



O Usufruto indígena e o interesse nacional: uma análise da decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol.

The Indigenous Usufruct and the National Interest: an Analysis of the STF Decision About Popular Action n.º 3.388 (Raposa Serra do Sol Indigenous Land).

Carolina Augusta de Mendonça Rodrigues

MESPT/UnB

DOI: 10.26512/interethnica.v22i1.20907

e-mail: carolaugusta@hotmail.com

Resumo: A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam, garantindo o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. No entanto, o discurso jurídico no Brasil tem propiciado interpretações mais restritivas acerca da definição de usufruto, dificultando o exercício do direito de autodeterminação pelos indígenas. Por meio da análise do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Popular nº 3.388 (Terra Indígena Raposa Serra do Sol), verifica-se que a tradição jurídica brasileira privatista não tem permitido a efetivação da livre determinação dos povos indígenas em relação ao uso de seus territórios, o que impossibilita sua reprodução física e cultural em condições de autonomia e dignidade.

Palavras-chave: Usufruto exclusivo. Terras Indígenas. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal. Raposa Serra do Sol.

Abstract: The 1988 Brazilian Constitution recognizes the original rights of indigenous peoples over the lands they occupy. It guarantees their exclusive usufruct over soil, river and lake resources in those lands. However, juridical discourse in Brazil has opened the possibility to narrow down the definition of usufruct, thus hindering indigenous actions regarding their right to self-determination. The analysis of the decision by the Supreme Court about Popular Action N° 3.388 (Raposa Serra do Sol Indigenous Land) shows that the Brazilian privatista juridical tradition has thwarted indigenous free determination regarding the use of their territories, thus curtailing their chances of physical and social reproduction with autonomy and dignity.

Key-words: Exclusive usufruct; Indigenous lands; Federal Constitution; Supreme Court; Raposa Serra do Sol.

O presente artigo tem como objetivo analisar de que forma o Poder Judiciário no Brasil tem se pronunciado sobre o direito à autodeterminação interna¹ dos

¹ A noção de autonomia interna deste artigo se inspira nas ideias de Norbert Rouland, Pierré-Caps e Pomerède (1996, p. 376), os quais afirmam a existência de duas formas de descolonização: externa, que se aplica aos países colonizados e que se resolve com a independência; e a interna, que ocorre nos dias de hoje, sobretudo com povos indígenas, na medida em que reivindicam participação no Estado e nas decisões que lhes afetam, mas não pleiteiam secessão.

povos indígenas. A leitura das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a ótica do usufruto indígena, principalmente, pode oferecer uma importante reflexão sobre as concepções e as práticas do Estado brasileiro no que concerne ao reconhecimento dos povos indígenas enquanto categoria identitária nacional e no tocante à perpetuação da tutela orfanológica dos índios durante o Século XXI.

Embora o *indigenato*² venha sendo reconhecido pela legislação pátria desde o século XVII, a Constituição Federal de 1967, seguida pela Carta de 1988, deu nova feição a esse instrumento ao assegurar aos índios, além da posse permanente, o direito ao usufruto exclusivo de suas terras, atribuindo à União apenas a nua propriedade.

O usufruto constitucional indígena se baseou em um instituto de direito civil que autoriza o amplo uso e gozo de um bem alheio, conservando o proprietário apenas a substância e o poder de alienação. Para Orlando Gomes, o usufruto excede as definições mais restritivas, constituindo-se em um “direito real de desfrutar um objeto na totalidade de suas relações, sem lhe alterar a substância” (GOMES, 1998, p. 293). Contudo, idealizado originalmente em um contexto assimilacionista, o usufruto indígena tem sido interpretado pelos poderes públicos de maneira a obstar o livre exercício da autonomia interna das comunidades, fazendo perdurar uma lógica tutelar sobre os territórios indígenas.

A relevância de priorizar a discussão sobre esse tema fica evidente também quando se constata que praticamente não existe produção teórica no âmbito jurídico especificamente sobre o conceito de usufruto indígena previsto na Constituição de 1988. O obscurecimento desse assunto na doutrina se reflete numa jurisprudência refratária a ir além do marco civilista que domina a compreensão sobre os direitos reais. Além disso, o tradicional hermetismo do meio jurídico impede que as discussões contemporâneas da Antropologia sobre os povos tradicionais tragam novos ares aos velhos e empoeirados institutos jurídicos coloniais patrimonialistas.

Como foco desta pesquisa, foi escolhido o acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Popular (PET) 3.388, que versa sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Além de abordar a questão da validade do processo administrativo de demarcação, os ministros do STF decidiram sobre diversos assuntos afetos ao usufruto das terras indígenas, bem como sobre os limites da autonomia indígena. Esse importante julgado de 2009, que tem balizado decisões judiciais sobre direitos dos índios em todo país, evidencia diversos pressupostos ideológicos sobre os quais o Estado tem se apoiado no tratamento da questão indígena, o que demonstra sua relevância ímpar como retrato de uma parte significativa do pensamento institucional no Brasil.

² O *indigenato*, reafirmado pela Lei de 06 de junho de 1755, pela Lei de Terras e pelas Constituições do século XX, é, no dizer de José Afonso da Silva (1995, p. 783), “a fonte primária e congênita da posse territorial” e se configura no reconhecimento estatal da existência progressa dos indígenas e de sua primazia na ocupação do solo brasileiro.

A decisão de 653 (seiscentas e cinquenta e três) páginas se notabilizou pela extensão e pela multiplicidade de assuntos tratados. Conquanto aborde temas que se estendem desde a questão da soberania nacional à preservação do meio ambiente, é possível analisar o acórdão a partir da perspectiva da compreensão dos magistrados sobre o instituto do usufruto indígena, o que se configurou, na verdade, em um manifesto do Estado brasileiro sobre a autonomia dos seus povos originários.

Esta pesquisa não pretendeu exaurir o farto material de pesquisa em que se constituiu a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, mas tão somente sinalizar o terreno jurídico-ideológico em que transitava essa Corte durante esse emblemático julgamento.

