

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO

ERIVALDO CAVALCANTI E SILVA FILHO

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

NORMA SUELI PADILHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito ambiental e Socioambientalismo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho; José Fernando Vidal De Souza; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-581-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito ambiental. 3. Socioambientalismo. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO

Apresentação

O XI Encontro Internacional do CONPEDI, sob o tema “Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina”, realizado na capital Santiago, Chile, entre os dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022 marcou o retorno dos eventos presenciais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, pós a pandemia da COVID-19, que infectou pelo menos 73.452.000 pessoas e ocasionou 1.713.000 de mortes na América Latina e Caribe, sendo certo que, somente no Brasil, ocorreram 687.710 mortes e 34.799.324 casos confirmados, até a presente data.

Por isso, o mencionado evento é motivo de júbilo, eis que gestado desde 2019, sob o auspício da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, da Universidad de Santiago de Chile, da Facultad de Derecho - Universidad de Chile e da Facultad de Derecho - Universidad de Los Andes.

No presente Grupo de Trabalho encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área de Direito Ambiental e Socioambientalismo.

A presente obra conta com valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram temas sensíveis, que após terem sido selecionados, por meio de avaliação feita por pares (double blind review), pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores, 19 artigos foram apresentados e compõem o livro, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber:

No primeiro artigo intitulado “Educação Ambiental como processo de aprendizagem e conscientização para proteção do meio ambiente”, Samara Tavares Agapto das Neves de Almeida Silva, Ana Larissa da Silva Brasil e Norma Sueli Padilha examinam o papel da Educação Ambiental (EA) para a proteção do meio ambiente diante do pensamento antropocêntrico do uso dos recursos naturais e da finitude dos recursos naturais, explicando

os conceitos jurídicos que formam a EA no Brasil, bem como os impactos e danos ambientais oriundos do uso indevido dos recursos naturais.

Depois, em “A proteção do meio ambiente na América Latina: proposta para a uniformização dos modelos de seletividade e progressividade tributária ambiental”, Fellipe Cianca Fortes e Marlene Kempfer discutem os compromissos firmados entre os Estados que compõem a Organização dos Estados Americanos, em especial o Protocolo de São Salvador e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos o reconhecimento do direito humano ao meio ambiente saudável, com a defesa da tributação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável, visando (des)estimular condutas (in)sustentáveis, especialmente em relação a atividades econômicas e produtos que provoquem riscos ecológicos transfronteiriços.

Em seguida, no trabalho nominada “A relevância da gestão efetiva das áreas protegidas para o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”, Evandro Regis Eckel, Ricardo Stanziola Vieirae e Liton Lanes Pilau Sobrinho se dedicam a estudar a Convenção sobre a Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC), além da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) demonstrando a relevância do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e das demais áreas protegidas brasileiras, para a consecução dos referidos compromissos internacionais e o efetivo emprego dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) para a proteção das referidas áreas.

Ato contínuo, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Bruna Lorena Santos Cruz apresentam o artigo “As contribuições do compliance no meio ambiente laboral” no qual passam a apreciar os direitos e deveres trabalhistas, bem como o cumprimento de regras de governança corporativa e compliance trabalhista, em face das obrigações decorrentes das fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, em busca do desenvolvimento econômico empresarial, com o alinhamento entre o capital, sustentabilidade, redução da litigiosidade e a melhoria na relação laboral, em prol da melhoria do meio ambiente laboral.

O quinto artigo “Atualizações da política nacional de resíduos sólidos e seus impactos quanto às organizações de catadores no Brasil”, Nícia Beatriz Monteiro Mafra examina a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), as organizações de catadores e catadoras de materiais reciclados no Brasil e a implementação dos sistemas de logística reversa, por meio da cadeia econômica pos-consumo ou circular.

Em continuidade, Raul Miguel Freitas de Oliveira e Gabriel Garcia Domingues, no artigo “Competência legislativa estadual e municipal em matéria ambiental: a controvérsia sobre a pulverização agrícola aérea de agrotóxicos” se dedicam ao estudo do emprego de agrotóxicos na agricultura, por via de pulverização aérea e a oposição do agronegócio, que preconiza a necessidade da sua utilização, bem como luta pela não regulação desta técnica no território nacional.

Em “Giro decolonial e direitos da natureza: impulsos de mudança na condição da América Latina como periferia econômica”, Talissa Truccolo Reato, Karen Beltrame Becker Fritz e Luiz Ernani Bonesso de Araújo examinam a influência da economia da América Latina (como periferia global), considerando o atual giro decolonial, para o efeito de reconhecimento dos Direitos da Natureza na região.

Logo após, em “Conflitos socioambientais e sua relação com a proteção efetiva dos recursos naturais em APPS no Brasil”, Angelica Cerdotes e Márcia Andrea Bühring estudam os conflitos socioambientais e sua relação com a proteção efetiva dos recursos naturais em Áreas de Preservação Permanente-APPs no Brasil, visando evitar a degradação ambiental.

Depois, Adriano Fernandes Ferreira, Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Kamilla Pessoa de Farias apresentam o artigo “Direito fundamental para quem? A água como objeto de disputas entre o mercado internacional e os estados amazônicos”, no qual promovem uma análise da importância da água na região Amazônia, tratando os chamados rios voadores e da água como uma commodity passível de cobrança pela sua utilização.

