

**DIREITO AO RECONHECIMENTO DAS
POPULAÇÕES TRADICIONAIS:
identidade, território e memórias em decisões
do Supremo Tribunal Federal – STF**

***RIGHT TO RECOGNITION OF
TRADITIONAL POPULATIONS:
identity, territory and memories in the decision
of the Supreme Federal Court – STF***





**DIREITO AO RECONHECIMENTO DAS
POPULAÇÕES TRADICIONAIS:
identidade, território e memórias
em decisões do Supremo
Tribunal Federal – STF**

***RIGHT TO RECOGNITION OF
TRADITIONAL POPULATIONS:
identity, territory and memories
in the decision of the Supreme
Federal Court – STF***

Richardson Xavier Brant¹

João Batista de Almeida Costa²

¹ Doutor e mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professor de Direito Processual Constitucional na Universidade Estadual de Montes Claros. Participa de grupos de pesquisa na área interdisciplinar de Desenvolvimento Social, nas temáticas sobre Movimentos Sociais e Democracia e na área disciplinar do Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento Social (PPGDS) da Universidade Estadual de Montes Claros. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, atualmente convocado para atuação em Segunda Instância na 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

² Doutor em Antropologia pela Universidade de Brasília. Professor – pesquisador com estudos e pesquisas sobre temáticas culturais vinculadas às populações tradicionais, sertão, identidade regional e diversas temáticas necessárias à formação dos estudantes na área disciplinar da Antropologia Social na Graduação da Universidade Estadual de Montes Claros.

“Paga-se um preço por se viver em uma democracia e ele não é exorbitante, mas módico, encontrando-se ao alcance de todos os homens de boa vontade. Implica apenas o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Do homem para o homem há de ser a tônica da vida pública, da vida gregária, a interpretação inafastável [...]” (Ministro Marco Aurélio, Supremo Tribunal Federal).

RESUMO

Este artigo é resultado de uma pesquisa sobre o processo que envolve o direito ao reconhecimento do território das populações tradicionais como elemento constituinte de sua identidade, memórias e tradições. A abordagem atribui centralidade ao debate, no âmbito jurídico, sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a partir do julgamento perante o STF. Para contextualização do tema, busca-se primeiro o histórico de encobrimento das identidades e diferenças das populações tradicionais, desde a colonização das Américas até o reconhecimento, na Constituição de 1988, de sua participação no processo histórico de formação da cultura brasileira. Nos fundamentos das decisões do STF, destaca-se o entendimento de que a fixação do marco temporal da posse sobre o território tradicional na data da promulgação da Constituição Federal malfeire a compreensão de posse originária, imemorial, e a interpretação de que há precedência na ocupação originária. E que essa precedência significa que a posse imemorial deve prevalecer sobre toda e qualquer outra ocupação; e sobre qualquer título de propriedade que se apresente. Evidencia-se, nesse julgamento, a compreensão de que a posse tradicional traduz o manuseio do território em suas múltiplas dimensões: física, social, cultural e simbólica. Referidas características constituem o espaço fundador das identidades e memórias das populações tradicionais e se distinguem nitidamente da propriedade privada, porque esta é esvaziada de outros sentidos, preponderando

seu caráter mercadológico. Emerge ainda do julgamento o direito de as populações tradicionais participarem ativamente do processo de reconhecimento, manifestando-se de modo autêntico e legítimo sobre a própria identidade. Essa indeclinável participação serve de mote para o esforço de superação de uma posição anterior de subalternidade e guarda perfeita adequação e estrita conformidade com o art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica e com o enunciado do art. 68 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Populações tradicionais. Posse imemorial. Território. Reconhecimento.

ABSTRACT

This article is the result of a research on the process that involves the right to recognition of the territory of traditional populations, as a constituent element of their identity, memories and traditions. The debate was discussed in the legal context, in the case of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land, which was submitted to a judgment before the Federal Supreme Court (STF in Brazil). It focuses on the history of concealment of identities and differences of traditional populations, from the colonization of the Americas to the recognition in the 1988 Constitution of their participation in the formation of Brazilian Culture. Of particular note is the declaration and precedence, within the scope of the STF, of the original occupation on any and all property titles taken to registration. It is evidenced that traditional ownership and land use, with the characteristic that this constitutes the founding space of their identity, memory and are distinguished from the figure of simple occupation. And the right of traditional populations to participate actively in the process, manifesting their own identity, is the motto for overcoming an earlier subalternity.

Keywords: Traditional populations. Traditional possession. Territory as identity. Recognizement.

1 COLOCAÇÃO DO TEMA

Na interpretação dos direitos das populações tradicionais, faz-se imprescindível a explicitação, por profissionais da Antropologia, de um conjunto de características das comunidades que assim se identificam para permitir as distinções que as tornam construtoras da própria identidade, caracterizada por um específico modo de ser, viver e conviver, de construir, transmitir e perpetuar uma história comum de memórias e tradições.