A esse respeito, importa esclarecer que a Advocacia-Geral da União editou o Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU (BRASIL, 2017), que obriga à observância, por parte da Administração Pública Federal, direta e indireta, do conteúdo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na PET n. 3.388/RR, especialmente das salvaguardas institucionais às terras indígenas. Por este motivo, a presente análise tem caráter estritamente acadêmico, tendo em vista que a atuação funcional dos advogados públicos está subordinada aos parâmetros contidos na decisão da Suprema Corte, em virtude da vigência do aludido parecer normativo.

A Jurisdição como Discurso de Poder

Historicamente, a relação do Estado brasileiro com os povos indígenas se manifestou por meio de diferentes formas de controle e dominação, dentre as quais se notabilizou o instituto da tutela, que vigorou na legislação até a edição da Constituição de 1988, e foi exercida de forma direta pelo Poder Executivo por meio de diretores, inspetores, procuradores, indigenistas e outras figuras que atuavam em nome da administração pública. Entretanto, é preciso compreender que esse mecanismo se constituía em uma política de Estado, logo, necessitava do aval e da colaboração dos demais poderes e instituições governamentais para se consolidar.

Enquanto o Poder Legislativo editou as normas que legalizaram os instrumentos de dominação sobre os índios, dentre as quais a regra sobre a (in)capacidade civil dos índios é exemplar digno de nota, o Poder Judiciário cuidou de legitimar esse controle estatal. Ao Judiciário, costuma-se dizer, compete “dizer o direito”. O termo “jurisdição” origina-se dessa concepção de que cabe exclusivamente ao magistrado informar a norma abstrata aplicável ao caso concreto. Assim, sem a cooperação do julgador, a lei não se realiza na destinação imaginada pela *mens legislatoris*³

³ Expressão latina que se refere à intenção do legislador ao criar a norma.

Em tempos de intenso e polêmico ativismo judicial⁴, o Judiciário tem levado essa compreensão a limites antes impensáveis, praticando o chamado realismo jurídico, que Ingerborg Maus (apud STRECK, 2016, s/p) define como sendo “*uma tese segundo a qual o Direito se forma apenas ex post, isto é, não há Direito anterior à decisão judicial*”, de modo que “[...] o juiz cria o Direito para o caso concreto sem estar vinculado a nada antes dele” (STRECK, 2016, s/p).

Além disso, Bourdieu (1989) denominou como “poder de nomeação” a força simbólica que as decisões judiciais exercem sobre o imaginário ocidental, as quais se prestam a consagrar a ordem estabelecida pelo Estado, oferecendo uma representação oficial do mundo social “*que esteja em conformidade com a sua visão do mundo e seja favorável aos seus interesses*” (BOURDIEU, 1989, p. 248), o que provoca uma universalização e naturalização de um estilo de vida em detrimento de outros.

Essa visão de mundo naturalizada costuma servir à vocação colonial do discurso jurídico no Brasil, voltado “*à conveniência dos interesses oligárquicos e de grupos que preservam históricos privilégios de classe, função e cultura*” (NASCIMENTO, 2016, p. 350). Neste sentido, é notável como as decisões dos tribunais vem impossibilitando que os índios sejam considerados sujeitos de direito plenos, com poder de voz e de escolhas, apesar das importantes conquistas normativas que lhes conferiram o direito à terra e a assunção da capacidade civil plena.

Para Foucault, “[...] o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (FOUCAULT, 1999, p. 10). Assim, a luta pelo direito implica também em uma disputa pela apropriação da narrativa jurídica, pela ocupação dos espaços reais e simbólicos de poder “dizer o direito”.

Deste modo, não se pode tratar do conceito de usufruto indígena sem aportar ao debate o discurso dominante do Poder Judiciário, que tem importância central na construção do pensamento estatal, pois atua como entidade “certificadora” das práticas de governo e dos interesses dominantes.

O caso Raposa Serra do Sol e o usufruto indígena

Pode-se dizer que o julgamento da Petição 3.388 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, no âmbito da Ação Popular que discutia a demarcação da

⁴ “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (...) O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. (...) O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica.” (BARROSO, 2010, p. 6-7).

Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pretendeu ser o atual *leading case* dos direitos territoriais indígenas no Brasil. No emblemático julgamento, a Corte Superior atuou de forma bastante heterodoxa, inovando a praxis processual ao estabelecer dezenove “condicionantes” ou “salvaguardas institucionais” para implementação do julgado, criando normas gerais que visaram regulamentar o processo de demarcação das terras indígenas, bem como estabeleceram regras para o usufruto das terras indígenas e mitigaram o direito de participação e consulta, avançando consideravelmente na competência legislativa.

Eu ponderaria, apenas, que nós não devemos considerar a aplicação, pelo que foi dito ao longo de toda a discussão, exclusivamente no caso da Raposa Serra do Sol. **A ideia da Corte foi a de criar, através desse processo, um modelo próprio de demarcação de terras indígenas.** (Notas taquigráficas – Ministro Menezes Direito, p. 848, grifo nosso)

Embora a heterodoxia da decisão tenha provocado intensas discussões no mundo jurídico, no julgamento dos Embargos de Declaração⁵ a Corte tentou apaziguar os ânimos e, ao menos formalmente, reconheceu que a decisão não se estendia automaticamente às demais ações envolvendo terras indígenas, embora o Relator Luís Roberto Barroso tenha buscado ressaltar a “*a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões*”.

A análise do texto denota a variedade de posturas ideológicas existentes entre os membros da Corte, sendo que o resultado final aponta para a prevalência de ideais conservadores, retratados na emblemática frase do Ministro Marco Aurélio⁶, que propõe aos demais ministros “*que a visão romântica, calcada em resgate de dívida caduca – e porque não falar dos quilombolas –, seja aliçada deste julgamento*”. (p. 620)

É de se observar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal tem, nos últimos anos, manifestado posicionamentos inovadores⁷ em relação aos direitos civis em geral, mas continua refratário à adoção de teses que relativizem o direito do proprietário (GEDIEL, 2016) ou que avancem no reconhecimento de direitos territoriais diferenciados.