Em “Processo dialético de contradições internas: direito humano à água no marco do constitucionalismo latino-americano”, Joana Silvia Mattia Debastiani, Cleide Calgaro e Liton Lanes Pilau Sobrinho apresentam o direito humano à água potável, a partir da análise do constitucionalismo latino-americano, tomando-o como fator essencial para a garantia e a fruição dos demais direitos humanos, considerando, pois, imprescindível que pesquisas analisem o seu acesso no âmbito do direito, inclusive diante de documentos internacionais e das Constituições do Equador e da Bolívia, que reconhecem o direito de acesso à água como um direito humano fundamental.

No décimo primeiro artigo “A regulação da energia no Brasil: trajetória e perspectivas”, Gustavo Assed Ferreira, Carolina Assed Ferreira e Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho analisam a trajetória do setor elétrico no Brasil e as perspectivas de abertura de mercado do Estado à iniciativa privada, visando compreender a substituição da figura do Estado interventor pela do Estado regulador-controlador, a partir do ideal neoliberal que tem

conseguido ganhar espaço no pensamento econômico brasileiro, bem como a crise que assolou esse modelo de mercado e a figura do racionamento de energia elétrica no início da década de 2000, que deram origem ao modelo híbrido brasileiro

O décimo segundo artigo “Retrocesso do neoconstitucionalismo latino-americano no Brasil: a evolução da tese do ‘marco temporal e renitente esbulho das terras indígenas’ e seus efeitos na teoria do indigenato constitucional”, Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Priscila Krys Morrow Coelho Resende e Tassia Alfaia Do Lago Maia tratam do Direito Ambiental e do socioambientalismo diante do retrocesso do neoconstitucionalismo latino-americano no Brasil, a partir de uma tese do Supremo Tribunal Federal, que passou a dar nova interpretação aos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Em “La gobernanza global de los cambios climáticos y la contribucion de la red de gobiernos regions4”, Fernando Cardozo Fernandes Rei, Mariangela Mendes Lomba Pinho e Mayara Ferrari Longuini promovem uma análise sobre as mudanças climáticas e as possibilidades de enfrentamento dos aumentos dos riscos ambientais e do agravamento dos impactos sociais, econômicos, políticos e ambientais. Para tanto, examinam uma nova forma de governança ambiental global, por meio do conceito de para-diplomacia climática e da análise das atividades da Rede de Governos Regionais - REGIONS4, em particular a iniciativa Regions Adapt.

Sequencialmente, Denise Vital e Silva e Fernando Cardozo Fernandes Rei apresentam o artigo “Maturação do mercado e metrificação de dados ESG: uma evolução necessária às decisões sustentáveis de investimento, no qual estudam o ESG, acrônimo formado pelas palavras “Ambiental, Social e de Governança”, propondo uma metrificação de dados capaz de gerar oportunidades de crescimento e redução de riscos nos negócios para as empresas, bem como a capacitação dos agentes, no cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – Agenda 2030.

No décimo quinto artigo intitulado “Mulheres e meio ambiente: ecofeminismo e suas contribuições à sustentabilidade ambiental contemporânea”, Márcia Rosana Ribeiro Cavalcante e Lauren Lautenschlager Scalco estudam o ecofeminismo, ou seja, um movimento feminista que se iniciou na França, por volta de 1970, interligando os termos ecologia e feminismo, compreendido como um movimento que almeja o equilíbrio e a cooperação entre a natureza e o ser humano, considerando a exploração da natureza e das mulheres pelo patriarcado capitalista.

Outrossim, em “O agronegócio brasileiro e a exportação de água virtual: as tecnologias da informação e da comunicação aplicadas ao consumo de recursos hídricos no campo”, Marcos Alexandre Biondi, José Carlos Francisco dos Santos e Deise Marcelino da Silva enfatizam a necessidade de preservação dos recursos hídricos no contexto do agronegócio, que deve estar em compasso com as políticas de proteção do meio ambiente e dos aludidos recursos hídricos, com vistas à concretização do desenvolvimento sustentável.

No décimo sétimo artigo, da lavra de Sérgio Urquhart de Cademartori, Lucas Bortolini Kuhn e Jesus Tupã Silveira Gomes intitulado “O antropoceno como um conceito sociológico: um diálogo sociojurídico sobre a crise climática”, os autores discutem o conceito de Antropoceno associando-o ao problema da crise climática, ao conceito sociológico e à adequada noção de tempo e de escala para as relações entre sociedades e ecossistemas, bem como à sociologia normativa de Hydén.

No décimo oitavo artigo “Tutela jurisdicional e sustentabilidade: um caminho multidimensional para a promoção do desenvolvimento”, Izadora Caroline Costa, Maria Sonogo Rezende e Miguel Etinger de Araujo Junior abordam o papel da tutela jurisdicional para a consagração do Estado de Direito Ecológico, sob o enfoque do dever ético-jurídico de assegurar um meio ambiente favorável ao bem-estar das gerações presentes e futuras. Para tanto, examina o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF nº 708 quanto à impossibilidade de contingenciamento das receitas que integram o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e determinação para que sejam adotadas as providências necessárias ao seu funcionamento, para fins de mitigação das mudanças climáticas e proteção do meio ambiente.

