

**V CONGRESSO NACIONAL DA  
FEPODI**

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 – FEPODI**

**Presidente** - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

**1º vice-presidente:** Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

**2º vice-presidente:** Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

**Secretário Executivo:** Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

**Tesoureiro:** Sérgio Braga (PUCSP)

**Diretora de Comunicação:** Vivian Gregori (USP)

**1º Diretora de Políticas Institucionais:** Cyntia Farias (PUC-SP)

**Diretor de Relações Internacionais:** Valter Moura do Carmo (UFSC)

**Diretor de Instituições Particulares:** Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

**Diretor de Instituições Públicas:** Nevitton Souza (UFES)

**Diretor de Eventos Acadêmicos:** Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

**Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu:** Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

**Vice-Presidente Regional Sul:** Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

**Vice-Presidente Regional Sudeste:** Jackson Passos (PUCSP)

**Vice-Presidente Regional Norte:** Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

**Vice-Presidente Regional Nordeste:** Osvaldo Resende Neto (UFS)

#### **COLABORADORES:**

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

---

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



## V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

---

### **Apresentação**

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI



**DIREITO DE RESISTÊNCIA E A RETOMADA DE TERRAS PELOS INDÍGENAS,  
NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**EL DERECHO DE RESISTENCIA Y LA OCUPACIÓN DE TIERRAS POR LOS  
PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**André Luiz Carvalho Greff  
Antônio Hilário Aguilera Urquiza**

**Resumo**

Pretende-se neste artigo analisar se as invasões de terras, praticadas por indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul, constituem genuíno exercício do chamado direito de resistência, a partir da visão de John Rawls e de Roberto Gargarella. Busca-se apresentar uma reflexão a respeito dos motivos pelos quais o chamado direito de resistência, apesar de ter permanecido em desuso por décadas, parece estar novamente sendo colocado em prática no Brasil, bem como a sua natureza jurídica e se a legislação pátria já contempla mecanismos para descriminalizar certas condutas praticadas em resistência.

**Palavras-chave:** Resistência, Retomada, Terras, Indígenas, Descriminalização

**Abstract/Resumen/Résumé**

Se tiene la intención de este artículo para examinar si las invasiones de tierras, practicado por los indígenas en Mato Grosso do Sul, son verdadero ejercicio del llamado derecho a la revolución, en opinión de John Rawls y Roberto Gargarella. El objetivo es presentar una reflexión sobre las razones por las que el llamado derecho a la revolución, aunque se mantuvo en desuso desde hace décadas, parece ser, una vez más ser puesto en práctica en Brasil, así como su situación jurídica y la legislación brasileña ya incluye mecanismos para despenalizar ciertos actos cometidos en la resistencia.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Resistencia, Ocupación, Tierra, Indios, Despenalización

## Introdução

O direito de resistência, como se demonstrará neste artigo, deriva-se da própria ordem constitucional vigente no Brasil, sendo um, entre os seguintes institutos, também relacionados ao tema: 1. Direito à desobediência civil; 2. Direito à objeção de consciência; 3. Direito à greve; 4. Direito à revolução; e 5. Direito à autodeterminação dos povos.

Neste artigo, trata-se apenas do direito de resistência, que, segundo Norberto Bobbio (Apud, FARIAS, 2000, p. 2): “[...] consiste em forma de exercício de poder impeditivo, de oposição extralegal, exercido pelos cidadãos de um Estado, objetivando mudanças que almejem a realização dos direitos fundamentais”. Propõe-se uma tentativa de sondar se as retomadas de terras<sup>1</sup>, pelos povos indígenas, podem ser consideradas como direito de resistência e, se nesse caso, os ocupantes estariam amparados por alguma excludente penal.

