

**CARNEIRO DA CUNHA,
Manuela; BARBOSA, Samuel
Rodrigues (Orgs.) 2018. *Direitos
dos povos indígenas em disputa*. São
Paulo: Editora Unesp. 367pp.**

RAQUEL DE SOUZA FERREIRA OSOWSKI

Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa, motivados por provocações surgidas nas discussões preparatórias do Seminário Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no Supremo Tribunal Federal (STF), que ocorreu no dia 10 de novembro de 2015 no Salão Nobre da Faculdade de Direito de São Paulo, propuseram-se a reunir informações tanto na área da Antropologia como na área do Direito que respondessem à seguinte questão: povos indígenas, expulsos de seus territórios em pleno século XX, perdem seus direitos às terras? (:7)

A partir dessa proposição, a coletânea intitulada *Direitos dos povos indígenas em disputa* traz uma série de textos elaborados por destacados profissionais do direito na atualidade, além de uma republicação da antropóloga Manuela Carneiro da Cunha e da obra publicada em 1912 do jurista João Mendes Júnior.

Os nove capítulos do livro discutem de forma aprofundada a chamada tese do marco temporal, criada em 2009 pelo STF no julgamento plenário da Petição/STF n.º 3388, que trata da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol em Roraima (:13). Nessa decisão, fica definida a data da promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 como marco insubstituível para o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas às suas terras tradicionais.

Além do marco temporal propriamente dito, boa parte da obra é dedicada aos contornos estabelecidos pela Segunda Turma do STF ao conceito de “esbulho renitente”. Isso porque em pelo menos duas decisões, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS 29.087), em relação à demarcação da Terra Indígena Guyarará e no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (ARE 803.462), no caso da Terra Indígena Limão Verde, a novel interpretação dos dispositivos constitucionais esta-

beleceu que “esbulho renitente”, ou seja, o esbulho que produz efeitos até a data da Constituição não poderia ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, exigindo a comprovação da atualidade do conflito possessório por resistência física ou por ação judicial.

Assim, logo no primeiro capítulo, o Parecer de José Afonso da Silva, especialmente preparado para responder à consulta dos organizadores em conjunto com uma série de organizações indigenistas, faz uma análise acurada das referidas decisões, bem como do RMS/STF n.º 29.542 referente à Terra Indígena Porquinhos. No Parecer, Silva aponta a arbitrariedade do estabelecimento do marco temporal ao reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam à data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ele também rejeita a pretensa dimensão normativa que se quis dar às condicionantes estabelecidas para a demarcação da TI Raposa Serra do Sol (:23).

Ao discorrer sobre a natureza dos direitos constitucionais dos índios, afirma que esses são pré-existentes ao reconhecimento constitucional, sendo “direitos naturais atrelados à sobrevivência física e cultural desses povos” e “consagrados numa relação jurídica fundada no instituto do Indigenato como fonte primária e congênita da posse territorial” (:21). Sustenta que esses direitos são direitos fundamentais dos índios e que podem ser classificados na categoria dos direitos fundamentais de solidariedade. Ademais, classifica esses direitos como supraestatais e, portanto, também absolutos (:21). Para ele, a Constituição Federal de 1988 seria apenas o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional da continuidade histórica dos direitos dos índios sobre suas terras, capitaneada pela Carta Régia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III, seguida pelo reconhecimento constitucional desses direitos na Constituição de 1934 (:25).

Na mesma linha, o jurista veementemente rejeita a interpretação do instituto do “renitente esbulho” sobre conflitos que envolvem terras indígenas. Salienta que esses não são conflitos tipicamente possessórios na forma do direito civil, pois a ocupação indígena das terras seria fundada no instituto do Indigenato, ou seja, as terras dos índios são congenitamente possuídas e sua relação com elas é de direito constitucional e não de direito civil. Dessa forma, jamais poder-se-ia considerar “as limitações individualistas do direito privado para a ocupação tradicional e coletiva protegida constitucionalmente” (:28). Ressalta com isso a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade desses direitos, registrando que não há boa-fé na ocupação de terras indígenas, muito menos que se poderia exigir renitência quando os índios estavam sujeitos às desocupações forçadas, à grilagem e ao regime tutelar até a Constituição de 1988. Com base na natureza originária desses direitos, afasta também a pretensão de vedar a ampliação de terras indígenas já demarcadas, seja antes ou depois da Constituição, afirmando que “o direito à demarcação só será totalmente satisfeito quando abranger todas as áreas” (:38).