A obra se encerra com o artigo “Conhecer para não se iludir: (RE) leitura dos fundamentos do ESG” de José Fernando Vidal de Souza e Orides Mezzaroba que se propõem a analisar o conceito de ESG (Environmental, Social, and Corporate Governance) e as suas implicações na esfera ambiental e no mundo corporativo, partindo do estudo dos eixos do ESG, confrontando-o com os conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, no mundo globalizado. Ao final promovem uma discussão crítica e uma reflexão aprofundada sobre os aspectos conceituais do ESG, sua difusão e a sua impossibilidade de solucionar os problemas ambientais, sociais e de governança atuais, demonstrando que tal discurso convive com greenwashing, minimiza os danos ao meio ambiente, reduz a importância dos aspectos ambientais, sociais e de governança, afastando uma análise política sobre tais temáticas.

Assim, a presente obra é um verdadeiro repositório de reflexões sobre Direito Ambiental e Socioambientalismo, o que nos permite concluir que as reflexões jurídicas, aqui apresentadas

são contribuições valiosas em face da oferta de proposições que assegurem a busca por melhoria e qualidade de vida para o enfrentamento dos agravamentos e dos retrocessos dos direitos sociais em tempos de pandemia, bem como mecanismos de promoção à dignidade humana, buscando-se a harmonia de uma nova relação homem/natureza, que assegure alteridade, fraternidade e desenvolvimento para todos, tal como dita a regra insculpida no art. 225 da CF/88.

Desejamos, pois, a todos, uma excelente leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof^a. Dra. Norma Sueli Padilha - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho -Universidade do Estado do Amazonas - UEA

RETROCESSO DO NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO BRASIL: A EVOLUÇÃO DA TESE DO “MARCO TEMPORAL E RENITENTE ESBULHO DAS TERRAS INDÍGENAS” E SEUS EFEITOS NA TEORIA DO INDIGENATO CONSTITUCIONAL.

LATIN AMERICAN NEOCONSTITUTIONALISM'S RETROCESSION IN BRAZIL: THE EVOLUTION OF THE THESIS OF THE "TEMPORAL LANDMARK AND RENITENT SQUATTING OF INDIGENOUS LANDS" AND ITS EFFECTS ON THE THEORY OF CONSTITUTIONAL INDIGENACY.

**Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho
Priscila Kryz Morrow Coelho Resende
Tassia Alfaia Do Lago Maia**

Resumo

Este artigo associa-se ao Direito Ambiental e ao socioambientalismo e tem por escopo apresentar o retrocesso do neoconstitucionalismo latino-americano no Brasil por meio da adoção da tese do marco temporal e renitente esbulho na Corte Constitucional Brasileira, resultando na adoção de condicionantes ao Direito originário dos povos indígenas e reflexos na teoria do indigenato. Apesar da Carta Magna de 1988 reconhecer aos povos indígenas direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, é possível identificar a adoção de uma tese pelo Supremo Tribunal Federal que fere preceitos constitucionais ao ir de encontro ao que está previsto expressamente na Constituição Federal. Por intermédio da pesquisa qualitativa buscar-se-á realizar uma análise das múltiplas características e relações sociais que permeiam a condição dos povos indígenas, em especial analisando a política indigenista no Brasil e como ela desagua na base fundamental da Constituição de 1988. Nosso objetivo foi demonstrar que as interpretações adotadas pelo Supremo Tribunal Federal do que seja marco temporal e renitente esbulho não encontram amparo nos institutos da judicialização, tampouco no ativismo judicial, podendo ser considerados verdadeiros retrocessos ao que se denomina neoconstitucionalismo Latino-Americano. Nestes termos, busca-se trazer uma reflexão quanto às decisões adotadas no Brasil, a partir do caso da Raposa Serra do Sol, a fim de afastar interpretações contrárias à Constituição Federal, concluindo que os direitos dos povos indígenas, no seu sentido mais amplo, representam um campo historicamente definido pela colonialidade do poder, ou seja, por relações coloniais de poder.

Palavras-chave: Socioambientalismo, Neoconstitucionalismo, Terras indígenas, Indigenato, Marco temporal

Abstract/Resumen/Résumé

This article is associated with Environmental Law and socio-environmentalism and aims to present the retrogression of Latin American neoconstitucionalism in Brazil through the adoption of the thesis of the period and stubborn dispossession in the Brazilian Constitutional

Court, resulting in the adoption of conditions to the original Law of indigenous peoples and reflections on indigenous theory. Despite the Magna Carta of 1988 recognizing Indigenous nation original rights over the lands they traditionally occupy, it is possible to identify the adoption of a thesis by the Federal Supreme Court that violates constitutional precepts by going against what is expressly provided for in the Federal Constitution. Through qualitative research, an analysis of the multiple characteristics and social relations that permeate the condition of Indigenous peoples will be conducted, especially analyzing the indigenous policy in Brazil and how it flows into the fundamental basis of the 1988 Constitution. demonstrate that the interpretations adopted by the Federal Supreme Court of what is a period and stubborn dispossession do not find support in the institutes of judicialization, nor in judicial activism, and can regarded true setbacks to what called Latin American neoconstitutionalism. In these terms, we seek to reflect on the decisions adopted in Brazil, from the case of Raposa Serra do Sol, in order to rule out interpretations contrary to the Federal Constitution, concluding that the rights of indigenous peoples, in their broadest sense, represent a field historically defined by the coloniality of power, that is, by colonial power relations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social environmentalism, Neo constitutionalism, Indigenous nation, Indigenato, Temporal landmark

1. Introdução

Para Santos (2003), todos tem o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza; e, todos tem o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. É partindo dessa premissa que o artigo procura retratar abordar como a jurisprudência brasileira vem atingindo direitos fundamentais básicos das comunidades indígenas e afrontando preceitos da Carta Constitucional com a adoção das teses da fixação do marco temporal e do renitente esbulho.