Não é tarefa fácil distinguir direito de resistência, de desobediência civil, mas, segundo Morais (2010, p. 142), citando Machado Paupério:

[...] o direito de desobediência engloba o direito de resistência porque, na acepção, desobediência é gênero da qual a resistência à opressão é espécie. A mesma linha teórica é adotada por Maria Garcia, para quem a desobediência civil é gênero da espécie de resistência. ‘A desobediência civil pode-se conceituar como a forma particular de resistência [...], afirma a autora à f. 257 da obra ‘Desobediência civil, direito fundamental’.

De outro lado, Nelson Nery Costa considera a desobediência civil uma evolução teórica e prática do direito de resistência, sendo, por conseguinte, a desobediência civil uma espécie do direito de resistência, este, como gênero.

Sendo essa a visão adotada neste artigo, imagina-se a desobediência civil como o descumprimento de norma por parte de um pequeno grupo de indivíduos, ou até mesmo de um indivíduo, sem que estejam presentes os elementos da chamada objeção de consciência. Ao passo que o direito de resistência, seria o descumprimento de norma, ou ainda ações praticadas por um grupo maior de pessoas, manifestando seu inconformismo com o Estado e seus representantes.

---

<sup>1</sup> A imprensa e o senso comum insistem em tratar esse tema como sendo um ato de “invasão” de terras. Adota-se, no âmbito desse trabalho, o conceito êmico, com o argumento de que o esbulho histórico praticado contra os territórios tradicionais dos povos indígenas foi a verdadeira invasão. Na atualidade os indígenas estão apenas “retomando” seus territórios tradicionais.

Contudo, outros autores, como Aguiar (2013, p. 51) parecem confundir ambos os institutos. Também não se pode esquecer que quando se trata desse tema, é comum os autores mencionarem inclusive o chamado direito à revolução, como Bobbio (1992).

Roberto Gargarella (2007) é um jurista que escreve sobre o tema do direito de resistência na América Latina, investigando se há justificativas para certos atos contrários às determinações do Estado, isso em caso de carência extrema.

Neste artigo, analisa-se texto desse jurista, na tentativa de buscar justificativas para o direito de resistência não apenas em situações de carência extrema, mas também naqueles casos em que uma comunidade não foi ouvida ou foi deliberadamente prejudicada por um determinado governo, justificando-se a insurgência. Pois, atualmente vem-se praticando o direito de resistência não apenas em casos extremos, mas quando um povo, no caso deste artigo, povo indígena, se vê desassistido pelo Estado, em seus interesses mais básicos, como o de demarcação de seus territórios tradicionais, garantido na Constituição Federal de 2008 (artigo 231).

Partindo-se de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, em uma proposta dedutiva, busca-se investigar a pertinência e atualidade do direito de resistência, considerado um dos direitos fundamentais dos seres humanos, pelos iluministas e até mesmo na Idade Média, que perdeu força mais recentemente, por razões que se explica neste artigo, mas que continua sendo uma forma válida de repercutir insatisfações, de sanar injustiças, de alterar ordens vigentes.

## **1. Direito de resistência bem antes do contrato social**

Luis Recasén Siches (2003, p. 3 a 33) mostra, de forma evidente, que o direito de resistência contra um soberano injusto, foi cultivado paulatinamente durante largo período da Idade Média, muito antes da Revolução Francesa, muito antes que Rosseau desenvolvesse a sua teoria do contrato social.

Como bem doutrina Siches (2003), o chamado contrato social foi antecedido por uma rica profusão de ideias históricas, sendo que já no século XII, laborava-se na tese de que o poder do rei advinha de uma concessão popular:

Esta teoría, según la cual los reyes no poseen el poder público por derecho propio, sino por cesión de la comunidad, fue esgrimida ventajosamente por la Iglesia contra los príncipes, en la lucha por las investiduras; pues resulta que mientras que la potestad pontificia emana directa e inmediatamente de Dios, no acontece lo mismo con la de los monarcas, que la tienen sólo delegada, recibida del Pueblo, en tanto que

éste se la ha cedido voluntariamente por un acto de sumisión de carácter contractual (SICHES, 2003, p. 5).