⁵ Acórdão proferido pelo STF nos Embargos de Declaração na PET 3.388, 2009.

⁶ Ainda que o Ministro Marco Aurélio tenha sido voto vencido no julgamento, suas posições ideológicas são partilhadas por outros ministros, que se utilizam de fundamentos análogos em suas razões.

⁷ Neste sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 – o STF considerou como união estável as relações entre pessoas do mesmo sexo; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 – admitiu a constitucionalidade das cotas raciais; e Habeas Corpus (HC) 124306 – entendeu pela inconstitucionalidade do crime de aborto voluntário tipificado nos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Especialmente no que se refere à existência política e cultural dos indígenas enquanto povos autônomos, e quando o assunto é o uso e gozo de seus territórios, o Poder Judiciário tem buscado restringir ao máximo a interpretação dos dispositivos constitucionais e convencionais. E a decisão proferida no Caso Raposa Serra do Sol não destoa disso.

“Interesse Nacional” versus Direitos Indígenas

Logo de início, a Corte optou por afastar as denominações “povos indígenas” e “territórios”, conforme consignado na ementa do Acórdão, que retrata o consenso do Plenário sobre o tema:

7. [...]O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. [...] A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão da instância transnacional. **Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente.** Sendo de fácil percepção que todas as vezes que a Constituição tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos *aspeados* (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (BRASIL, 2009, s/p, grifo nosso)

Nas razões aduzidas no acórdão, os ministros deixam claro o entendimento de que as coletividades indígenas constituiriam tão somente “populações” ou “comunidades” (e não “povos”), ao tempo em que reafirmam a inexistência de identidades étnicas diferenciadas, louvando a miscigenação, na linha do que sustenta o mito da democracia racial, ou a “*mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação*” (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 412).

É certo que os índios merecem, entre nós, tratamento constitucional especial. Mas isso não justifica, nem de leve, insinuação de que eles componham outro ou outros povos diferentes do povo brasileiro. Aqui não. **No Brasil os indígenas, tal como nós --- “preto, branco, amarelo, misturado”, como disse Álvaro Moreyra em um lindo poema, nós que somos parte do Brasil de todas as cores ---**

aqui os indígenas, tal como nós, são brasileiros. Nada nos apartará uns dos outros. (Voto do Ministro Eros Grau) (BRASIL, 2009, p. 519, grifo nosso)

É certa a necessidade de interpretação dos dispositivos que conferem proteção aos índios em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a favorecer a integração social e a unidade política em todo o território brasileiro. **O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a natural miscigenação, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso.** (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 604, grifo nosso)

A visão integracionista, ultrapassada pela normatividade expressa no artigo 231 da Constituição de 1988, encontra-se presente no texto da decisão, que em vários trechos exalta a possibilidade de que os indígenas sejam incorporados ao “processo civilizatório”. Além disso, o uso de expressões evolucionistas como “aculturação”, “civilização”, “aborígene” e “estrutura social primeva” denota um grande distanciamento da Corte acerca das orientações contemporâneas da Antropologia.

Fácil entender, assim, que, por um lado, **a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios para agregar valor à subjetividade deles (fenômeno da aculturação,** conforme explicado). Para que eles sejam ainda mais do que originariamente eram, beneficiando-se de um **estilo civilizado de vida** que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado, marcadamente. (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 291, grifo nosso)

Mas - e isso não precisa ser lembrado - **há algumas populações que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional.** [...] Não em especial, pois as Forças Armadas sobretudo aculturam no apoio que dão às populações indígenas na sua vida cotidiana, é público e notório, como, por exemplo, em matéria de educação, transporte, alimentação, saúde etc. **Enfim, é serviço inigualável de integração nacional que as Forças Armadas desempenham e, bem por isso, têm de ser prestigiadas - penso eu - por esta Corte.** [...] **Se as populações indígenas não contarem com a presença efetiva - e cada vez mais crescente - do Estado no seu desenvolvimento, no resguardo dos seus**

direitos, no respeito das suas posses, enfim na garantia daquilo que a Constituição chama de sua organização social e dos seus costumes, estarão condenadas, por omissão, a permanecer em estado primitivo de sobrevivência. (Voto do Ministro Cezar Peluso) (BRASIL, 2009, p. 540, 541 e 549, grifo nosso)

A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. A partir da colonização, passando pelo Império e chegando aos dias atuais, isso tem sido uma constante. [...] Como, então, em pleno século XXI, considerados os avanços culturais de toda ordem, cogitar-se de isolamento da população indígena, procedendo-se à delimitação territorial contínua para afastar-se da área os não-índios? (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 654-655, grifo nosso)

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski chega a rechaçar a noção de que as culturas indígenas sejam dinâmicas e mutáveis: *“Até consta aqui do parecer do Ministério Público uma assertiva **com a qual, data venia, não concordo, que diz que a realidade das comunidades indígenas não é estática no tempo, mas dinâmica.**”* (Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, BRASIL, 2009, p. 861, grifo nosso)

A construção da ideia de alteridade presente na decisão se funda no pressuposto de que os indígenas ostentam culturas atrasadas, primitivas e carentes de historicidade, atrelando o conceito de aculturação a uma suposta perda de identidade étnica. Manuela Carneiro da Cunha (1987b, p. 101) esclarece que *“não se pode definir grupos étnicos a partir de sua cultura, embora, como veremos, a cultura entre de modo essencial na etnicidade”*. Ainda que a noção de cultura se mostre indissociável do conceito de etnia, a cultura seria uma decorrência secundária da organização de um grupo étnico e não o contrário. Para Barth (1998, p. 14), a identidade é definida pelas fronteiras sociais entre os grupos, que são criadas pelo contato interétnico e não pelo substrato cultural nelas contido, que pode se transformar ao longo do tempo sem alterar a etnicidade, que é sinalizada pela continuidade da dicotomização entre os membros do grupo e os estranhos.