Em relação ao Indigenato, vale dar uma olhada no anexo II, que traz duas de três conferências proferidas por João Mendes Júnior à sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios, em 1902, publicadas na obra intitulada *Os Indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos em 1912*. Além da definição de Indigenato, em especial, a III Conferência traz uma análise sobre a Lei n.º 601, de 1850, conhecida como a Lei de Terras (:352). A perspectiva do renomado autor sobre as terras devolutas é fundamental para complementar as análises feitas por José Afonso da Silva e Manuela Carneiro da Cunha. Além dessas contribuições, outro importante aspecto a ser destacado na obra de João Mendes

Júnior e pouco explorado em outros textos, em especial quando se trata da capacidade de estar em juízo, encontra-se no item III, também da III Conferência, onde relaciona os fundamentos da tutela indígena (:345). Assim, embora o autor ainda estivesse vinculado a uma corrente assimilacionista, defendendo, ao final da Conferência, a intervenção da Igreja Católica no processo civilizatório, sua contribuição jurídica sobre terras e tutela é de extrema relevância para a interpretação do tema na atualidade.

Outro importante texto da obra para a contextualização histórica do tema é a republicação de Manuela Carneiro da Cunha de sua pesquisa sobre o trato das terras indígenas desde a legislação colonial, passando pela legislação do império até os textos constitucionais republicanos. A leitura desse artigo associada à coletânea de textos constitucionais relacionados aos direitos indígenas de 1824 a 1988, publicados ao final (:363), ajuda a situar o leitor na evolução constitucional da questão.

Já o artigo de Debora Duprat traz questões mais técnicas dos julgamentos atuais, iniciando por denunciar o rompimento da antiga e consolidada jurisprudência do STF, firmada no sentido de que o Mandado de Segurança não é instrumento hábil à discussão dos limites de terra indígena. Para ela, há um certo incomodo no fato de se colocar de lado a antiga jurisprudência do STF, anulando-se, a partir do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, atos administrativos que fundamentalmente demandam instrução probatória (:43). Na mesma linha de José Afonso da Silva, Duprat confirma que a Constituição de 1934 é o marco a partir do qual se inicia a proteção constitucional das terras indígenas, de modo que a perda da posse, a partir dessa data, só se presta a desqualificar uma área como indígena se ela for voluntária (:49). Contemporiza também o rompimento da Constituição Federal de 1988 com o paradigma assimilacionista e menciona a conformação desse movimento no âmbito internacional com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, lembrando que os povos indígenas, a partir de 1988, são convidados a participar de uma sociedade que se abre para a pluralidade de modos de vida (:57). Com isso, reflete sobre a interpretação conferida pela Segunda Turma do STF no caso da demarcação da Terra Indígena Limão Verde, afirmando “não ser possível prosseguir, no regime de uma Constituição de viés pluralista, homologando as definições naturalizadas de posse, esbulho e resistência” (:59), classificando também, como impertinente, a invocação da Súmula 650 do STF que trata de aldeamentos extintos há muito tempo, a casos em que está caracterizado o esbulho recente (:71).

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, por sua vez, traz uma extensa análise do que significam direitos coletivos e de seus sujeitos, destacando que os “direitos coletivos nascem e morrem com o povo, comunidade, população ou sociedade e que exatamente por isso seriam direitos naturais, isto é, não precisam de forma, ato ou registro” (:95). Para ele, “na medida em que os integrantes de um povo se reconhecem como tais, não com uma declaração formal, mas como o exercício cotidiano da própria vida, está presente o direito coletivo naturalmente estabelecido e com ele o direito sobre o território” (:95). Assim, de forma certa, a discussão para Marés estaria centrada no confronto entre a tese da permanência ou provisoriedade da condição de indígena (:96), apontando que o pano de fundo de toda a problemática estaria fundado em como o Estado brasileiro lida com o direito coletivo de ser e continuar sendo índio, uma vez que para se evitar o extermínio a garantia à terra seria fundamental. O marco temporal significaria, dessa forma, a decretação de morte da comunidade ou povo por ele atingido, constituindo uma violação aos direitos coletivos (:99).

Ao registrar a racionalidade jurídica nas decisões do Poder Judiciário sobre as Terras Indígenas no Brasil, João Antônio Peres Gediel apresenta uma profunda crítica aos fundamentos apresentados nas decisões do STF. Afirma que estariam situadas “nos limites entre o político e o jurídico, entre o público constitucional e o direito privado”, o que revela “a natureza da atuação do Poder Judiciário, na modernidade europeia e o papel político que também desempenham na sociedade brasileira atual” (:103), desvelando os aspectos subjacentes à racionalidade jurídica que determina a fundamentação das decisões do STF, as quais estariam afastadas de qualquer proposta hermenêutica (:103). Assim, ao agregar elementos da cultura privatista que destoam do direito público constitucional no tratamento das terras indígenas, o STF estaria utilizando apenas mais um subterfúgio para o desempenho do papel político do judiciário (:102). Para ele, é evidente que o Poder Judiciário não desconhece o giro conceitual que afasta o direito civil do tratamento das terras indígenas (:120), nem tampouco o histórico de desocupação forçada e violências, nem o regime tutelar a que estavam sujeitos, mas falta ao Brasil uma cultura jurídica que entenda os direitos como uma via de justiça, que permeie todas as camadas da sociedade (:121), a fim de dar conteúdo ao Estado Democrático de Direito, ao multiculturalismo e aos direitos sociais e originários estabelecidos na Constituição (:122).