Essas identidades se configuram, principalmente, no uso, ocupação e apropriação de um território, espaço sociocultural onde os povos tradicionais desenvolvem um modo de vida singular. Sem que haja o reconhecimento do território, conforme discutido por Oliveira (1976), a identidade étnica não se verifica. Nessa perspectiva, identidade étnica e território estão imbrincados de forma indissolúvel, inseparáveis em sua constituição e significados.

No enfrentamento das lutas por essa afirmação, um passo relevante marca os debates que forjaram a inclusão, na Constituição Federal de 1988, com a afirmação do direito ao reconhecimento da contribuição de vários povos na formação e constituição do povo brasileiro (BRASIL, CRFB/88, art. 215). Em complemento indissociável, encontra-se, no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dispositivo constitucional que reconhece o direito a terras ocupadas pelas populações quilombolas.

A conquista de previsão constitucional deve ser considerada apenas como ponto de partida para o processo de luta por reconhecimento (HONNETH, 2009). Constitui etapa relevante para a afirmação histórica do direito à diversidade cultural e dos desafios

encontrados nas disputas por demarcação de territórios. A previsão constitucional propicia, também, o avivamento de memórias e a oficial construção de um marco constitucional de legitimidade no reconhecimento do modo singular que cada comunidade cultiva no ser, criar, fazer e viver. Isso favorece, em gradativo avanço, a articulação de resistências mais consistentes a padrões culturais impostos desde a época da colonização.

A questão posta neste trabalho cuida dos direitos das populações tradicionais, principalmente indígenas e quilombolas, para iluminar a compreensão dos enfrentamentos vivenciados por essas comunidades, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, para um diagnóstico adequado do contexto de cada povo, das peculiaridades de cada comunidade e das implicações do processo de reconhecimento do direito ao território.

Aborda-se, como ponto de partida, a invisibilidade desses grupos na violenta afirmação hegemônica, simbólica, e com imposição pelas armas, levada a efeito na esteira da colonização e da chegada dos europeus ao continente sul-americano.

Busca-se mostrar, em seguida, as características mais relevantes para a interpretação jurídica dos direitos das populações tradicionais. Nesse objetivo, procura-se entender, em estudo de caso específico, as múltiplas interpretações concorrentes e que mostraram apontamentos relevantes para a conquista de reconhecimento e do direito ao território pelas populações tradicionais.

Destaca-se a discussão sobre o caráter da posse imemorial, tradicional, cuja restrição criada no precedente do Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol constituiu-se em grave retrocesso em face da garantia constitucional do território como espaço de preservação das culturas tradicionais.

Aborda-se, em contraste, o entendimento adotado pelo STF na ADI 3.239/DF, cujo julgamento aconteceu em 8/2/2018, decisão

que firmou o reconhecimento amplo do direito fundamental das comunidades quilombolas ao território ocupado em caráter imemorial.

Pontuam-se, em complemento, outros acórdãos do STF que prestigiam a preponderância, com prioridade, da posse imemorial sobre qualquer outra forma de posse e sua precedência sobre qualquer outro título apresentado.

2 A INVISIBILIDADE DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO DISCURSO COLONIZADOR SALVACIONISTA

Constitui apenas uma etapa inicial o reconhecimento constitucional do território, para que sejam mostradas as lutas pela determinação de que aspectos têm relevância para o reconhecimento dos povos tradicionais que contribuíram para a formação do povo brasileiro, como sociedade formada por diversas comunidades socioculturais. Concebe-se a nação brasileira, desde suas mais remotas origens, sob a bandeira da diversidade cultural.

A contribuição de João Batista de Almeida Costa (2015) vem explicitar que “os estudos de populações tradicionais no Brasil devem, necessariamente, levar em consideração cinco questões que se imbricam: Identidade, Organização Social, Território, Sistema de Produção (Economia) e Cultura”. Esses elementos se integram para formar um conjunto indissociável, permeado por características materiais e simbólicas.

Referidos significados, marcados pelas questões abordadas, deverão ser postos por cada comunidade tradicional, em expressão própria, para que se avive em suas memórias, de modo legítimo, a questão da autodefinição identitária.

As características próprias de cada grupo, vistas em contraste, permitem distinguir cada comunidade de outros grupos com os quais mantém contato mais próximo. Os termos que as comunidades usam para se referirem a si mesmas, em comparação com os termos que

empregam para se referirem às comunidades circunvizinhas, estabelecem as fronteiras específicas dessa distinção (COSTA, 2015).

Cabe lembrar, neste ponto, a advertência de Geertz (2003) no sentido de que as concepções dos outros, no campo da Antropologia, devem ser vistas por manifestações dos integrantes da própria cultura, abandonando alguma concepção que seja fruto de outra cultura e evitando-se até mesmo “enquadrar” as experiências alheias dentro da moldura de nossa própria concepção cultural, mesmo que isso decorra de um sentimento de “empatia” tão elogiado.

Nessa linha, tão somente no espaço autêntico de construção própria da cultura de cada comunidade, partilha-se a consideração sobre o surgimento de sujeitos de direitos e de suas identidades:

Toda e qualquer identidade marcada pela diferença tem símbolos concretos que ajudam a identificar no interior das relações sociais que é parte de um ‘nós’ e quem é o ‘outro’. Assim, a construção da identidade é tanto simbólica quanto social e a luta para afirmar uma ou outra identidade ou as diferenças que os cercam tem causas e consequências materiais (COSTA, 2015).