João Pacheco de Oliveira (2004, p. 32) afirma que o próprio conceito de etnicidade pressupõe que os grupos indígenas não estão parados no tempo. Qualquer alteração ou mistura trazida a uma cultura não implica em descaracterização étnica e nem perda cultural, visto que a identidade pressupõe necessariamente uma trajetória, que, ao atualizar-se historicamente, reforça o sentimento de referência à origem. As culturas, portanto, *“são dinâmicas, influenciam-se mutuamente e se constroem também nos contatos com outras culturas, o que não significa absolutamente perda de identidade”* (CALEFFI, 2007, p. 34).

Entretanto, a invisibilização dos povos indígenas reforça a ideia de unicidade política e jurídica do Estado-Nação, implícita na ideia de que um Estado não pode comportar diversas ordens políticas e identidades sobrepostas, o que traria risco à soberania. Pela análise do julgado, percebe-se que os ministros recorrentemente associam a ideia de autonomia à de soberania:

Acresce, ainda, que, confrontando-se a versão inglesa com a versão francesa da Declaração, é possível verificar que o seu objetivo foi apenas o de garantir o direito dos povos indígenas, e não o de sugerir, ainda que remotamente, a possibilidade de criação de uma nação soberana. De fato, a versão inglesa utiliza o termo "indigenous peoples" e a francesa "peuples autochtones" ⁸ - tal como a portuguesa, "povos indígenas" - e em nenhum momento mencionam o termo "nation" ou "nacion". **Isso porque tal conceito, em ambos os idiomas, possuem um significado mais profundo, historicamente matizado, que pode levar, dependendo do contexto em que é empregado, à identificação da nação com o Estado soberano.** (Voto do Ministro Ricardo Lewandowski) (BRASIL, 2009, p. 507, grifo nosso)

Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental - essa entre terras indígenas e território -, pois somente o território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou, então, autônoma (Kelsen, sempre ele). [...] Donde a conclusão de que, em tema de índios, **não há espaço constitucional para se falar de pólis, território, poder político, personalidade geográfica; quer a personalidade de direito público interno, quer, com muito mais razão, a de direito público externo.** (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 276-277, grifo nosso)

Mas a problemática maior está na cláusula reveladora da autodeterminação dos povos indígenas, o que sugere a vinda à balha de independência mitigadora da soberania nacional. (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, p. 614, grifo nosso)

Além do mais, a despeito da ressalva prevista no seu art. 46, I, que, de certo modo, poderia desfazer dúvidas, contém expressões no mínimo ambíguas, imprecisas, cuja interpretação poderia reverter em

posturas incompatíveis com a ordem jurídico-constitucional brasileira, como, por exemplo - não vou descer a minúcias - **as disposições dos arts. 3º e 4º, que cuidam de autonomia, autogoverno e expressões análogas, que podem alimentar ideias de poder de emancipação dentro do Estado brasileiro.** (Voto do Ministro César Peluzo) (BRASIL, 2009, p. 537, grifo nosso)

Essa definição, contudo, não é compartilhada sequer por notórios ideólogos conservadores do positivismo jurídico, o que mostra que, mesmo na teoria clássica do Direito, soberania e autodeterminação são conceitos independentes e podem se associar ou não, a depender da concepção de Estado em questão.

Costuma-se opor, na Teoria do Estado, soberania e autonomia. Nessa contraposição, entende-se que soberania é o caráter supremo de um poder: supremo, nisto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já a autonomia é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro dos limites traçados por lei estatal superior. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 41)

O termo “ordem política” é sucessivamente referenciado na decisão sob a perspectiva exclusiva das relações internacionais, sugerindo que existência de povos autônomos e independentes implicaria em uma eventual ofensa à soberania estatal, embora em nenhum momento os povos da Terra Indígena Raposa Serra do Sol tenham reivindicado esse direito no bojo da ação.

Já o substantivo “terras”, 11 vezes referido ao conjunto das etnias indígenas, é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural. **Não política.** (Voto Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 278, grifo nosso)

O voto do Ministro Menezes Direito, na parte em que analisa as questões trazidas pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em que pese mencione a distinção entre autodeterminação interna e autodeterminação externa, acaba por afastar da “*positividade jurídica interna*” a aplicação do direito à autodeterminação previsto na Declaração.

[...] Assim, seja pela ausência de integração seja porque baldia de força vinculante, por si só, como fonte de direito internacional, não se há de aplicar a Declaração no plano da positividade jurídica interna. (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 397 e 400)

A análise do Ministro Gilmar Mendes também faz alusão à existência a uma autodeterminação “*inerente ao sistema de vida indígena*”, mas condiciona seu exercício ao “*interesse da soberania nacional*”, genericamente considerado:

Em primeiro lugar, a proteção constitucional do art. 231 e do art. 232 da Constituição são para brasileiros indígenas. É esse o sentido constitucional, preservando-lhes a cultura, o modo de vida e opção de seu desenvolvimento (pela aculturação ou não), mediante a concessão da posse permanente e usufruto de bens públicos especialmente afetados para tal fim. **Mas a proteção constitucional, como visto no art. 231, §5º, CF/88, deve ser condicionada ao interesse da soberania nacional.** (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 801 e 803, grifo nosso)

Interessante notar que mesmo os ministros que diferenciaram os conceitos de autodeterminação interna e externa concluíram de forma semelhante aos demais julgadores, restringindo ou inviabilizando até mesmo a aplicação interna do princípio da autodeterminação.