Siches pontua (2003, p. 6), seguindo ideia de São Tomás de Aquino, que quando um rei descamba a praticar atos tirânicos, disso surgirão consequências e, mesmo não explicando exatamente quais seriam, exsurge de sua obra que, uma vez tendo o governado exorbitado de seu poder, a população recobriria o direito de destituí-lo.

Após citar, ainda, Guillermo de Occam, Juan Wiclif, Nicolás de Cusa e antes de mencionar as contribuições de Francisco de Vitória, tratando especificamente da teoria política da escolástica na Idade Média e as limitações do poder do rei, Siches (2003, p. 10), deixa claro que já no Século XIII foram reconhecidos os seguintes princípios:

a) soberania popular originaria; b) que sólo mediante un contrato político, expreso o tácito, puede transmitirse el ejercicio del poder público a otra persona; c) que cuando el contrato caduque la comunidade recobra plenamente su derecho de império; d) que el pueblo tiene el derecho de resistência pasiva y activa o rebelion contra el príncipe tirânico; e) que el Pueblo es sujeto de derecho y acción; f) que entre el príncipe y la comunidade popular se da una relación jurídica bilateral con derechos y deberes de ambas partes.

São informações valiosas, porque dão conta de que o direito de resistência não surgiu depois da Revolução Francesa, mas foi sendo desenvolvido desde o Século XIII, como uma reação natural a governos despóticos e tirânicos. Esse direito foi sendo pouco exercido no final do Século XX e início deste Século XXI, por várias razões que segundo Gargarella (2007) teriam a ver com a descentralização do poder, sendo que os insurgentes não mais teriam apenas uma pessoa, o rei, contra a qual se insurgir, mas contra diversos agentes estatais, que são detentores de poderes, face a uma determinada comunidade, bem como ao fato de que são atendidos em suas reivindicações, quase sempre após alguns protestos, não se justificando a resistência ao direito, propriamente. Hoje também é difícil encontrar uma pessoa só para culpar, quando ocorre a opressão, porque o poder foi distribuído, entre governo, juízes, parlamentares, patrões, polícia etc. Antigamente, concentrava-se nas mãos do rei.

Há, segundo Gargarella (2007), atualmente, também grande fragmentação social. As pessoas estão divididas em grupos, contribuindo essa situação para tornar a resistência menos factível. Hoje, uma situação de opressão atinge apenas a um grupo. Antigamente atingia a toda a população. Contudo o autor afirma não ter explorado todas as possibilidades, sobre se o que pareceu justificar a resistência outrora, não está ainda



presente em nossos dias, mas considera que inovações introduzidas no sistema democrático, parecem afastar qualquer proposta de resistência à autoridade.

A divisão de poder e o sistema de freios e contrapesos reduzem o risco de que o direito venha a se tornar opressivo. O sistema ainda possui ferramentas aptas a possibilitar a troca de governo, de forma mais ou menos pacífica e ordenada.

Há, ainda, a possibilidade de mudar toda uma constituição, quando, em regimes democráticos, pode-se inclusive substituir um sistema de governo por outro. Ou seja, por que usar a força para provocar mudanças, se se pode usar os votos? Tudo isso acaba tornando o direito de resistência cada vez mais raro de ser exercido nos dias atuais.

## **2. A visão de John Rawls a respeito do direito de resistência**

Parece oportuno citar a opinião de John Rawls, Professor da Universidade Harvard, a respeito da desobediência civil e, por consequência, do direito de resistência, uma vez que esse autor admite a possibilidade de existirem leis injustas. Ora, um governante, por melhor que seja, em determinado momento de seu governo poder estar na difícil situação de ter de escolher entre atender o que pede uma maioria, desguarnecendo interesses de uma minoria da população. Como bem expõe Paulo José Leite Farias (2000):

A justiça distributiva há de ser invocada nas decisões que envolvam conflitos de interesse; devem ter em mente que acarretam como consequência o favorecimento de alguns grupos em detrimento de outros.