As lutas por manutenção e conquista do território mostram-se mais significativas e extrapolam discussões apenas de conteúdo econômico ou confinadas ao direito de posse ou de propriedade no sentido jurídico comum. No local onde vivem, relacionam-se e produzem a própria existência material e simbólica, as comunidades tradicionais constroem, fortalecem e mantêm suas memórias, trajetórias e referências. E como se encontra definido pelo art. 215 da Constituição Federal, nesse lugar, estabelecem-se seus modos de criar, fazer e viver, condições que devem ser garantidas pelo Estado.

Os valores das comunidades ligam-se a esse espaço natural de maneira única, singular, indissociável e insubstituível. Tudo faz

parte de um conjunto de símbolos que constituem, de modo peculiar, idiossincrático, o modo de ser de cada povo.

A compreensão desse vínculo entre território e identidade, e de como se interligam os modos de produção material, social, cultural e simbólico e de apropriação econômica, está aqui bem explicitada:

O espaço físico, ao ser transformado em um território, porque os grupos nele inscrevem acontecimentos e significações sociais, é apreendido e vivenciado a partir dos sistemas e conhecimentos que cada grupo específico constrói em sua historicidade. E as singularidades são intimamente conectadas ao ecossistema específico – Cerrado, Mata Atlântica, Caatinga, Pantanal, etc. – que define as formas como o espaço é apropriado e como se pode realizar a sua construção como território coletivo. Essas formas de apropriação e de construção são conformadas para garantir a reprodução material e social de cada grupo social. Nos processos de apropriação do espaço e em sua construção como território, diversas condutas propiciam a atualização dos vínculos sociais, da noção de pertencimento e da reprodução material e social de cada grupo social, sejam formas de demarcação e de defesa, ou sejam critérios de exclusão e de inclusão no grupo. Tais condutas constituem o que vem sendo considerado, na teoria social, como estratégias de territorialidade (COSTA, 2015).

Destaca Costa (2015) que, antes da mobilização por reconhecimento, esses grupos sociais eram invisíveis, ocultados pela hegemonia do homem branco, proprietário e letrado, o qual aparecia como único sujeito de direitos. Essa ocultação da contribuição e da ampla diversidade de povos distribuídos no espaço continental do território brasileiro veio e se afirmou no processo unificador da colonização, para deixar aparecer apenas os valores e a cultura do grupo colonizador.

Na esteira desse processo, houve a imposição hegemônica, com claro viés etnocêntrico, da uniformidade de valores europeus,

dos modos de vida deles, atrelada a determinada racionalidade econômica, política e social. A principal questão a ser destacada, para os objetivos deste trabalho, é a franca desconsideração dos habitantes e povos dessas terras, submetendo-os a condições subalternas, desconsiderando-os como sujeitos de direitos, posicionando-os como inferiores.

Baseando-se nos estudos de Enrique Dussel, traz-se a ponderação de Ingrid Freire Haas:

Com a colonização dos povos, muitos países tiveram sua identidade cultural escondida por um longo período. Os indígenas presentes no território latino-americano foram considerados povos inferiores por vários séculos. As culturas foram afetadas por valores culturais e domínios econômicos externos que desestabilizará tanto a identidade brasileira como a latino-americana (HAAS, 2015, p. 91).

Nesses processos de (des)envolvimento, ou de encobrimento, figura notável que:

[...] depois de reconhecido o território colonizado, passavam ao controle e dominação das pessoas: 'era necessário pacificá-las'. Começava-se a alienação do 'Outro' como sujeito de si mesmo, deixou-se de lado a práxis violenta, guerreira de domínio do território para uma 'práxis' erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalho, de instituições criadas por uma nova burocracia política, a dominação do Outro (DUSSEL, 1993, p. 51 *apud* HAAS, 2015, p. 90).

Encontra-se, ainda, em passagem sobre a hegemonia assumida pelo colonizador que: "O conceito de 'encontro' é encobridor porque se estabelece ocultando a dominação do 'eu' europeu, de seu 'mundo', sobre o 'mundo do Outro', do índio" (DUSSEL, 1993, p. 64).

Acrescenta-se, em reflexão sobre as características da modernidade, que o mesmo discurso hegemônico, com a pretensão de único portador da verdade universal salvadora, apresenta-se estrategicamente como emancipador:

Há todo um conceito de modernidade que justifica o sofrimento dos atos praticados contra o 'Outro', pois neste a modernidade é vista com uma forma de emancipar a razão, trazendo tecnologia e infraestrutura civilizatória; levando aos povos algo inalcançável, salvação (HAAS, 2012, p. 91).