Esse recurso retórico que sugere que a autonomia política dos índios é uma ameaça à unidade territorial e à soberania nacional é utilizado frequentemente pela mídia e encontra-se presente também no senso comum, principalmente das regiões onde há maior fricção interétnica, embora careça substancialmente de comprovação empírica quanto aos perigos reais de ataque à unidade territorial brasileira pelos indígenas nos dias atuais. Na verdade, o discurso de risco à soberania está calcado na ideia de que os indígenas estão sempre suscetíveis a serem “colonizados” por ideologias externas à sua vontade, visto que são “influenciáveis” e não dispõem de autonomia suficiente e nem de conhecimento para lidar com os interesses de grupos que os “instrumentalizam” para conseguir objetivos alheios à sua vontade.

[...] Para os desenvolvimentistas, “nação indígena” sinaliza o perigo de aliciamento dos índios contra o desenvolvimento e a soberania nacional. [...] Pressentindo esse deslocamento de sentido que, de fato, desobriga os povos indígenas de um destino nacionalista, os guardiães do nacionalismo brasileiro, ainda apegados à definição integracionista de “nação”, atribuem o perigo das nações indígenas, não diretamente aos índios, mas a fontes subversivas nacionais ou à cobiça estrangeira, forças essas revestidas, aos olhos de certos estatistas, do poder e da capacidade de manipular a inocência moral e a ingenuidade política dos indígenas. (RAMOS, 1993, p. 4)

O Voto do Ministro Marco Aurélio retrata essa visão de forma bem clara, constantemente referindo o indígena como sujeito à manipulação por interesses escusos:

Na obra Teoria do Estado, em capítulo intitulado “A crise da integridade do Estado: A ‘Mexicanização’ da Amazônia e o Assalto à Soberania”, Paulo Bonavides traça comparação analógica entre a situação do Brasil contemporâneo com a do México no século XIX, em que tal país perdeu grande parte do original território para os Estados Unidos. [...]

“Não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não correspondente aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulada do espaço amazônico e na preparação e proclamação da independência das tribos indígenas como nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam. Essa demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional.” [...]

A respeito da matéria, Ives Gandra Martins, em livro escrito a quatro mãos com o saudoso Celso Ribeiro Bastos, assim se manifestou:

“Por outro lado, as organizações internacionais – e a matéria já tem sido denunciada – procuram tratar o território como indígena, mais do que brasileiro, razão pela qual, em eventual internacionalização da Amazônia para imposição da política externa, os verdadeiros titulares da terra seriam os indígenas e não os brasileiros. Dissociando os indígenas do povo brasileiro e suas terras do Estado brasileiro, tais organizações pretendem tornar o problema indígena do Brasil um problema de preservação dos costumes primitivos, que é dever da humanidade, tornando mais fácil, à evidência, a exploração de dez por cento do território nacional, reservado aos duzentos e cinquenta mil remanescentes da população indígena – propugnando por acordos convenientes a tais grupos mais do que a interesses do País.” [...]

Também o Deputado Aldo Rebelo – que integra o PC do B – e foi Presidente da Comissão de Relações Exteriores e Segurança Nacional da Câmara dos Deputados, em entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo, revelou grande preocupação com o pano de fundo do conflito ora em exame. [...]

“Fui a uma reserva ianomâmi, perto de um pelotão de fronteira do exército, e visitei uma maloca. [...] Um grupo de crianças jogava futebol, e eu joguei um pouco com elas. Comentei com a moça da

ONG: Pelo menos o futebol é um fator de integração, pois todos torcemos pela mesma seleção. A moça me respondeu: Não. O senhor torce pela seleção brasileira e os índios torcem pela seleção deles. Nada mais falei e nada mais perguntei.”

(Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 605, 607, 608 e 609).

A expressão “interesse nacional” é utilizada como estratégia argumentativa para mitigar a autonomia dos indígenas e, por consequência, o direito de usufruto. O interesse nacional é compreendido pela Corte como pré-determinado e associado a valores supostamente objetivos e prevalentes sobre os demais.

Flávio Contrera (2015) aponta que a ideia de “interesse nacional”, à época do surgimento dos Estados Nacionais, estava associada com a vontade da pessoa do soberano. A partir da democratização do nacionalismo, o conceito de interesse nacional adquiriu um caráter essencialmente ambíguo, em face da multiplicidade de interesses dentro do Estado (CONTRERA, 2015). Neste sentido, Lauro Moraes (1986, p. 154) lembra que o caráter subjetivo desse conceito decorre em grande medida das divergências e interesses contraditórios de grupos e de indivíduos em relação às políticas nacionais. O interesse nacional não é, portanto, algo potencialmente identificável como uma verdade objetiva indiscutível, sendo passível de variação conforme os diferentes esquemas de valor de quem o define.

Pela análise das argumentações que foram tecidas nos votos individuais⁹, o pleno usufruto indígena é tido como incompatível ou concorrente ao interesse nacional, este sempre associado na decisão à defesa nacional, à proteção ao meio ambiente ou ao desenvolvimento econômico e raramente aos direitos indígenas.

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas se caracteriza pelo usufruto exclusivo dos índios que, todavia, **estará sujeito às condições que ora são definidas, no campo da segurança nacional e da preservação do meio ambiente.** (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 407 e 414, grifo nosso)

As Forças Armadas e a Polícia Federal, no cumprimento daquela obrigação jurídica, podem até mesmo afastar a presença de quaisquer brasileiros, **índios ou não, nas áreas tidas como necessárias para a defesa do interesse nacional.** (Voto da Ministra Carmen Lúcia) (BRASIL, 2009, p. 466, grifo nosso)

Parece-me que há, aqui, conflito teórico entre interesses e valores constitucionais. **De um lado,**

⁹ Com exceção do voto do Ministro Joaquim Barbosa, que divergiu dos demais integrantes do Tribunal, ao entender pela total improcedência do pedido.

os interesses das populações indígenas; de outro, o interesse que, nos termos do art. 225 da Constituição, supera os das populações indígenas, porque concernem a bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida de toda a população brasileira, não apenas de um de seus grupos [...]. (Voto do Ministro Cezar Peluso) (BRASIL, 2009, p. 542, grifo nosso)

A interpretação do art. 231, § 50, da Constituição, evidencia que **mesmo toda a proteção constitucional conferida aos índios é condicionada ao interesse da soberania do País**, ora em grau maior, como nas excepcionais hipóteses do artigo mencionado, ora em grau menor, em que outras soluções jurídicas são possíveis para a harmonia e concordância prática desses valores constitucionais. (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 788, grifo nosso)

Ainda que o presente artigo não tenha como objetivo analisar a decisão sob o ponto de vista das teorias constitucionais, não passa despercebido que, a pretexto de promover uma interpretação sistêmica, que privilegia a unidade constitucional, o Supremo Tribunal Federal fez, na verdade uma verdadeira ponderação *in abstracto* de valores¹⁰, usurpando a competência do constituinte originário ao situar os direitos indígenas em uma categoria inferior ou colidente ao que chamou de interesses nacionais.