Para RAWLS, uma teoria de justiça não pode deixar que as desvantagens de alguns, justifique as vantagens de outros. Assim, se pelo princípio do prevalecimento do voto da maioria, a minoria sempre for relegada a segundo plano, torna-se necessário a existência de mecanismos que garantam a efetiva participação dessa, na sociedade.

Tem-se, então, nesse texto uma das razões que justificam o chamado direito de resistência. Governos que sempre privilegiam uma maioria, em detrimento de uma minoria, cujos anseios são sempre relegados a um segundo plano, sem que haja nenhum mecanismo de compensação, que atenuar essa disparidade, torna uma parcela da população insatisfeita, podendo levar a atos conjuntos ou isolados, de desobediência civil.

Segundo Farias (2000), para Rawls, a teoria constitucional do direito de resistência, teria três partes:

[...] Inicialmente, define essa forma de dissidência e separa-a de outras formas de oposição à autoridade democrática. Estas variam, desde demonstrações legais e infrações objetivando testar o sistema jurídico, até a ação militante e a resistência organizadas. A teoria especifica o lugar da desobediência civil nesse espectro de possibilidades. A seguir, apresenta as razões para a desobediência civil e as condições necessárias para que a ação se justifique em regime mais ou menos democrático e justo. E, por fim, assinala que a teoria deve explicar o papel da desobediência dentro de um sistema constitucional e justificar a adequação deste modo de protesto dentro da sociedade livre.

A visão de Rawls parece ser a ideal, pois justifica o direito de resistência e o contempla como uma reação compreensível, dentro de um sistema legal que tem de agradar diferentes grupos sociais e diferentes interesses. Contudo, o que se nota é que os atos de resistência podem, e é o que normalmente ocorre, descambar para a prática de crimes, de violências. Então, as tais demonstrações legais vão muito além de simples infrações. Ou seja, a impressão que se tem, ao ler a visão de Rawls, é que esse jurista tenta organizar aquilo que nasceu justamente para se voltar contra uma organização, e uma organização que não está sendo justa, ao menos para o grupo insurgente.

### **3. A visão de Roberto Gargarella sobre direito de resistência**

Para Gargarella (2007), a pobreza viola os direitos humanos, justificando por parte daqueles que a experimentam, em situação extrema, que exerçam o direito de resistência. Isso devido ao fato de que para as pessoas que vivem em situação de extrema pobreza, o direito não serviu para libertá-las, tornando-as capazes de administrar suas próprias vidas. Pelo contrário, o direito passou a ser um instrumento de alienação.

É notável que na Idade Média, o chamado direito de resistência era muito mais intenso, mais invocado que na atualidade. Segundo Gargarella (2007), ganhando maior importância ainda, com as duas grandes revoluções do século XVIII: a norte-americana e a francesa, as quais primaram pelos seguintes e importantes princípios:

- Que todos os homens são criados iguais;
- Que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis;
- Que entre esses direitos, estão: o direito à vida, à liberdade, à busca da felicidade;
- Que os governos são estabelecidos entre os homens, com o objetivo de assegurar todos os direitos, e que seu direito de governar emana do consentimento dos governados;

- Que quando um governo se afasta desses fins, o povo tem o direito de abolir o governo ou alterá-lo, reencaminhando esses poderes, de forma que sejam o mais próximo da segurança e felicidade do povo.

E, ainda parafraseando Gargarella (2007, p. 7), essas revoluções suscitaram a elaboração de textos constitucionais que contemplaram o chamado direito de resistência, como a Constituição do México, de 1813, aprovada em 1814, por um grupo de revolucionários, entre eles José María Morelos, que em seu artigo 4, dispôs: o direito inegável e popular, de estabelecer, alterar, modificar ou abolir totalmente o governo, quando julgar necessário para sua felicidade.