Já ao tempo da colonização, encontrava-se a denúncia de que esses discursos salvacionistas respondiam, de modo inapelável, à necessidade de:

[...] atribuir alguma dignidade formal à guerra de extermínio que se levada adiante, à brutalidade da conquista, à perversidade da eliminação de tantos povos. [...] De todo o debate reluzia, clara como o sol, para a cúpula real e para a Igreja, a missão salvacionista que cumpria à cristandade oferecer, a ferro e fogo, se preciso, para incorporar as novas gentes ao rebanho do rei e da Igreja. [...] cujo direito de avassalar os índios, colonizar e fluir as riquezas da terra nova decorria do sagrado dever de salvá-los pela evangelização (RIBEIRO, 1995, p. 58-59).

Essa imposição cultural, de padrões próprios de civilização, desconsidera as diferentes formas de vida, na rica diversidade socio-cultural desde então encontrada nas Américas. Em estudo célebre, no contraste entre os termos civilização e cultura, mostra Norbert Elias que as raízes da formação da ideia de civilização remontam a tempos bem mais recuados:

O conceito de civilização minimiza as diferenças nacionais entre os povos: enfatiza o que é comum a todos os seres humanos ou – na opinião dos

que o possuem – deveria sê-lo. Manifesta a autoconfiança de povos cujas fronteiras nacionais e identidade nacional foram tão plenamente estabelecidos, desde séculos, que deixaram de ser tema de qualquer discussão, povos que há muito se expandiram fora de suas fronteiras e colonizaram terras muito além delas (ELIAS, 1994, p. 25).

Em contrapartida à formação do termo civilização, desenvolve Elias (2009) o conceito de cultura (*kultur*) aplicado ao povo alemão, cuja semântica retrata as diferenças nacionais e a identidade particular de cada grupo. Esse emprego diferente coincide com um processo histórico próprio de formação da identidade nacional na Alemanha. Isso porque esse país, no contexto europeu, conseguiu, bem mais tarde, sua unificação política e a consolidação de suas fronteiras nacionais.

Destaca-se, no propósito de expansão, que fora por meio do conceito de civilização que a Europa se colocou, pela consciência de si mesma, como superior frente a todos os povos do planeta terra (ELIAS, 1994, p. 23). Essa pretensa superioridade mascara uma “cortesia” (corte, vida cortesã) que é externa e enganadora, em antítese mesmo com a ideia de “virtude”, como expressão autêntica própria que deriva de *kultur*.

Em outra passagem também esclarecedora, mais especificamente voltada aos aspectos psicológicos do racismo, mas vinculada ao etnocentrismo colonialista, surge a explicitação de que o discurso hegemônico trata o “Outro” como subalterno e inferior:

[...] ter a si próprio como modelo e projetar sobre o outro as mazelas que não se é capaz de assumir, pois maculam o modelo - são processos que, sob certos aspectos, podem ser tidos como absolutamente normais no desenvolvimento das pessoas. O primeiro está associado ao narcisismo e, o segundo, à projeção. No entanto, no contexto das relações raciais, eles revelam uma faceta mais complexa, porque visam justificar, legitimar

a ideia de superioridade de um grupo sobre outro e, conseqüentemente, as desigualdades, a apropriação indébita de bens concretos e simbólicos e a manutenção de privilégios (BENTO, 2002, p. 33).

A colonização do Brasil, como a da América, evidencia esse caráter etnocêntrico de imposição religiosa e de valores próprios do modo de vida europeu. Isso encontra origem mais distante nas lutas sangrentas de imposição religiosa ocorridas no continente europeu:

Em nome da Cruz e mais tarde da civilização, a sociedade do Ocidente empenha-se, durante a Idade Média, em guerras de colonização e expansão. E a despeito de toda a sua secularização, o lema 'civilização' conserva sempre um eco da Cristandade Latina e das Cruzadas de cavaleiros e senhores feudais (ELIAS, 1994, p. 67).

Considerando a atualidade da imposição neocolonialista, compartilha-se da posição de Antônio Carlos Wolkmer (2002), no sentido de ser necessária uma releitura da história do nosso continente periférico, e, para isso, a história verdadeiramente feita pelo homem latino-americano precisa ser recuperada, porque o que sempre prevaleceu foi o silêncio dos colonizados. Esse embate permite repensar o campo da história e sua afirmação contra um viés mistificador.

O referido marco de reconhecimento da diversidade cultural apareceu na Constituição Federal de 1988, a partir de lutas e ampla reivindicação de grupos sociais invisíveis e que postulavam há muito o devido reconhecimento. A elevação à categoria de norma constitucional fundamental veio no art. 215, § 1º, cujo enunciado assim aparece: "O Estado protegerá as manifestações da culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (BRASIL, 1988).

O Plano Nacional de Cultura estabelecerá a “valorização da diversidade étnica e regional”, como complementa o § 3º do mesmo dispositivo constitucional. Isso exige, para sua efetiva realização, a promoção de um conjunto de políticas públicas específicas que viabilizem o direito ao reconhecimento e à proteção contra toda e qualquer forma de assimilação e destruição das memórias e da identidade dos povos tradicionais.