Nesse ponto, acompanho o voto já proferido pelo eminente Ministro Menezes Direito, ao afirmar que no que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, **a limitação do direito indígena de posse e usufruto daquelas terras decorre das próprias disposições constitucionais, a gerar uma superposição de afetações, que se resolve a partir de uma interpretação que prestigie a unidade da Constituição.** [...]Mas a **proteção constitucional, como visto no art. 231, §5º, CF/88, deve ser condicionada ao interesse da soberania nacional.** (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 798 e 801, grifo nosso)

¹⁰ A ponderação de valores é uma metodologia da teoria da argumentação jurídica que pressupõe a ausência de hierarquia entre princípios constitucionais, o que sugere que o intérprete deve, a partir da análise do caso concreto, sopesar os princípios envolvidos de forma a afastar um destes. “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2010, p. 183).

Embora a doutrina e o próprio STF tenham entendimento dominante no sentido de que não existe hierarquia entre as normas constitucionais (entendimento manifesto algumas vezes no próprio acórdão da PET 3.388), as condicionantes estabelecidas revelam inegavelmente que os direitos indígenas não são considerados interesse nacional e sempre são chamados a ceder em face de outros bens jurídicos.

Ocorre que, na Ação Popular n. 3388, estava em confronto, por exemplo, princípios institucionais do Estado, como a defesa nacional e integridade do território, e os direitos fundamentais dos povos indígenas, tendo o STF concluído pela priorização dos primeiros em face dos segundos, subvertendo a própria importância histórica das Constituições, que foram instrumentos criados para salvaguardar os direitos do cidadão frente aos arbítrios estatais. No caso, os direitos indígenas foram suplantados em nome dos interesses maiores do Estado. (NÓBREGA, 2011, p. 270)

Como consequência desse pensamento, a autonomia dos povos indígenas sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi restringida pela Corte, por meio da imposição das dezenove condicionantes, ou "salvaguardas institucionais".

As condicionantes e, f e l¹¹ afastam a obrigatoriedade de consulta livre, prévia e informada, notadamente na hipótese de sobreposição "aos interesses da política

11 e) O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

f) A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;

l) Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

11 a) O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

b) O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

c) O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

d) O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

g) O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

m) O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

n) A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de

de defesa nacional” e no caso de atuação das forças armadas e da polícia federal, contrariando disposição expressa constante do artigo 6º da Convenção OIT nº 169, que representou um compromisso assumido pelo Estado brasileiro para construção de um mecanismo de diálogo intercultural, de forma a viabilizar o exercício da autonomia interna sobre seus territórios.

Outras condicionantes (a, b, c, d, g, m, n, o e p) resultam de interpretações que inferem incompletudes no texto constitucional e instituem vedações ao usufruto indígena.

Diante da constatada superposição de terra indígena em área integrante de faixa de fronteira, na qual se permite excepcionalmente a garimpagem, ressalto que eventualmente seja possível, tão-somente em razão dessa peculiaridade, a garimpagem e fiação a ser realizada com autorização do Estado, **mas nunca pelas comunidades indígenas**, desde que haja aprovação do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do artigo 23, alínea "b" da Lei nº 7.805/93.(Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 795, grifo nosso)

No que tange aos interesses ambientais, as condicionantes h, i e j mostram a prevalência de uma visão preservacionista sobre soluções dialogadas com os povos indígenas. Ao atribuir ao órgão ambiental o controle das terras indígenas em sobreposição com unidades de conservação, a Corte se afastou da orientação socioambientalista da Carta de 1988 e rejeitou as práticas ancestrais de manejo das populações nativas sobre seus ambientes.

É que vejo incompatibilidade absoluta de regimes jurídico-constitucionais entre a defesa das populações indígenas e a defesa da riqueza, da biodiversidade, do patrimônio genético, do meio ambiente, enfim, de tudo aquilo que é objeto da tutela constitucional das chamadas reservas de

energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

o) As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;

p) É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

11 h) O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

i) O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI;

j) O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes.

proteção integral. (Notas taquigráficas – Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 541)

Além disso, a decisão muitas vezes se apoia na tese de que o domínio da União sobre as terras indígenas justificaria por si só uma intervenção estatal e a limitação do direito constitucional ao usufruto, o que não encontra sustentação na Constituição e nem mesmo na legislação civilista (RODRIGUES, 2017), bem como na ideia de que o usufruto indígena seria um passo intermediário para a definitiva consolidação do domínio pleno da União, a depender da “assimilação” dos índios.