Inicialmente serão apresentados traços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, no que ele consiste, e como a aplicação desse movimento jurídico-positivo filosófico é de fundamental importância para a legitimação de novos direitos, por meio de uma maior participação popular, com inclusão de novas classes sociais, até então excluídas; e, ainda, para a adoção de práticas de pluralismo igualitário.

Em seguida será apresentamos a política indigenista no Brasil, a fim de demonstrar como se deu o surgimento e a evolução das legislações que protegem os direitos dos povos indígenas no país. Tal explanação servirá de base para a criação de uma percepção de como o Brasil veio evoluindo no que tange a temática e principalmente como, por meio de uma decisão judicial, que virou uma espécie de “precedente”, tal progresso veio a declinar.

Após a conceituação de institutos, será apresentado o julgamento do caso da Raposa Serra do Sol perante o Supremo Tribunal Federal (Pet 3.388/RR) demonstrando a criação de novos parâmetros de interpretação e aplicação dos direitos das terras indígenas – denominados de teoria marco temporal de ocupação indígena ou teoria do fato indígena, e a tese do renitente esbulho.

A explanação e conceituação das teses demonstrará como a jurisprudência apresentada vai de encontro a Teoria do Indigenato e a todos os preceitos então perpassados na Constituição brasileira.

Gustin e Dias (2006) expõem que cabe ao cientista do Direito, um papel de reflexão sobre o objeto de suas investigações, no sentido de transformar e redefinir o papel do direito na sociedade. Eis aí a escolha da temática, ou seja, de demonstrar o impacto de uma decisão do Supremo Tribunal Federal na construção e efetivação de Direitos.

Por fim, serão demonstrados os efeitos do caso da Raposa Serra do Sol nos processos judiciais brasileiros e como a adoção de tais teses criadas por meio do Acórdão podem ser extremamente prejudiciais a um conjunto de direitos devidamente reconhecidos aos povos indígenas ao longo das décadas em um total retrocesso ao que se chama de Novo

Constitucionalismo Latino-Americano. A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa com ênfase na literatura posta.

2. O Novo Constitucionalismo latino-americano e o Estado Plurinacional

O sistema normativo que versa sobre direitos dos povos tradicionais e indígenas é um assunto marcado por muitas divergências e preconceitos étnicos. Os povos e comunidades tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos.

Originariamente, deve ser assegurado o direito a terra ao indígena, pois ela é essencial para proteger sua rica diversidade cultural e biológica dentro do seu território. Uma característica comum a todos os povos indígenas é o vínculo com suas terras ancestrais. Porém, foi somente com a contribuição de 1988 que o direito a terra foi plenamente consolidado no Brasil.

Há um grande desafio da inclusão dos povos tradicionais no discurso jurídico. Conforme Santos (2018), o conhecimento indígena está do outro lado da linha limítrofe do pensamento abissal. Ou seja, o lado do conhecimento tido como verdade pelo pensamento ocidental moderno, ocupado pela ciência, pela filosofia e pela teologia, é o lado visível, invisibilizando os demais conhecimentos que não se encaixam nos padrões dominantes.

A alternativa metodológica e hermenêutica, neste caso, é o estudo e a inclusão do denominado novo constitucionalismo Latino-Americano, pois no Brasil é o que a doutrina chama de Estado Plurinacional. Este novo constitucionalismo, por sua vez, como bem destaca Bello (2013, p. 81), decorre mais da atuação de movimentos sociais na América Latina do que de teorizações acabadas, como as desenvolvidas a partir de teorias do direito de professores das universidades, como as de Alexy ou de Dworkin. O nome também se deu na falta de um termo mais preciso, a despeito das crescentes reflexões e da produção teórica sobre esse movimento em curso. Esse conceito possui um marco filosófico muito importante: uma filosofia da libertação e uma epistemologia do sul, que nos permite compreender o direito e integrar minorias a partir da constitucionalização de direitos indígenas, políticas de presença e da previsão de instrumentos de democracia participativa nas estruturas poder.

Historicamente, foram importantes as transformações decorrentes dos movimentos sociais que culminaram na aprovação de novas Constituições do Brasil de 1988, da Colômbia

de 19917, Venezuela de 1999 (DALMAU e PASTOR, 2022), Equador de 2008 e a da Bolívia de 2009 (UPRIMNY, 2022).

Uma característica muito comum dessas constituições é a positivação de muitos conceitos decorrentes de visões de mundo (ou cosmologias) típicas das populações originárias, como os Aimarás. É salutar, nesse sentido, a inclusão de termos, como *suma qmanã*, *sumak Kawsay* ou *bien vivir* nas Constituições da Bolívia e do Equador. O “bem viver” desempenha uma função análoga a da dignidade humana (SOUSA, 2022) em constituições com características ocidentais, como a Brasileira de 1988.

Percebe-se, que esse movimento constitucional segundo Dalmau e Pastor (2022), representa as demandas de movimentos sociais de alguns países da América Latina, tendo como principal objetivo a ruptura com as políticas neoliberais de exploração e com o eurocentrismo de suas instituições e tradições jurídicas. É importante ressaltar que o novo constitucionalismo Latino-Americano não é uma corrente doutrinal concretizada, mas sim um processo em curso decorrente da ação de movimentos sociais em configuração, devido aos movimentos instáveis na América Latina.