O chamado direito de resistência, cedeu lugar à desobediência civil e à objeção de consciência. A desobediência, nas palavras de Hugo Bedau, citado por Gargarella (2007, p. 15), ocorre se e somente se uma pessoa realiza uma ação ilegal, pública, não violenta e com a intenção consciente de frustrar leis ou uma delas, políticas ou decisões do governo. Mas, mesmo nesses casos, segundo o autor, os desobedientes agem aceitando os méritos da ordem legal aceitam, a princípio, a validade da mesma e se sujeitam à punibilidade pelo descumprimento.

Essa situação ocorre com grupos específicos dentro de uma comunidade maior. Antigamente ocorria com toda uma comunidade. E nesses casos, as ferramentas da desobediência civil e da objeção de consciência, não parecem oferecer mecanismos para o enfrentamento dessa situação, muito mais grave que a enfrentada pelos desobedientes civis ou objetores de consciência. Citando John Rawls, Gargarella (2007, p. 15) lembra que esses indivíduos têm como justificadas suas reações mais profundas à ordem legal.

Os oprimidos teriam inclusive o direito de desafiar certas proibições legais, quando tais desafios podem por fim, razoavelmente, à sua situação de sofrimento extremo. Por exemplo, cita o autor (GARGARELLA, 2007, p. 21), o caso do MST do Brasil e o direito de ocupar terras vazias, ou de usar propriedades em desuso, para a subsistência de suas famílias.

Gargarella (2007, p. 19) encontra justificativa para o chamado direito de resistência, em casos extremos, como o da fome, do total desamparo e alienação de direitos, por parte de um número considerável de pessoas. Nestes casos, em concreto, é difícil mensurar, e estabelecer parâmetros para isso. O que é fome, desnutrição, desamparo, qual o limite aceitável? Neste artigo, ousa-se ir além, tentando-se enquadrar também como exercício do direito de resistência, outras situações, como a retomada de terras pelos povos indígenas, na situação atual de confinamento, sobretudo dos Guarani

no sul de Mato Grosso do Sul.

#### **4 – Retomadas de terras por povos indígenas e direito de resistência**

Para além do que sustenta Gargarella (2007), defende-se que o direito de resistência pode e deve ser exercido também em situações não extremas. Isso porque com a forma republicana de governo, ao contrário do que augurou Thomas Jefferson, o povo foi se tornando cada vez mais e mais distante das soluções governamentais. Mudanças significativas na ordem do trabalho, nos serviços básicos de saúde, educação, são idealizadas e postas em prática pelos governos, sem ouvir o povo, trazendo diversos reflexos à vida cotidiana.

O Poder Judiciário, quando invocado, tarda em oferecer uma prestação jurisdicional efetiva, que de fato coloque fim ao conflito, citando-se, a exemplo, a situação dos povos indígenas e a sua luta incansável por retomar suas terras.

É bastante conhecido o drama dos povos indígenas de Mato Grosso do Sul, confinados em pequenas parcelas de seus antigos territórios tradicionais. Não bastassem as dificuldades para viverem com dignidade, produzindo seus alimentos e reproduzindo sua cultura, enfrentam batalhas judiciais para retomar suas terras. O processo de demarcação é regulado pelo Decreto n. 1.775/96, sendo que a Constituição Federal brasileira reconhece, em seu artigo 231, direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam:

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

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

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, para reconhecer o direito dos indígenas sobre o território tradicional. Por outro lado, o mesmo STF exigiu até 2012 que os indígenas estivessem na posse dos seus territórios no dia da promulgação da Constituição Federal, ou seja, 05 de outubro de 1988, desconsiderando totalmente os casos de espoliação, usurpação e violência dos colonos no esbulho de suas terras. Trata-se do critério do marco temporal, usado na PET 3388, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, mas retomada pelo Ministro Ayres Brito, relator do processo, em 2012, quando o

mesmo disse não constitui-se em jurisprudência, mas referir-se tão somente ao caso supracitado da Raposa Serra do Sol.