Figura promissora a compreensão dos organizadores da Coleção Direito e Diversidade, posta na introdução de cada volume da obra, que entende a colonização cultural como uma face sombria da modernidade ocidental:

[...] encontrar questões como o Direito à Diversidade para além do Direito à Diferença e Igualdade: significa superar a lógica binária subalterna de um mundo rasteiro e violento, pela compreensão do diverso, do plural. Significa desnaturalizar o que por um tempo (longo) foi naturalizado. O processo civilizatório da modernidade nos legou algumas conquistas materiais e culturais com altos custos sociais, econômicos e políticos. O progresso instituiu vorazmente, a desconstrução/destruição de tradições do Ocidente e do Oriente. E sequestrou, num processo universalizante e normalizador, a diversidade (XAVIER; MAGALHÃES; LAUREANO, 2015).

O direito à diversidade compreende o respeito e a conservação dos projetos de modos de vida distintos e, tantas vezes, estranhos entre si, cuja preservação deve ser permanentemente cuidada:

[...] enquanto comunidade democrática deve-se assegurar a todos os parceiros desse empreendimento coletivo comum o direito a desenvolver a sua forma de vida e de buscar a felicidade do modo mais pleno possível. Isso implica respeitar os diversos projetos de felicidade e de vida boa, portanto o direito à diversidade (OMMATI, 2015).

Em outra passagem, o referido autor reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do valor ou direito à diversidade sociocultural:

Ora, se se deve ter respeito para consigo mesmo e tentar levar a própria vida com a maior autenticidade possível, significa reconhecer que se tem a obrigação de respeitar os princípios e valores de todos os indivíduos. O respeito à dignidade implica, portanto, o respeito à diversidade das formas de vida (OMMATI, 2015).

O território significa para as comunidades tradicionais o espaço fundador e constituinte de sua identidade, memórias e histórias, de suas tradições. O modo de viver, conviver e de se reconhecer socialmente encontra, em lugar específico, a forma autêntica e distintiva de sua realização e os marcos de sua construção. Significativa, nesse ponto, a seguinte ponderação:

[...] as formas do saber são sempre e inevitavelmente locais, inseparáveis de seus instrumentos e de seus invólucros. Pode-se é claro, obscurecer esta realidade com o véu de uma retórica ecumênica, ou embaçá-la *ad infinitum*, com teoria. Mas não podemos fazer com que simplesmente desapareça (GEERTZ, 1997, p. 11).

A afirmação de uma sociedade plural, que deve devotar igual respeito e consideração a todas as formas de vida, consagra a ideia de democracia como parceria de homens livres e iguais, como destaca Ommati (2015): “[...] a democracia pressupõe a diferença e a diversidade, pois é um regime em que as iguais liberdades devem ter livre curso. [...] É dizer: a democracia integra o direito à diversidade”. O respeito incondicional a todas as formas de vida aparece como direito fundamental e serve de base à construção social de uma convivência humana solidária.

Feitas essas considerações, parte-se para a abordagem adiante de argumentos do processo perante o STF, os quais se mostraram significativos no que se relaciona aos requisitos para o reconhecimento do direito à diversidade.

Destaca-se que o STF é órgão de cúpula do Poder Judiciário, cuja função precípua – de caráter institucional – é de zelar pela interpretação e garantia de direitos fundamentais. Assume a Suprema Corte a defesa de valores contramajoritários, no propósito de assegurar a diversidade e o respeito às minorias, o que se ajusta bem à missão de guardião da Constituição Federal.

No primeiro acórdão em estudo, decisão proferida no processo de reconhecimento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, registra-se um verdadeiro retrocesso quanto à compreensão do conceito de posse tradicional, permanente. Isso porque a definição do próprio caráter imemorial não admite marcos outros que reduzam o tempo da posse e da propriedade sobre um determinado território.

O outro acórdão abordado refere-se a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.239/DF), proposta para a declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. A ação direta fora promovida pelo DEM (Democratas). Referido decreto definira os procedimentos para identificação, pelo critério de autoatribuição, reconhecimento, delimitação e demarcação de terras ocupadas por remanescentes de quilombos, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Nesse último julgamento, concluído em fevereiro de 2018, ficou assegurado o direito fundamental das comunidades quilombolas, como grupo étnico-racial minoritário, de obterem o reconhecimento pelo Estado da propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam desde tempos imemoriais.

3 TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DE QUILOMBOS: ASPECTOS RELEVANTES

O primeiro caso em que se buscam alguns elementos para a distinção das comunidades tradicionais é o da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na Reclamação 3.331-7/RR, no âmbito do STF. Nesse caso, buscou-se definir os limites do território, para a demarcação administrativa, na edição de uma primeira norma pelo Ministro da Justiça, 10 anos depois da promulgação da Constituição Federal, publicada no ano de 1998.

Sete anos se passaram, e, no ano de 2005, houve o reconhecimento da validade e aproveitamento de parte daquela primeira Portaria, para tornar a área ocupada de “dupla afetação”. Explicitava uma destinação de preservação ambiental, como bem público da União; e outra voltada à realização dos direitos constitucionais dos índios, como está expresso na Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005. Já aparece, nesse ato normativo, o conceito de posse tradicional, permanente.