Nesse sentido, é de se ressaltar a relação entre a perspectiva da epistemologia do Sul, proposta por Santos (2018), e as demandas do movimento constitucional aqui analisado. Tal perspectiva busca a construção de conhecimento do “Sul”, dos povos colonizados - visto que há uma preferência que perdura por séculos em relação aos modos de construção de conhecimento do “Norte”, da Europa, etc. A filosofia da libertação também pode ser analisada juntamente ao movimento constitucional do novo constitucionalismo latino-americano. Deve-se enfatizar o olhar ao “outro”, ao oprimido que se busca incluir, devolvendo-lhe a dignidade. Tal proposição busca trazer os povos originários a uma nova integração social, a uma inserção na sociedade atual - visto que tais povos foram marginalizados ao longo dos séculos, se perpetuando a marginalização até meados da década de 80, com o aumento das políticas neoliberais e, conseqüentemente, o aumento do problema da desigualdade social.

Em suma, os novos entendimentos e as propostas desse movimento constitucional, visa garantir uma maior integração social de tais grupos, como os povos originários, as crianças, as mulheres e idosos, por exemplo, outorgando a esses direitos a sua máxima efetividade. Para tal, é interessante observar os conceitos que são trazidos pelos próprios povos originários como o de “bien vivir” (viver bem) e “Pachamama” (Mãe Terra), numa tentativa de implementar as cosmovisões dos povos originários nas Constituições do Equador e da Bolívia, a fim de uma maior integração de tais grupos e buscando sempre políticas públicas harmônicas com a “Mãe Terra”.

Nesse sentido, percebe-se que há ainda uma necessidade de superar as desigualdades econômicas e sociais, no objetivo de amenizar e superar ao máximo as mazelas causadas pelas políticas neoliberais, das quais buscam uma ruptura, propondo novas formas de pensar.

3. Inclusão na política indigenista

A política indigenista no século XX é um processo de fundamental importância para o desenvolvimento e a manutenção de um estado democrático, sendo que a garantia a todos do acesso contínuo ao espaço comum da vida em sociedade precisa ser orientada por relações de acolhimento à diversidade humana de aceitação das diferenças individuais, de esforço coletivo na equiparação de oportunidades de desenvolvimento com qualidade em todas as dimensões da vida.

Junqueira (2011) destaca que desde o seu aparecimento, a espécie humana tem sido distribuída pela face da terra, ocupando os mais diversos ambientes terrestres de um lado ao outro do globo, na busca de respostas originais aos desafios que enfrenta. Desta forma multiplicaram-se os povos, do mesmo modo que as tradições criadas e desenvolvidas pra orientar os modos de agir, de pensar e comunicar. Em tese, é a partir destas experiências de cada povo, de cada sociedade que floresceram culturas próprias e a criatividade imprimiu rica diversidade aos estilos de vida da humanidade.

Em meados do século XVI, foram implementados no Brasil, alguns instrumentos legais que definiram e propuseram uma política indigenista, fundamentada na discussão sobre a legitimidade de seu direito à terra. Estes foram expressos em diferentes legislações portuguesas, envolvendo cartas régias, alvarás, regimentos e outros. Contudo, a existência de tais regulamentações à época, não significou, necessariamente, o direito indígena à terra. Ao contrário disso, os interesses portugueses perpassavam pela invasão desses territórios, ao passo que, os povos originários se configuravam então, como empecilho à tal projeto. Este pensamento se reproduz na atualidade, quando novos conflitos envolvendo povos indígenas são observados (SANTOS, 2018).

Observa-se que a legislação brasileira prevê a existência de três tipos de terras indígenas que são as terras tradicionalmente ocupadas por povos e comunidades indígenas, as quais são bens patrimoniais da União, definição dada pela própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 231, § 1.º, que as reconhece enquanto expressão dos usos, costumes e tradições indígenas.

Ressaltando-se que os direitos de posse e usufruto dos índios sobre tais terras e as riquezas naturais de seu solo, rios e lagos, são originários do citado artigo, isto é, decorrem da

própria ocupação tradicional indígena anterior à existência do Estado brasileiro, e não de sua aquisição nos termos da legislação civil ou da demarcação das mesmas – também denominada teoria do indigenato. Esta demarcação, no entanto, é dever constitucional atribuído à União Federal no artigos 231, caput e significa a explicitação dos limites territoriais expressos naqueles usos, costumes e tradições, e nunca a criação ou doação de terras para estes povos e comunidades.

O segundo são as terras reservadas de que trata a Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, criado o Estatuto do índio nos artigos 26 a 31, ainda em vigor. São as reservas, as colônias agrícolas e os territórios federais indígenas. Dentre estas, só se registra no momento a existência de reservas. Elas são criadas pela União e geralmente destinam-se aos casos em que determinados povos ou comunidades indígenas perderam irremediavelmente as suas terras de ocupação tradicional, a exemplo dos casos de submersão por reservatórios de usinas hidrelétricas.

O terceiro e último tipo são as terras dominiais, ou seja, aquelas cuja propriedade pertence às próprias comunidades ou indivíduos indígenas, que as adquiriram segundo as formas prescritas pela legislação civil, compra, doação, usucapião etc. Também não se confundem com as terras tradicionalmente ocupadas, nem podem incidir sobre estas. Sua previsão encontra-se no Estatuto do Índio, artigos 32 e 33.