Como bem explica Eloy Amado (2011), esse critério é injusto, na medida em que muitos povos indígenas foram expulsos de suas terras, por ocasião, ou antes da promulgação da Constituição e, sendo o direito originário, não poderia haver o chamado marco temporal, criação anódina da Suprema Corte brasileira.

Tal tese foi recentemente atenuada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que entendeu como suficiente que os indígenas estivessem “lutando por um determinado território”, à época da promulgação, além, claro, de perícia antropológica que demonstre ser terra indígena, para que fossem reconhecidos seus direitos. Contudo, novamente ignorou o órgão julgador, que naquele período, os povos indígenas ainda viviam tutelados pelo Estado brasileiro, ou seja, como poderiam estar lutando por terras, se nem tinham a autonomia e o direito de administrar as próprias vidas?

O que é difícil para os povos indígenas compreenderem são as situações como a de Arroio Korá, terra indígena reivindicada pelo Povo Guarani-Kaiowá. Nesse caso, especificamente, mesmo já homologada como terra indígena, uma liminar foi concedida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança de número 28567, suspendendo os efeitos do decreto de homologação, face aos imóveis da Fazenda São Judas Tadeu, Fazenda Porto Domingos, Fazenda Potreiro-Corá, bem como Mandados de Segurança de números 28541 e 28555, que também suspenderam os efeitos de Decreto presidencial de homologação, de 21 de dezembro de 2009, em relação à Fazenda Itaporã e Fazenda Polgar.

E simplesmente os Mandados de Segurança não são julgados em definitivo, porque um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não os devolve para serem apreciados pelo plenário daquele órgão julgador.

É de se imaginar que um povo, o qual teve seu direito sobre uma terra, reconhecido e comprovado por meio de perícia antropológica, depois teve declarado esse direito e por fim, homologado pela Presidência da República, quando, por meio da impetração de Mandados de Segurança, veem suspensos seus direitos, busquem a via da desobediência civil, ou do direito de resistência, como estratégia de reivindicação de seus direitos.

Isso porque se o Estado brasileiro, por meio de seu máximo representante, no caso, a Presidência da República, reconhece como válido um direito cuja materialização foi a culminância de uma série de etapas rigorosamente comprobatória de sua existência,

não poderiam integrantes de outro poder estatal, por meio de análise de um instrumento de Mandado de Segurança, e análise perfunctória, suspender o pleno exercício desses direitos. Entendemos assim, que em circunstâncias como essas, está plenamente justificado o direito de resistência.

No sul do estado de Mato Grosso do Sul, são muitas famílias indígenas vivendo em um espaço muito pequeno de terra. É de se imaginar que quando esses povos se revoltam, haverão de praticar, como de fato praticam, atos claros de desobediência civil, no exercício do direito de resistência. Dentre os atos que são praticados pelos indígenas que vivem nessa região, há os de bloquear rodovia, retomada de territórios, dentre outros. Nesses casos, há a evidência de que agem no exercício do direito de resistência, cabendo indagar se cometem crimes, ou se estarão amparados por alguma excludente de direito penal.

## **5. Direito de resistência e excludente de culpabilidade**

Tratando o chamado direito de resistência, como já exposto, de direito constitucional, inclusive que guarda relação com o princípio da autodeterminação dos povos, previsto no artigo 4, inciso III, da Constituição Federal brasileira, situando-se, ainda nos princípios da dignidade da pessoa humana e no pluralismo jurídico (cf. AGUIAR, 2013, pág. 50), é de se defender a tese de que povos indígenas que retomam terras demarcadas e já homologadas pela Presidência da República, não cometem crime previsto no artigo 161, inciso II, do Código Penal brasileiro, o chamado esbulho possessório, por estarem acobertados por excludente de culpabilidade.

