderia ter, uma posição neutra em relação a sua pesquisa, no sentido de objetificar, de definir determinado domínio a partir de normas ou padrões externos ao grupo, pois tal importaria em privá-lo de sua força normativa. E um esquema puramente behaviorista necessariamente fracassa quando se trata de explicar a conduta humana.

De tal modo, o estudo antropológico predisposto a identificação de um território tradicional pressupõe compreensão e tradução das formas como o grupo se vê ao longo de seu curso existencial, como vê e conhece o mundo e como nele se organiza. O mundo social da vida só se abre a um sujeito que faça uso de sua competência de linguagem e ação, estabelecendo relações interpessoais. Só se pode penetrar nele participando, ao menos virtualmente, nas comunicações dos membros e convertendo-se, ele mesmo, em um membro, ao menos potencial.

Nesse sentido, a definição de um território tradicional não pode passar ao largo do estudo antropológico, salvo se objetivar reinstaurar o viés etnocêntrico que orientava o direito precedente, em que o juiz atribui aos agentes a sua própria visão.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 reconheceu expressamente aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Estas terras destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ou seja, ninguém tem o direito de ocupá-las como posseiro, pois são declaradas "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

¹⁹ GADAMER, Hans -Georg. O problema da consciência histórica. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. 571

²⁰ Deborah Duprat - Terras indígenas e o judiciário. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terra. Acesso em: 03 jul. 2016.

Não há que se questionar que se trata de direitos fundamentais dos indígenas, ou seja, superior a qualquer direito ordinário de propriedade ou uso.

Neste sentido é imperioso o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas para proteger os direitos individuais de seus membros, sendo que o direito à terra e seus recursos estão diretamente relacionados com a própria sobrevivência do grupo.

A tese do marco ocupacional é inconstitucional, pois interpretada isoladamente significa que os povos indígenas somente terão direitos as terras se as estivessem ocupando fisicamente quando a Constituição entrou em vigor, o que é totalmente contrário ao texto constitucional.

A prescrição de direitos fundamentais é uma das consequências ao acolhimento desta tese, e a sobreposição de títulos de domínio outorgado pelo poder público à direitos fundamentais da personalidade não condizem com os valores instituídos em um Estado Democrático de Direito.

O marco temporal não pode ser interpretado isoladamente. A tradição jungida à ocupação precisa ser observada tal qual em Gadamer:²¹, “a tradição que emerge da narrativa não é mera repetição de algo passado, mas participação num sentido presente”, ou seja, não é remissão no contexto da existência que a originou, mas experiência histórica de sua reafirmação e transformação.

Este estudo pretende reafirmar a legalidade constitucional e o caráter imperioso da tutela jurisdicional dos direitos dos grupos de minorias indígenas, uma vez que, os direitos relativos as terras indígenas são direitos fundamentais da personalidade humana, e por isso imprescritíveis, concluindo que a tutela jurisdicional aos direitos fundamentais da personalidade dos povos indígenas, na conjuntura atual das demandas demarcatórias das terras indígenas, não tem sido efetiva.

E uma tutela ineficaz, não é tutela.

REFERÊNCIAS

BELFORT, LUCIA FERNANDA INÁCIA. **A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica**. 2006. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

COBO, José R. Martinez. Study of the problem of discrimination against indigenous populations. **Comission on Human Rights**. 30 july 1981. Disponível em:

²¹ Ibid., p. 571.

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_intro_1981_en.pdf. Acesso em: 10 ago. 2016.

DUPRAT, Deborat. **Terras Indígenas**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf. Acesso em: 10 jun. 2016.

JACINTHO, JUSSARA. **Dignidade Humana. Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, p. 164.

KENYA; National Commission on Human Rights and Centre for Minority Rights Development (ed.) 2006. **Report of the Round Table Meeting of Experts on Minorities and Indigenous People in Kenya**.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, 1980.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura Souza. **O Direito dos Oprimidos**. Ed. Almedina/Ed. Cortez, 2014.

SÉGUIN, Elida. Minorias, In SÉGUIN, Elida (Coord.), **“Direito das minorias”**, Rio de Janeiro – Brasil, Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 29 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2659254> Acesso em 29 ago. 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed., RT, 2005.