No Capítulo cinco, ao falar sobre os usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas, Samuel Barbosa propõe-se a aferir em que medida o trabalho sobre o passado ou a representação narrativa sobre o passado é constitutiva do Direito no presente (:125). Aponta que, fundamentalmente, há duas formas: 1) a pesquisa etno-histórica que é chamada para participar da produção de provas (:128); e 2) a pesquisa histórica que auxilia na definição do sentido do direito (:133). Em relação a esse último uso, sustenta, por exemplo, que “a compreensão mais alargada do que significa resistência tem consequências na definição do que significa esbulho renitente e na definição do que é ocupação” (:133). Esse ponto de vista fundado “em outra ecologia de saberes”, com base “na pesquisa implicada”, é fundamental, pois questiona o monopólio da interpretação do direito pelos profissionais do direito (:135).

Sob outra perspectiva, Pádua Fernandes amplia a concepção estabelecida pelo Poder Judiciário brasileiro ao chamado marco temporal diante do direito internacional e dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, trazendo conceitos e preceitos relacionados à Justiça de Transição e às remoções forçadas. Porém, a maior contribuição para a obra está relacionada à sua análise da “produção legal da ilegalidade”, na qual descortina a manipulação, em termos teóricos, do direito em detrimento dos povos indígenas (:143).

O novo constitucionalismo latino americano e suas interrelações não são esquecidos ao serem abordados por Júlio José Araújo Júnior no interessante artigo intitulado *A constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista*. Nele, o autor apresenta debates sobre multiculturalismo e reconhecimento, além acrescentar uma perspectiva descolonizadora sobre o tema, concluindo que “a Constituição brasileira, embora progressista, deixou em aberto o tratamento de temas que poderiam ter contribuído para uma maior autonomia dos povos indígenas e para a efetividade de seus direitos” (:181). Essa perspectiva crítica é acirrada quando aponta que “o grande problema brasileiro consiste na prática constitucional assimilacionista que se manifesta nos três Poderes da República” (:232). Dessa forma, na mesma linha de Marés, descortina o abismo entre a norma e a prática constitucional (:233).

Juliana de Paula Batista e Maurício Guetta, ao seu tempo, trazem o impacto dessas decisões sobre a demarcação da Terra Indígena de Morro dos Cavalos em Santa Catarina, em especial na Ação Cível Originária n.º 2.323 proposta pelo Estado de Santa Catarina no STF, pois embora a teoria do marco temporal seja totalmente inaplicável ao caso, uma vez que os indígenas nunca deixaram a área, a judicialização da demarcação teria sido a maneira encontrada pelo referido Estado para, mais uma vez, tentar procrastinar a demarcação do território (:265). Além disso, propõem reflexões de alta relevância para o enfrentamento da questão tais como: “anuladas as demarcações, para onde irão os indígenas?”; “as decisões judiciais que consideram o “marco temporal” determinarão providências específicas ao Poder Executivo, tal como a abertura de novos processos de demarcação de terras, para que se possa aferir onde estavam os indígenas em 5 de outubro de 1988, e assim, proceder à demarcação?”; “ou continuarão apenas a condenar os indígenas ao degredo de sua condição étnica e a manutenção, *ad eternum*, de direitos válidos e jamais eficazes?” (:265). São essas questões relevantíssimas que só confirmam a condição de exilados internos e a prática constitucional assimilacionista criticada por Júlio José.

Por fim, o Capítulo nove encerra a série de publicações inéditas com a transcrição da palestra proferida por Dalmo Dallari no Seminário dos Povos Indígenas em Disputa, registrando a importância da luta e da resistência indígena para a concretização dos avanços constitucionais implementados pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988 (:268).

Assim, *Direitos dos Povos Indígenas em disputa*, ao reunir textos dos mais importantes pensadores sobre os direitos povos indígenas do Brasil, sob o crivo dos seus cuidadosos organizadores, consegue atingir os objetivos a que se propõe e vai além, tornando-se obra de referência para pesquisadores, profissionais do direito e todos aqueles que pretendem entender, decidir e escrever sobre a história dos direitos indígenas na legislação brasileira e na interpretação do Poder Judiciário, revelando toda a impropriedade da tese do marco temporal e sua deliberada finalidade de esvaziar o conteúdo constitucional das normas que garantem o direito desses povos de continuar a existir.

Raquel de Souza Ferreira Osowski é mestre em Direito Socioambiental pela PUC-PR e assessora do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul (MPRS).

RECEBIDO: 09/07/2019

APROVADO: 15/07/2019