A doutrina penal pátria contempla as seguintes modalidades de excludentes:

- 1 – Excludentes de ilicitude (artigos 23, 24, 25 do Código Penal, entre outras);
- 2 – Excludentes de punibilidade ou causas especiais de isenção de pena (a exemplo, o artigo 181, do Código Penal);
- 3 – Excludentes de culpabilidade (artigo 21, 27, 28, do Código Penal, entre outras).

Roberta Werlang Coelho (2007) sustentou a tese de que o direito de resistência e a desobediência civil seriam causas supralegais de exclusão da infração penal, isso a favor dos presos, que também se encontram, no Brasil, em situações verdadeiramente lastimáveis, em situação de absoluta degradação.

Neste artigo, ousa-se defender tese diferente, no sentido de que se trata de situação ajustável nas chamadas dirimentes penais, ou causas excludentes da

culpabilidade.

A doutrina penal pátria aponta como modalidades de excludentes de culpabilidade, o chamado erro de proibição (artigo 21, do Código Penal), coação moral irresistível (artigo 22, mesmo códex), inimputabilidade por doença mental (artigo 26), menoridade (artigo 27), embriaguez (artigo 28, inciso II, parágrafo 1º.) e, atualmente, na Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, artigo 13, parágrafo único, crimes cometidos por agente infiltrado em organização criminosa.

São elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, havendo atualmente quase que uma unanimidade doutrinária no sentido de que a culpabilidade é elemento do crime e não mero pressuposto da pena (cf. RODRIGUES, 2004, pág.19).

Os indígenas que retomam terras no Estado do Mato Grosso do Sul, sobretudo quando essas terras já foram apontadas como terras indígenas, por meio de laudos antropológicos e perícias, ainda mais quando tais terras já foram demarcadas e homologadas, ainda que todo o procedimento tenha sido suspenso por liminar concedida nos estreitos limites de análise de um Mandado de Segurança, além de agirem na crença de estar resguardando um direito, agem sob amparo do instituto do direito de resistência e atuam acobertados pela excludente de culpabilidade prevista no artigo 21 do Código Penal pátrio.

Não se trata de um simples erro de proibição, ou antigamente denominado erro sobre direito, porque na expectativa do reconhecimento do direito, já homologado inclusive pela Presidência da República, não há falar em erro, mas sim na compreensão de que o próprio Estado reconheceu um direito que, devido à burocracia legal, tarda em cumprir e tornar efetivo. Trata-se de inexigibilidade de conduta diversa, ainda mais quando um número considerável de pessoas é obrigado a viver em um pequeno espaço de terra, sem que as autoridades deem uma solução para o problema.

Da mesma forma compreende Dotti (2014, p 76), que também doutrina sobre a situação do indígena que erra sobre a ilicitude do fato, sustentando que essa situação seja resolvida na adoção da dirimente penal, causa de exclusão de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa.

Importante lembrar que a Professora Janaina Conceição Pachcoal, em artigo publicado na mesma obra supra (2014, p. 86), também concorda com a opinião de Dotti.

Conclui-se que naqueles casos em que os povos indígenas situados espaços exíguos, veem-se desassistidos dos direitos básicos, como saneamento, alimentação,

segurança etc., para eles está plenamente justificado o direito de resistência por meio de atos de contestação, como a realização de bloqueios e piquetes, e retomadas de território.

Tais comportamentos não podem ser considerados crimes, porque cometidos em situação de alienação legal, de omissão estatal, de descaso por parte do governo. E no caso dos povos indígenas, é importante lembrar que os mesmos agem inclusive na guarida de um direito ainda maior, o chamado direito de autodeterminação dos povos.

### **Considerações finais**

O direito de resistência foi muito exercitado nos séculos que antecederam os séculos XX e XXI. Isso porque os reis, chamados de soberanos, após alçados ao poder, distanciavam-se de seus súditos. E porque condensavam em si mesmos todo o poder e não havia outra forma de destitui-los, que não fosse por meio da revolução.