A inclusão da política indigenista é um processo de fundamental importância ao desenvolvimento e a manutenção do Estado democrático de direito. Destacando que ao longo de toda a história do Brasil, das épocas coloniais mais distintas aos dias de hoje, os esforços de integração do índio constitui o objetivo essencial da política indigenista oficial.

Em todas as épocas, a integração do indígena foi promovida por meio de guerras e pacificação forçada, por dizimação, trabalho escravo, conversão religiosa e muitas outras técnicas que foram ou continuam a ser imaginadas ou sugeridas pelos grupos dominantes. Os povos indígenas continuam a ser objeto dos mesmos esforços integracionistas, os quais podem ser percebidos a insensibilidade do governo ao autorizar a construção de malhas rodoviárias na bacia amazônica, que dentre as várias consequências causadas à região atingiu diretamente as populações indígenas.

Assim, observa-se que esses avanços tanto no legislativo quanto em relação as políticas indigenistas foram de extrema importância para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas ou originários. Porém, até hoje esses povos continuam enfrentando diversas dificuldades em relação a efetivação de seus direitos.

Um bom exemplo é o que tange á autodeclaração, na qual sua identidade é muitas vezes questionada, seja em relação ao seu modo de vida (muito presente no discurso político n as Casas Legislativas), ao acesso a bens de consumo ou pelo não aldeamento. Isto implica na demarcação dos seus territórios, pois está ligada à autoidentificação, segundo as normas do direito brasileiro.

Em resumo, percebe-se que houve avanços muito significativos na política indigenista, mas o reconhecimento e a inclusão total de direitos de povos indígenas, ainda é dificultado por um discurso colonial que perdura por séculos no Brasil e que deve ser desconstruído por novas metodologias mais inclusivas como, por exemplo, o novo constitucionalismo Latino-Americano.

4. Da fixação da tese do marco temporal e renitente esbulho das terras indígenas e reflexos na teoria do indigenato constitucional

O julgamento do caso da Raposa Serra do Sol perante o Supremo Tribunal Federal (Pet 3.388/RR) estabeleceu a criação de um novo parâmetro de interpretação e aplicação dos direitos das terras indígenas – denominado de Teoria Marco Temporal de ocupação indígena ou Teoria do fato indígena, e a tese do Renitente Esbulho.

O objeto do então processo buscava a impugnação da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, a qual promoveu a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima. No entanto, acabou por ultrapassar seu objeto ao conceituar e dar dimensão normativa ao que seria considerado como terras indígenas. (Cunha; Barbosa, 2018)

Em que pese tal jurisprudência ser desprovida de efeito vinculante, ela acabou resultando na criação de uma série de condicionantes aos direitos dos povos indígenas, tornando-se um claro precedente com interpretação desconforme aos preceitos constitucionais.

É necessário perpassar a ementa e o dispositivo do acórdão embargado, especificamente no que tange à teoria em comento:

“AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA,

EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

(...)

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. **11.1. O marco temporal de ocupação.** A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. **11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação.** É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente **o caráter da perdurabilidade**, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. **A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol.** **11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.**

Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. **11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade.**

A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS ORIGINÁRIOS. **Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva.** Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de originários, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos,

estes, que a própria Constituição declarou como nulos e extintos (§ 6º do art. 231 da CF). (citação Jurisprudência da Raposa Serra do Sol)

Cunha e Barbosa (2018) enfatizam que o STF traz à baila dois conceitos nitidamente espoliadores dos direitos fundamentais dos índios: o marco temporal em 5 de outubro de 1988 e o renitente esbulho.

Assim, da decisão acima citada, vale a reflexão quanto às inovações constantes no item 11, denominado de “conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas”, com enfoque nos pontos: I - O marco temporal de ocupação; II - O marco da tradicionalidade da ocupação.

Conforme visto anteriormente, a política indigenista no decorrer dos anos passados sempre fez questão de reconhecer a primazia dos índios sobre a terra; inclusive a Carta Régia de 30 de julho de 1611, depois o Alvará de 1º de abril de 1680, inauguram o que se denomina de “Indigenato”- reconhecimento do direito da posse permanente das terras ocupadas pelos indígenas (Cunha; Barbosa, 2018).

No entanto, somente com a Constituição Federal de 1934 é que o direito dos povos indígenas passa a ter status constitucional, ao prever que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nela se acharem permanentemente localizados”.

Necessário se faz enfatizar que os povos indígenas, para o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) eram denominados como silvícolas, expressão destinada aos seres que habitam as florestas, mas não sendo classificados como humanos.

Nas palavras de Pegorari (2017) com sua promulgação em 1988, a nova Constituição da República reafirmou com maior expressividade jurídica os valores da Constituição de 1934, apresentando-os de forma mais sofisticada, especificamente por meio de seu artigo 231.

Assim, denota-se que a Constituição Federal “reconheceu “um direito então preexistente” não persistindo a propagação de ideias que impliquem em reconhecer direitos a partir da data de promulgação da Constituição, conforme se extrai do julgado citado.

Os mesmos Cunha e Barbosa (2018) vão além ao expor que o direito dos povos indígenas a terra teria natureza de direitos naturais, porque coexistente com o próprio ser das comunidades indígenas.