Como fundamentos expressos na decisão do Ministro da Justiça, consta a proteção da diversidade étnica e cultural, como imperativo decorrente dos direitos constitucionais. A área de Terra Indígena Raposa Serra do Sol, reconhecida como terra de fronteira, estava ocupada pelos grupos de índios Ingarikó, Makusi, Taurepang e Wapixana.

A área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol compreendia cerca de 7,79% de todo o território do Estado de Roraima. A ocupação se caracteriza como imemorial, por não ter marco específico, pois se confunde com a história desde o descobrimento, em áreas ocupadas pelos povos originários.

Houve expressa proibição de trânsito ou permanência de pessoas ou de grupos não índios naquela área, sendo fixado prazo não superior a um ano, para a extrusão de ocupantes não índios. Além das autoridades federais incumbidas de preservação da segurança, os particulares especialmente autorizados somente poderiam transitar e permanecer, desde que a atividade não se mostrasse nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios que ali tinham reconhecida sua posse permanente.

E a determinação de que a extrusão dos ocupantes não índios acontecesse em prazo razoável, não superior a um ano, seria contado a partir da homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial. O uso da terra estaria estritamente afetado às necessidades e à ocupação pelas comunidades indígenas.

A primeira referência que se destaca está no reconhecimento de que a questão não é estritamente de direito, mas exige a contribuição de profissionais da Antropologia para o devido reconhecimento de características físicas e simbólicas, um saber antropológico que envolve a identificação desde a origem dos significados e sentidos próprios cultivados por aquela comunidade:

[...] as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas 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 - art. 231 da Constituição Federal -, cabendo-lhes a posse permanente, tal como ressaltado nos votos já proferidos. Então, o tema não é estritamente de Direito, mas de fato [...] (BRASIL, 2006).

Somente o estudo antropológico poderá dar conta da posse tradicional, diferente da simples ocupação ou da posse comum, porque figura como a única maneira de preservar a cultura que dela é indissociável. Colhe-se, também, do julgamento em questão:

O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só fato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação da faixa contínua das terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos (BRASIL, 2006).

Outro aspecto relevante é a necessidade de ouvir os interessados, para garantia do direito de autoatribuição, em consulta sobre quaisquer pareceres, laudos e decisões que possam afetar os interesses dessas comunidades. A citação, no voto condutor do acórdão, fora uma transcrição de artigo veiculado na Universidade de Harvard, intitulado “The Protection of Indigenous People’s Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System”, publicado no *Harvard Human Rights Journal*.³ Destaca a necessidade de promover a consulta:

Como demonstrado anteriormente, à luz da Convenção Americana, da Declaração Americana e de outras fontes de direito internacional, os povos indígenas têm o direito de proteção das terras que tradicionalmente ocupam e dos recursos naturais. Dessa maneira, as normas de direitos humanos que protegem os povos indígenas garantem, o mínimo, interesses em terras e recursos naturais obrigam aos estados a consultar com os grupos indígenas envolvidos sobre quaisquer de-

³ Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/issl4/williams.shtml#Heading388>. Acesso em: 15 jan. 2009.

cisões que possam vir afetar os interesses e adequadamente pesar esses interesses no processo de formação de decisões (BRASIL, 2006).

Os autores do estudo referido citam trecho de precedente da Suprema Corte do Canadá, insistindo no ponto de que a consulta aos grupos interessados é inafastável do direito ao reconhecimento: “[...] existe sempre o dever de consulta [...] essa consulta deve ser feita em boa-fé e com intenção de substancialmente abordar as preocupações dos povos aborígenes cujas terras estão em jogo” (BRASIL, 2006).

Quanto ao tempo de posse tradicional, ocupação sem marco específico, porque imemorial, a posição do STF se afastou daquilo que fora consagrado na Constituição Federal como uma das principais conquistas dos índios e dos povos tradicionais.

O marco considerado pelo STF fora no sentido de que as terras deveriam ser consideradas ocupadas, em 5/10/1988, data de promulgação da Constituição Federal. Reafirmou-se precedente manifestado no Recurso Extraordinário nº 219.983-3/SP, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Brito, do qual colhe-se trecho do voto condutor:

I - o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos Índios, ‘dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam’. [...] Marco objetivo que reflete o decidido propósito de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal que estivesse grafada em Constituição anterior (BRASIL, STF, RE n.219.983-3/SP).

O que evidencia ainda mais o retrocesso, e aparenta clara contradição, está nessa passagem do referido voto do Ministro

Carlos Ayres Brito. Nessa fundamentação, encontra-se a explicitação do caráter originário, para se referir aos direitos garantidos na Constituição Federal sobre as terras que ocupam:

O termo ‘originários’ a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. [...] Pelo que direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal (BRASIL, STF, RE n. 219.983-3/SP).