Atualmente a descentralização de poder, bem como a existência de mecanismos legais para a cassação do governante injusto, e, principalmente, que age ilegalmente, tornou o uso do chamado direito de resistência limitado à chamada desobediência civil.

Contudo, ainda há casos isolados em que o chamado exercício do direito de resistência parece plenamente justificável. E neste artigo aponta-se como um desses casos, a situação em que vivem os povos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul e todo o complexo, também protelatório, processo de reconhecimento de seus direitos originários, sobre as terras que reivindicam.

O direito à terra, para os povos indígenas, não é a mesma coisa que para os homens brancos, ditos “homens da cidade”. Para os povos indígenas, como por exemplo, os povos Guarani-Kaiowá, sua terra é seu *Tekohá*.<sup>2</sup> Ou seja, para os povos indígenas, a luta pelo direito à terra é a luta pelo próprio direito de existir, de ser indígena. Pelo que o exercício do chamado direito de resistência, por esses povos, seria exercer os direitos humanos em sua plenitude, não podendo ser crimes os atos de insurgência, desde que não violentos, que venham a praticar na defesa desse direito, quando da retomada de seus territórios.

O direito de resistência não está morto, está apenas adormecido. E, ainda que não previsto explicitamente nas leis brasileiras, pode ser extraído dos artigos 4º., inciso

---

<sup>2</sup> Tekoha é a maneira como as comunidades Kaiowa se referem, em guarani, ao espaço ocupado por uma determinada comunidade. Etimologicamente a palavra é composta pela fusão teko + há. Maneira de ser em um determinado território.



III, 5º., inciso VIII c/c 143 e parágrafo 1º., bem como 9º., todos da Constituição Federal brasileira. E é um dos bastiões que amparam a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, fundamentos intrínsecos do chamado Estado Democrático, conquista imperecível das gerações passadas e norteadora às gerações futuras.

### Referências Bibliográficas

AGUIAR, Antonio Carlos. Direito de resistência e desobediência civil conceituação e desdobramentos na era da ética hacker e da atuação dos black blocks. **Revista Prática Jurídica**. Ano XII, n. 141, dezembro de 2013.

BEDAU, H. **On civil disobedience**. Journal of Philosophy, vol. 58, 1961.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

COELHO, Roberta Werlang. **Direito de resistência e desobediência civil: causas supraleais de exclusão da infração penal**. Artigo disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_2/Roberta\\_Werlang.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Roberta_Werlang.pdf). Acesso em 31.10.2016.

DOTTI, Rene Ariel. A situação jurídico-penal do indígena – hipóteses de responsabilidade e de exclusão. In. VILLARES, Luiz Fernando (Org.). **Direito penal e povos indígenas**. 3ª. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 49-79.

ELOY AMADO, L. H. **O Supremo Tribunal Federal como “construtor” da Constituição Federal: análise das condicionantes impostas para demarcação de terras indígenas**. Monografia. Curso de Direito. Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Campo Grande. 2011.

FARIAS, Paulo José Leite; FARIAS, Paulo José Leite. **Direito de Resistência: Uma Ação Social Organizada para Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 28 de nov. de 2000. Artigo disponível em: < [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/704/direito\\_de\\_r](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/704/direito_de_r) >. Acesso em: 11 de nov. de 2016.

GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. Astrolabio. **Revista internacional de filosofia**, ano 2007, n. 4, pág. 1- 28.FFE

JEFFERSON, T. **Political writings**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

LOCKE, J. **Two treatises of Government**, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

PASCHOAL, Janaina Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. In. VILLARES, Luiz Fernando (Org.). **Direito penal e povos indígenas**. 3ª. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 81-91.

RAWLS, John. **Teoria da Justiça, uma**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.