Esmiuçando-se as vertentes então contidas no conteúdo “positivo do ato de demarcação das terras indígenas”, presente do julgado da Raposa Serra do Sol ((Pet 3.388/RR), verifica-se que a fixação da promulgação da Constituição Federal como marco temporal de ocupação das terras indígenas mostra-se desarrazoada e absolutamente arbitrária; primeiro, por adotar um entendimento que não está expresso na Carta Constitucional; segundo, por ir além

ao reconhecer uma interpretação que vai de encontro a todos preceitos então esculpidos no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Silva (2016, p. 08),

Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, se ela nada diz a esse respeito nem explícita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o caput do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa.

De fato, verifica-se que a Constituição Federal deixa expressa a palavra “reconhecimento” aos direitos originários dos povos indígenas, ao prever:

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

§1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988)

Assim, percebe-se que a postura do Supremo Tribunal Federal em sede da Pet 3.388/RR sequer pode enquadrar-se em um dos papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias modernas. Isso porque, aqui não se fala em judicialização, tampouco em ativismo judicial, mas sim em total afronta a Carta Maior Constitucional.

Barroso (2022) entende por judicialização àquelas decisões que são relevantes do ponto de vista político, social ou moral. Já o ativismo seria atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido ou alcance.

Desta feita, a missão das supremas cortes e tribunais constitucionais é fazer valer a Constituição diante de ameaças oferecidas pelos outros poderes, e qualquer esboço de interpretação precisa estar amparado nos preceitos constitucionais.

Ora, há se convir que o juiz conhece o direito positivado pela autoridade e faz uma dedução ao caso concreto, como uma adequação da coisa ao intelecto, o que Streck (2017) chama de verdade correspondencial. Somente assim, é fundamental entender a relação do positivismo com dois paradigmas jurídico-filosóficos (clássico e moderno): põe-se o Direito (fato social); na sequência, a partir de um olhar externo, esse Direito é descrito/aplicado. Uma perfeita mixagem das metafísicas clássica e moderna. (STRECK, 2017).

Desta feita, ao se deparar com graves violações de Direitos Fundamentais ou, ainda, de opressão, a principal resposta em termos de justiça legal pode ser expressa por uma fórmula largamente utilizada hoje em dia: justiça constitucional.

Conforme já enfatizado anteriormente, em que pese a decisão não possuir efeito vinculante, a sistemática processual do ordenamento jurídico brasileiro passou a demonstrar uma perpetuidade da interpretação dada no caso da Raposa Serra do Sol. Nesse sentido, Pegorari (2017) cita o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, 2014, no caso Guyrároka, a fim de demonstrar a utilização da tese do marco temporal:

O Ministro Gilmar Mendes, após pedido de vista, trouxe um voto divergente tornando-se o novo relator do caso. Concluiu ele que os documentos (laudo da Funai) seriam suficientes para determinar que a comunidade indígena dos Guarani-Kaiowá não habitava a área declarada há mais de setenta anos (desde o final da década de 1940), assim entendeu necessário conjugar as referidas ressalvas institucionais do emblemático caso Raposa Serra do Sol, especialmente as pertinentes à averiguação da posse tradicional indígena na região, sugerindo assim que o preestabelecido marco temporal para configurar a posse, qual seja, a data da promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988), seria suficiente ao reconhecimento dos direitos às terras reivindicadas e não havia sido observado. Destacou que o título de propriedade com mais de 25 anos provava cabalmente que o recorrente era legítimo proprietário da terra. Por fim, destacou que o entendimento da Corte no caso Raposa Serra do Sol deve servir de “apoio moral e persuasivo” a todos os casos de demarcação de terras indígenas, a despeito de sua produção de efeitos interpartes. Seu voto foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Carmem Lucia (Pegorani, 2017, p. 09).

A segunda vertente encontrada no item “positivo do ato de demarcação das terras indígenas” inserto no julgado da Raposa Serra do Sol tratar-se-á do que foi reconhecido como “renitente esbulho”.

Vejamos o trecho que dispõe a respeito da tradicionalidade da terra na Pet 3.388/RR:

1.2 O marco da tradicionalidade da ocupação. **É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade**, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. **A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.**

Destaca-se que não é correta a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do instituto “renitente esbulho”, pois esses não são conflitos possessórios na forma caracterizada pelo Direito Civil; a ocupação indígena de suas terras não é mera posse, os índios ocupam com fundamento no indigenato que é uma tese considerada como direito originário dos povos indígenas sobre suas terras.

Ademais, requerer como requisito ao renitente esbulho a existência de controvérsia possessória judicializada também vai de encontro aos preceitos constitucionais. Isto por quê, à época, sequer os povos indígenas possuíam legitimidade processual – o que acabava por inviabilizar a defesa destes direitos pelos próprios titulares.

O caso do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462-MS é um dos precedentes que demonstra os reflexos da decisão no Processo da Raposa Serra do Sol:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.

3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

4. Agravo regimental a que se dá provimento.

(STF - Agravo Regimental - 803462, Relator : MIN. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 09/12/2014, Data de Publicação: 12/02/2015)

O que se extrai do julgado é que efetivamente passa-se a se entender o renitente esbulho como um instituto claramente de âmbito civil, ao adotar expressões como “efetivo conflito possessório” e/ou “controvérsia possessória judicializada”; em total afronta inclusive ao que preceitua o art. 231, §4º a 6º da Constituição Federal, vejamos:

Art. 231.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações

contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Assim, sequer tem legitimidade a posse de não-índios em terras indígenas, sendo de nenhum efeito qualquer conduta nesse sentido, conforme preceitua o §4º, art. 231 da Constituição Federal acima citado.