Isto é, reconhecido o fato da posse naquela data e demarcada a área respectiva, a demarcação é insusceptível de qualquer modificação, não obstante a mim me pareça que **o constituinte derivado não estará jungido a manter tal situação, quando as populações indígenas se tiverem integrado, de modo que as demarcações já não tenham nenhum sentido econômico, jurídico, nem político, que é o que se espera.** Afinal de contas, atrás da decisão desta causa, não pode estar a ideia - que me parece absurda - de que o progresso da civilização seja coisa tão perversa que os índios devam ficar-lhe à margem. (Notas taquigráficas – Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 548, grifo nosso)

Sendo que **o papel de centralidade institucional que é desempenhado pela União não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações,** além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público, [...] (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 275, grifo nosso)

Essas terras são bens da União. Os índios detêm a posse, não o domínio destas terras. **Isso é necessário ainda redizermos: a União detém o domínio dessas terras.** (Voto do Ministro Eros Grau) (BRASIL, 2009, p. 512, grifo nosso)

Trata-se, evidentemente, de terras da União, a cujo regime e disciplina jurídicos não são estranhas as funções constitucionais das Forças Armadas, a que incumbe garantir a segurança coletiva, a coesão nacional e a integridade territorial, como vem claro do art. 142 da Constituição da República. (Voto do Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 539, grifo nosso)

Aos índios não se concede a propriedade das terras ocupadas, que é exclusiva da União Federal. O que a Constituição determina é uma afetação pública específica às terras habitadas pelos índios, em razão da proteção constitucional a eles conferida. [...] **Fixada a premissa de que se trata de discussão a respeito da adequada afetação constitucionalmente determinada de bens de propriedade da União Federal, cuja utilização é expressamente condicionada ao respeito da soberania e defesa nacionais, o caminho para a concretização de tal condicionamento perpassa a análise da competência da União Federal para, no que aqui interessa.** (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, p. 787 e 789, grifo nosso)

O voto do Ministro Celso de Mello, por outro lado, afirma que a intenção constitucional foi a de conferir tratamento diferenciado e não restritivo aos direitos territoriais indígenas:

Não constitui demasia observar, neste ponto, que **as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos, voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.** (Voto do Ministro Celso de Mello) (BRASIL, 2009, p. 727, grifo nosso)

Por outro lado, percebe-se pelas diferentes manifestações no acórdão que não há uma definição consensuada e precisa do conceito de terra indígena e menos ainda dos limites do seu usufruto, do ponto de vista jurídico. O Ministro Carlos Ayres Britto demonstra em sua manifestação o limbo teórico em que se situa o regime de utilização das terras indígenas:

Em boa verdade, nem território político nem propriedade privada cabem na definição do regime de apossamento e utilização das terras indígenas. Tudo nelas é juridicamente peculiar, especialíssimo até, segundo vimos demonstrando e prosseguiremos a fazê-lo com lastro em enunciados de escalão exclusivamente constitucional. (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 280)

No entanto, a despeito da ausência de acordo entre os julgadores sobre a natureza jurídica das terras indígenas, a decisão proferida na PET 3.388 cuidou de restringir ao máximo o conceito de usufruto indígena, não reconhecendo a aplicação de leis ordinárias incidentes e do texto da Convenção OIT nº 169, sem,

contudo, declarar sua inconstitucionalidade. O acórdão encontra-se também farto de citações de antropólogos e cientistas sociais sobre a questão indígena, que conferem uma aparência de erudição e caução científica ao texto, mas que não oferecem amparo às conclusões dos julgadores, pois se encontram descontextualizadas e afastadas dos atuais marcos teóricos que norteiam essas disciplinas.

Mais do que isso, o acórdão muitas vezes ultrapassou o limite do que permitia a literalidade do texto constitucional e se distanciou do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que baliza a hermenêutica jurídica tradicional. Esse fenômeno interpretativo, descrito com precisão por Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 103), acontece quando o intérprete se perde no labirinto da hermenêutica constitucional e opta por seguir tão somente suas visões pessoais a respeito do tema que deve julgar.

Regina Mendes (2012), em uma lúcida obra que analisa os meandros dos mecanismos de convencimento dos juízes no ofício de decidir, denuncia que esse processo “*tem aspectos voluntaristas e de poder com grande carga de subjetividade*”. Ademais, a pretexto de “dirimir conflitos”, como foi o caso da decisão proferida na PET 3.388, aos juízes são outorgados poderes ilimitados para “fazer justiça”, em detrimento da sua função constitucional, que seria a de garantidores de direitos fundamentais (MENDES, 2012, p. 192-193). De fato, como aponta Roberto Aguiar (1990), contrariamente ao que propõe a doutrina juspositivista, o direito e a sua interpretação estão sujeitos a interferências externas e das próprias condições individuais e sociais dos seus operadores, as quais têm importância preponderante nos caminhos hermenêuticos adotados.

Além disso, o acórdão proferido tornou inequívoca a orientação privatista da Corte Suprema, em que pese tenha reconhecido a legalidade da demarcação da terra indígena. Sandra Nascimento (2016, p. 350) enfatiza o caráter etnocentrista da atuação dos agentes estatais nas instâncias jurídicas brasileiras, os quais frequentemente não conseguem sustentar sequer uma dogmática jurídica, em face das diversas contradições e incoerências internas em seus procedimentos, que revelam o intento de proteger tão somente a propriedade privada e o discurso proprietário.

Essa inclinação teórica, evidente na decisão da corte constitucional, tem ganhado espaço em diversos precedentes jurisprudenciais, contrariando a antiga orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, que, antes da Carta de 1988, já considerava a especificidade dos direitos territoriais atribuídos aos povos indígenas em âmbito supralegal. Com base nessa tradição jurídica, o Ministro Gilmar Mendes, à época membro do Ministério Público Federal, chegou a declarar que a posse indígena “*não pode ser reduzida ao conceito de posse do Direito Civil*” (1988, p. 56).

Contudo, Luciana Nóbrega (2011, p. 289) mostra que na decisão proferida na PET 3.388 há um incontestado legado epistemológico do eurocentrismo, que produziu nas condicionantes, ironicamente chamadas de salvaguardas, “*definições jurídicas que subalternizam os indígenas a um quadro de possibilidades de ser, fazer e existir, cujos limites não foram sequer alvo de consulta, debate e busca de consenso*”.

Considerações finais

A constatação de que o Poder Judiciário tem se omitido na efetivação dos direitos indígenas evidencia a crise paradigmática dos sistemas jurídicos, manifestada no impasse entre uma proposta constitucional fraterna, pluralista e inclusiva e a tradição privatista do juspositivismo, entranhada na legislação ordinária e nas práticas judiciais, o que leva a concluir que a Carta de 1988 não efetivou a ruptura que era almejada.