Um destaque relevante deve ser feito no que se relaciona ao marco: apenas o reconhecimento oficial ocorreu nos debates constituintes. E, por isso, a data da promulgação da Constituição Federal constitui-se como data do reconhecimento oficial pelo Estado. A posse dos índios e populações tradicionais, inclusive quilombolas, como se constata da expressão do próprio Ministro relator, é originária. A expressão busca “traduzir uma situação jurídico-objetiva mais antiga do que qualquer outra”. Há que se considerar, ainda, que a Constituição de 1988 define o direito territorial como “terras tradicionalmente ocupadas” que não se restringem ao espaço de produção para reprodução da vida, mas vincula a elas – ainda – as dimensões sociais, culturais e simbólicas.

Esses pontos destacados contribuem na discussão específica de que elementos devem ser sopesados para a prevalência dos direitos das populações indígenas ao território. Claro está que as discussões foram mais aprofundadas no STF, sobretudo pela notoriedade que ganharam na mídia e imprensa nacional e internacional.

No entanto, grandes proprietários de terras na Amazônia, adquiridas sobretudo depois do regime militar, defendem uma interpretação diferente que reduza o marco da posse originária. E isso

atenta – flagrantemente – contra o a extensão e garantia dadas pela Constituição Federal de 1988.

O então Presidente da República em exercício, Michel Temer, com base em parecer da Advocacia-Geral da União, determinou que a União seguisse a decisão do STF em todos os processos de demarcação de terras indígenas. A providência do então Presidente da República, nitidamente, fora instrumentalizada pela Portaria nº 68, assinada pelo então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes.

Até então, como previsto no Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, a competência para identificação da terra, elaboração do relatório e laudo circunstanciado era da Fundação Nacional do Índio (Funai). Esse documento é que tem aptidão para confirmar a ancestralidade territorial das terras estudadas.

A criação de Grupo Técnico Especializado (GTE), no âmbito do Ministério da Justiça e Cidadania, tem previsão na portaria expedida pelo Governo Temer com o objetivo de fornecer subsídios técnicos para a decisão cuja incumbência era do Ministro da Justiça.

A Frente Parlamentar Agropecuária (FAP), conhecida bancada ruralista, manifestou-se em apoio à Portaria nº 68. E observe-se que, paralelo ao julgamento, houve a posse do General Franklinberg Freitas para a função de Diretor de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável da Funai. Referido setor é responsável pela mineração, gestão ambiental e atividades produtivas. Esse campo é exatamente aquele em que há maior interesse do agronegócio, opositor ferrenho dos interesses dos povos indígenas e dos quilombolas.

A questão continua polêmica. Sobreveio decisão do STF, da lavra do Ministro Barroso, que estabelecera que a decisão, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, deveria se aplicar apenas àquele processo. Significa dizer que os efeitos da decisão não poderiam se estender para outros casos, nem para ser adotado como parâmetro de atuação da Administração Pública.

A decisão do Ministro Barroso data de 23/10/2013, em Embargos de Declaração na Petição 3.388, apresentada pelo Ministério Público e pelas Comunidades Indígenas, e também pelo Estado de Roraima. E reafirmou o STF, nos embargos: “a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos artigos 20, inciso XI, e 231, da Constituição Federal de 1988 torna insubsistentes eventuais pretensões possessoras ou dominais de particulares” (BRASIL, 2013).

A questão do marco apareceu em voto do Ministro Menezes Direito, naquilo que ele denominou de “salvaguardas institucionais”, condicionantes para o usufruto indígena, entre estas: a sobreposição da segurança nacional sobre o usufruto dos índios e a determinação de não ampliar a área demarcada. No parecer da Advocacia-Geral da União, consta expressamente a ressalva dos dois pontos, além do marco temporal. Ao criar tais normas, sem previsão legal nem constitucional, o STF foi acusado de legislar, ao criar normas de inovação primária na legislação, exigindo condutas visivelmente abstratas (BRASIL, 2017).⁴

Em outros processos, cujos objetos cuidavam de tema semelhante, houve aplicação do precedente da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com expressa manifestação do entendimento contrário à posição do Ministro Barroso, como no RMS 29.087, em que o Ministro Gilmar Mendes estendeu os efeitos exatamente quanto ao marco temporal. No caso, abrindo divergência quanto ao ponto, a Ministra Carmen Lúcia fez prevalecer o entendimento do STF de que o marco temporal apenas se aplica ao caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não se estendendo a outros conflitos semelhantes.

No debate sobre o tema ainda não se esgotou no âmbito do STF. O desate de outro julgamento, na ADI 3.239, ação proposta pelo

⁴ Cf. DOU - Seção 1, nº 138, de 20/7/2017.

DEM desde o ano de 2003, o resultado se mostrou bem diferente. Isso porque, além dos direitos de povos indígenas, poderá aproveitar-se na discussão os interesses de comunidades quilombolas. Isso influi diretamente no desenvolvimento da política e na atuação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra).

A prevalecer a fixação de marco temporal da posse tradicional a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, 5/10/1988, isso poderá implicar redução significativa do tempo de posse tradicional dos territórios ocupados pelas comunidades tradicionais e pelos índios nos conflitos com grandes proprietários de terras. O retrocesso é evidente, com graves prejuízos à ocupação do território e direta afetação do modo de vida das comunidades indígenas e quilombolas.