Nestes termos, observa-se que os julgados brasileiros, em especial da Corte Constitucional, após o processo da Raposa Serra do Sol, vêm pregando ideais que vão de encontro ao novo constitucionalismo pregando e adotando conceitos e interpretações que não estão previstas constitucionalmente, em uma verdadeira afronta a Constituição Federal em indubitável retrocesso no que tange aos direitos originários dos povos Indígenas sobre a terra.

5. Considerações finais

O processo e o desafio da inclusão dos povos tradicionais no discurso jurídico tendo o direito como garantia dos direitos fundamentais e a preservação da identidade cultural de povos tradicionais em seu processo de decolonização não deve ser confundido com a rejeição da criação humana; sabe-se que os povos tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, pensamentos, conceitos e teorias que lhe são próprias

Infere-se que, os movimentos de resistência dos povos indígenas são em defesa de seus territórios, pois a terra, segundo suas tradições, é um local sagrado, onde possuem ligação com seus ancestrais e seu estilo de vida. Mas, para além da necessidade de demarcação de terra, lutam pelo reconhecimento de sua identidade étnica e direitos à sua cidadania plena.

Um bom exemplo de como a legislação tem divergência com a forma como os povos indígenas reconhecem o seu direito a terra é no caso da Raposa da Serra do Sol. Este julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (Pet 3.388/RR) estabeleceu a criação de um novo parâmetro de interpretação e aplicação dos direitos das terras indígenas – denominado de teoria marco temporal de ocupação indígena ou teoria do fato indígena, e a tese do renitente esbulho, deixando a largo o neoconstitucionalismo Latino-Americano.

Conforme demonstrado no texto, nesse caso em específico, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do instituto “renitente esbulho” não foi a correta, pois não são conflitos possessórios na forma caracterizada pelo Direito Civil. A ocupação indígena de

suas terras não é mera posse, os índios ocupam com fundamento no Indigenato – tese que considera como direito originário dos povos indígenas sobre suas terras.

Essa forma errônea de se tratar as terras indígenas ficou tão emblemática que, por mais que a decisão não tenha efeito vinculante, a sistemática processual do ordenamento jurídico brasileiro passou a demonstrar uma perpetuidade da interpretação dada no caso da Raposa Serra do Sol, de modo que ainda continua consolidado esse entendimento sobre o caso. Isso mostra que o direito brasileiro ainda deve se reconhecer como um direito de um país plurinacional.

A realidade ocidental não é a mesma dos países latino-americanos, de modo que uma Constituição fundada em países europeus terá muita dificuldade de se encaixar nessa complexa realidade dos países do Sul.

A solução para emancipar os povos indígenas é o reconhecimento dessas diferenças e a propositura de novas interpretações legislativas em relação aos seus direitos fundamentais, de modo que sejam garantidos e efetivados em sua totalidade, sendo respeitadas a sua identidade e sua cultura.

Portanto, os direitos dos povos indígenas, no seu sentido mais amplo, representam um campo historicamente definindo pela colonialidade do poder, ou seja, por relações coloniais de poder.

A realidade dessas relações de poder e das desigualdades estruturais que elas geraram, colocou-se a questão das razões pelas quais, apesar dos avanços jurídicos e institucionais tangíveis que, favorecem aos indígenas do Brasil, se criou um abismo socioeconômico entre indígenas, e não indígenas, e permanece considerável rumo a dinâmica dessas relações, inscrita na cultura e na política brasileira que vive ainda hoje, neste aspecto, praticamente imutável.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Contra majoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em 22 de ago. 2022.

BELLO, Enzo. **A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos**. Caxias do Sul: Educs, 2013.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 22 de ago. 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 22 de ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 de ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de ago. 2022.

BRASIL. **Estatuto do Índio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm . Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Portaria 534/ 2005**. Disponível em http://www.pick-upau.org.br/mundo/raposa_serra_do_sol/raposa_serra_sol_portaria_20534.pdf. Acesso em 20 de ago. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição 3388 RORAIMA. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 22 de ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ag Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462-MS. 2ª Turma**. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJ de 18 de dez. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.29.087/DF. 2ª Turma**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 14 de out. de 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018.

DALMAU, Rúben Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** 2014. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmau. > . Acessado em 25 abr. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Del Rey: Belo Horizonte, 2006. <http://www.ceps.es/webantigua/investigacion/informes/ptalsxxi/1-julio2008.pdf> _Acesso em 20 de ago. 2022.

JUNQUEIRA, Aristides. **Culturas das transgressões: cenários do amanhã**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEGORARI, Bruno. **A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: Aracê - Direitos Humanos em Revista. São Paulo, v. 4, n. 5, p. 242-262, fev. 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/issue/view/5/showToc>. Acesso em: 15 de ago. 2022

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre marco temporal e renitente esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf. Acesso em: 18 de ago. 2022.

SOUSA, Adriano Corrêa. **O novo constitucionalismo latino-americano**: um estudo comparado entre o bem-viver e a dignidade da pessoa humana nas culturas jurídico-constitucionais da Bolívia e do Brasil. Disponível em:

http://www.ppgdc.uff.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=15 .

Acesso em: 20 ago. 2022

STRECK, Lênio Luiz. Verbete Positivismo. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.

UPRIMNY, Rodrigo. **Las transformaciones recientes em America Latina**: tendências e desafios. <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf> Acesso em: 20 ago. 2022