Como ensina Paulo Thadeu Silva, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal deveria ter um papel concretizador de direitos fundamentais, de modo a criar “*estados mentais nos quais o respeito ao direito dos outros é, se não totalmente implementado, ao menos desperto*”. (SILVA, 2015, p. 26). No entanto, o notório hermetismo do meio jurídico impede uma práxis transdisciplinar verdadeira e se presta a legitimar o discurso dominante, ignorando a complexidade do ponto de vista do outro. A produção do saber ausente de diálogo se estabelece por meio de uma relação autoritária de conquista, onde o “*invasor reduz os homens do espaço invadido a meros objetivos de sua ação*” (FREIRE, 1983, p. 27).

No julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal impôs aos índios uma condição de exílio em solo pátrio, ao situar os direitos indígenas abaixo dos demais “interesses nacionais”. Utilizando-se do argumento falacioso de defesa da soberania, a Corte Constitucional autorizou a interferência do Estado nos territórios indígenas desconsiderando o mínimo direito de consulta livre, prévia e informada, pactuado na Convenção OIT nº 169. A decisão proferida na PET 3.388 reproduziu o ideal de homogeneidade da nação brasileira, calando as inúmeras identidades sociais que compõem o Estado Nacional ao reafirmar a prevalência de um saber hegemônico sobre as demais racionalidades.

A decisão proferida na PET 3.388 nada mais é do que uma proposta de “estatuto do estrangeiro” para os povos indígenas, pois aos índios não se poderia conferir tratamento civil igual ao dado aos nacionais. Para o pensamento jurídico dominante na atualidade, os indígenas no Brasil vivem uma situação de expatriados, perdedores de uma guerra justa que estão destinados ao desterro e à resignação. O usufruto de suas terras é pautado pelos “interesses nacionais” e serve a uma proposta de desenvolvimento que não é compartilhada com esses sujeitos contra majoritários, que são vistos como estranhos em suas próprias casas, sempre sob vigilância e controlados pela tutela estatal que, embora expurgada da positividade normativa, perpetua-se nas práticas judiciais.

No campo do Direito, o conhecimento tem o potencial de estabelecer relações assimétricas ou de produzir a transformação social, permitindo práticas sociais emancipatórias (SOUSA JÚNIOR, 2002). O monopólio da jurisdição estatal e a monocultura universalista do saber jurídico historicamente se mostraram eficientes instrumentos da colonialidade, aprofundando mecanismos de exclusão e de dominação. Esta discussão tem o papel, portanto, de apontar para

a necessidade de se construir interpretações e sistemas jurídicos dialógicos que levem em conta as diversas identidades e territorialidades existentes, avançando não apenas na conquista de direitos, mas na forma de se fazer justiça aos povos indígenas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega. 1990.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

BARBOSA, Marco Antônio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BARTH, Fredrik. *Ethnic groups and boundaries: The social organization of culture difference*. Long Grove, Illinois: Waveland Press. 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro. 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Popular no 3.388*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Processo físico. 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, aprovado pelo Parecer GMF-05*. Diário Oficial da União. Seção 1. 20 jul. 2017.

CALEFFI, Paula. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do Séc. XXI. *Diálogos Latinoamericanos*. n 007, Universidade de Aarhus. 2007.

CONTRERA, Flávio. *O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais*. Revista de Estudos Internacionais, v. 6, n. 2, p. 178-195, 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do Índio: Ensaio e documentos*. Brasiliense: São Paulo. 1987.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Direitos Socioambientais e Territoriais*. Comunicação oral em aula expositiva. Brasília: MESPT/UnB. 2016.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1995.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola. 1999.

FREIRE, Paulo. *Extensão ou comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu*. Brasília: Ministério Público Federal. 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Do Princípio do Livre Convencimento Motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

MORAES, Lauro Escorel de. *O conceito interesse nacional e a responsabilidade de diplomacia brasileira*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. 81. Editora da USP. pp. 151-161. 1986.

NASCIMENTO, Sandra. *Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Nande'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucucui no Chile*. 2016. Tese (Doutorado em Estudos Comparados sobre as Américas). Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>>. Acesso em: 20 jan 2017. 2016.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. “*Anna Pata, Anna Yan—nossa terra, nossa mãe*”: a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12595>>. Acesso em: 20 set 2016. 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de. (org.) *A viagem de volta: Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena*. 2 ed. Rio de Janeiro: Contra Capa. 2004.

PRATES, Carlos Inácio et al. A Fortuna crítica de O Direito Achado na Rua: História e Desenvolvimento. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *O Direito Achado na Rua – Concepção e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. pp. 101-149. 2015.

RAMOS, Alcida Rita. Nações dentro da nação: um desencontro de ideologias. *Série Antropologia* n 147. Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Antropologia. Disponível em:

<<http://dan.unb.br/images/doc/Serie147empdf.pdf>>. Acesso em: 30 mar de 2017. 1993.

RODRIGUES, Carolina Augusta de Mendonça. *Terra e autodeterminação: o usufruto indígena na Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado em Sustentabilidade junto a Povos e Terras Tradicionais - MESPT/CDS). Universidade de Brasília. 2017.

ROULAND, Norbert; PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMARÈDE, Jacques. *Droit des minorités et des peuples autochtones*. Paris: Presses universitaires de France. 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1995.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os Direitos dos Índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. 1 ed. São Paulo: Ed. Café com Lei. 2015.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. O Direito Achado na Rua: terra, trabalho, justiça e paz. Introdução Crítica ao Direito Agrário. In: MOLINA, Monica Castagna et all (Orgs.). *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, Decanato de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2002.

_____. *O Direito como liberdade*. Fabris: Porto Alegre. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Por que, contra a lei, juíza acha que pode autorizar revista coletiva?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/sensoincomum-lei-juiza-acha-autorizar-revista-coletiva>>. Acesso em: 27/11/2016.