Finalmente, no julgamento de Ação Cível Originária (ACOs) 362 e 366, o STF foi quase unânime ao rejeitar a tese do marco temporal e reafirmar seus direitos originários. Houve, nesse ponto, a superação da tese anterior.

Houve também o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. Foram oito votos favoráveis aos quilombolas. Apenas o voto contrário de Dias Toffoli e de Gilmar Mendes, além do voto anterior do Ministro Cezar Peluso, já aposentado. Os posicionamentos foram conduzidos pela argumentação do Ministro Edson Fachin. Em seu voto, declara o Ministro Fux que: “não se encontra qualquer referência em datas ou parâmetro temporal, ao contrário, vê reconhecida a propriedade definitiva. O dispositivo [art. 68 da CF] declara o direito de propriedade sem delimitar marcos temporais” (BRASIL, 2018).

Os precedentes que reconhecem imemorial, com absoluta precedência, a posse tradicional constitui significativa conquista na luta pela identificação e demarcação dos territórios ocupados por indígenas, comunidades quilombolas. Povos que sempre estiveram

prejudicados em histórica e injusta posição de não reconhecimento (invisibilidade).

Exigem-se as necessárias adaptações às especificidades de cada grupo, com estudo específico e manifestação da comunidade interessada, para que sejam modificados os cenários de conflitos criados e para que seja plena a garantia positivada pela Constituição Federal de 1988.

4 CONCLUSÃO

As características distintivas de cada comunidade tradicional, a serem identificadas em estudo antropológico especial e consulta à população interessada, são relevantes na luta política e social, sobretudo cultural, por reconhecimento e demarcação do território, elemento constituinte da identidade, insubstituível para conservar e manter seu modo de criar, fazer, viver e conviver.

A interpretação jurídica do direito das populações tradicionais exige um diálogo interdisciplinar, para que sejam buscados todos os fundamentos relevantes para assegurar plenamente o direito à demarcação do território, como expressão de um patrimônio sociocultural que inaugura – no plano jurídico – a preservação da diversidade.

No processo destinado a esse reconhecimento, mostra-se imprescindível, como direito das comunidades envolvidas no devido processo legal, a realização de consulta aos povos afetados em suas singulares identidades. O direito de participação é cívico, constitucional e integra o conceito atual de democracia participativa consagrado no Brasil após 1988. Direito que consta também do Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 22, e se encontra reafirmado em precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Serviu de fundamento ao acórdão do STF, na ADI 3.239/DF, ainda, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

(OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, que consagra a “consciência da própria identidade” como critério para determinar os grupos tradicionais. Destaca-se a reafirmação do legítimo critério da “auto-atribuição”, consistente em método autorizado pela Antropologia contemporânea.

A consulta aos povos tradicionais deve ser feita em linguagem acessível, dentro de parâmetros que permitam a comunicação clara, direta e que garantam o pleno respeito e a consistente conservação da cultura e da identidade, na interpretação autêntica que somente cada grupo tem condições de fazer de si mesmo.

O direito à diversidade, cultural, étnica e social, está consagrado como garantia fundamental, constituinte do Estado Democrático de Direito, e sua legítima afirmação dimensiona o significado de um resgate da condição de subalternidade e da situação de desconsideração a que ficaram relegadas – ao menos em caráter constitucional (oficial) – as populações tradicionais até a afirmação política e jurídica da contribuição para a formação da sociedade brasileira, conquista de todos positivada na Constituição Federal de 1988.

Oxalá que esse devido reconhecimento possa se firmar e se ampliar no futuro!

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 362/Mato Grosso*. Relator: Ministro André Mendonça.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 366/Mato Grosso*. Relator: Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239/Distrito Federal*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3239%2ENU-ME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3239%2EA->

CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a6gdo7v.
Acesso em: 26 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RR – Roraima. Relator: Ministro Ayres Britto. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 19 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 2.199.833/SP – São Paulo. Relator: Ministro Ayres Britto. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 19 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BENTO, M. A. S. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, I.; BENTO, M. A. S. (Org.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 25-58.

COSTA, J. B. A. *A invenção de sujeitos de direito e processos sociais: povos e comunidades tradicionais no Brasil e no norte de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. (Coleção Direito e Diversidade, v. 5).

DUSSEL, E. *1492 – O encobrimento do outro – A origem do “mito da modernidade”*. Petrópolis: Vozes, 1993.

ELIAS, N. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. v. 1.

GEERTZ, C. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 6. ed. Tradução de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

HAAS, I. F. O fruto do impacto hegemônico e a perda da identidade cultural. In: MAGALHÃES, J. L. Q. (Org.). *Direito à diversidade e o estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 87-103.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

OLIVEIRA, R. C. *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Pioneira, 1976.

OMMATI, J. E. M. *Os fundamentos constitucionais do direito à diversidade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. (Coleção Direito e Diversidade, v. 2).

RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

XAVIER, E. D.; MAGALHÃES, J. L. Q.; LAUREANO, D. S. *A invenção de sujeitos de direitos e processos sociais*. Organizadores da Coleção Direito e Diversidade. Introdução de cada volume da coleção.

WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

