

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

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

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

**O STF E O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DOS INDÍGENAS: REFLEXÕES
SOBRE A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UM DIREITO
OBJETIVAMENTE JUSTO**

**STF AND CONSTITUTIONAL INDIGENOUS STATUTE: REFLECTIONS ABOUT
THE CONSTRUCTION OF THE CASE LAW OF AN OBJECTIVELY EQUAL
RIGHT**

Maren Guimarães Taborda ¹
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger ²

Resumo

Trata o presente artigo da compreensão dos valores que inspiraram as normas constitucionais sobre o estatuto dos indígenas (e que por elas foram constituídos), conectando-os com as matrizes culturais do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a esclarecer os seus vários condicionamentos ideológicos, afirmando-se que é possível um direito objetivamente justo em seu conteúdo, já que este jamais poderá abstrair-se das possibilidades históricas, concretas, condicionadas e mutáveis da cooperação humana. O problema reside na questão de saber se a decisão do Pleno do STF na Petição 3388/RR (Raposa do Sol) concretiza ou não um direito que se quer objetivamente justo no caso particular. O método de abordagem foi o indutivo (do caso para as teses) e o procedimento utilizado foi interpretativo-comparativo, pois destaca as circunstâncias hermeneuticamente relevantes das decisões (exame de pertinência e exame de valoração), e faz a comparação da posição de juristas e historiadores sobre os temas tratados. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

Palavras-chave: Estatuto indígena, Conflitos distributivos, Interpretação constitucional, Direitos naturais, Justiça objetiva

Abstract/Resumen/Résumé

This article is about values understanding that inspired constitutional norms of indigenous population statute, connecting these statutes with cultural matrices of Brazilian juridical order, aiming to clarify the various ideological conditions, affirming it is possible a law objectively equal in its content, since it cannot never distract itself from the historical, concrete, conditioned and mutable possibilities of human cooperation. The problem resides in the question of whether the STF Plenary decision in the 3388 / RR (“Fox of the Sun”) petition materializes or not a right we want to be equal in a particular case. The approach

¹ Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2006). Professora Titular da Faculdade de Direito da FMP-RS.

² Pós-doutora em Direito pela UFSC. Doutora em Direito pela UFPR. Professora da FURG-RS e FMP-RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis.

method is the inductive one (referred to the thesis), and the procedure was interpretive-comparative, then it emphasizes relevant hermeneutical circumstances of the decisions (pertinence and valuation exam) and compares jurists and historians position about the subjects. The conclusions were emphasized throughout the text and are built at the end.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous statute, Distributional conflicts, Constitutional interpretation, Natural rights, Objective justice

“(...) Incendiados os forais do Paraíso
aos hirtos ecos de sinos,
estilhaço de catedrais
nas fossas de rangentes redes
das índias vararam-se as vergonhas
ad perpetuam rei memoriam
de Castela e Portugal (...)”
(Wilmar Taborda, *Missões*)

Introdução

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal do Brasil julgou caso paradigmático sobre as demandas por reconhecimento¹ das populações indígenas, o caso *Raposa do Sol – Petição 3.388 Roraima* -, em cuja decisão restaram assentados os critérios básicos de interpretação constitucional nas causas que digam respeito ao estatuto jurídico dos indígenas, principalmente em questões relativas à demarcação de suas terras e aos fundamentos institucionais ditados “pela superlativa importância histórico-cultural da causa”.² A decisão é relevante por que permite verificar como (por quais meios epistemológicos) foi possível pensar, sistematizar, concretizar e transformar em “direito” tais demandas dos índios, bem como pelo fato de ter superado o paradigma assimilacionista (integração dos índios a cultura não-índia)³ e o da integração⁴ (o índio é um ser incapaz, que deve ser integrado à sociedade nacional), esclarecendo as bases do paradigma da interação (a organização social, os costumes, a língua, as tradições, as crenças, bem como os direitos originários sobre as terras devem ser reconhecidos aos indígenas e defendidos pelas instituições), delineados na Constituição de 1988.⁵

A decisão do STF pode ser entendida no marco de uma filosofia social, como a advogada por Stammler,⁶ segundo a qual é possível postular a descoberta de uma lei de alcance geral, que pode nos levar a observações relevantes e explicativas de uma série de fenômenos atuais e, com tal ferramenta, contribuir para a construção de uma teoria do conhecimento jurídico própria, que possa incidir sobre a realidade (aspiração de toda a teoria do direito) como veículo de transformação de instituições jurídicas, políticas e sociais. O que essa tese tem a contribuir para o conhecimento jusfilosófico produzido a partir do contexto latino? À primeira vista, pode parecer nada (ou muito pouco). No entanto, um olhar mais atento perceberá que tal tese, ao superar o dualismo jusnaturalismo/juspositivismo, e afirmar um “direito natural”, de conteúdo variável e

¹HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

² Palavras do Relator, Min. Ayres Britto, constante da Ementa. Acórdão na íntegra, in: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PET+3388%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya24pn34>, acessado em 29 abril 2018.

³ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. **Desafios coloniais e interculturais**: o conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado. Revista Contribuciones a Las ciencias sociales. Universidad de Málaga, Espanha, 2013. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccs/24/colonialidade.html>. Acesso em 29 de abril de 2018.

⁴ BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p.34.

⁵ Vinte e seis decisões posteriores fazem menção expressa ao Acórdão em suas razões de decidir.

⁶ STAMMLER, Rudolf. **Economia Y Derecho según La Concepción Materialista de la Historia**. Madrid: Editorial Reus, 1929. Filósofo de orientação kantiana, Stammler, em 1897, com fundamento no materialismo histórico, faz, pela primeira vez, um uso não político da doutrina materialista da história e da sociedade. Primeiro opositor do positivismo, Stammler pode ser considerado como verdadeiro criador da filosofia do direito no seu sentido atual, por que, em seu trabalho, realizou, de certa forma, uma síntese entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Ver, também, PANIÁGUA, José Maria Rodríguez. **História del Pensamiento Jurídico**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 455

empiricamente determinado, torna possível construir um novo paradigma de interpretação constitucional no que diz respeito à “questão indígena”.

Considerando, pois, ser tarefa da *Filosofia do Direito*,⁷ adotada ou aquela direção, noções ou terminologia, estudar o Direito do ponto de vista material, este ensaio procura compreender os valores que inspiraram as normas constitucionais sobre o estatuto dos indígenas (e que por elas foram constituídos),⁸ afirmando-se que é possível um direito objetivamente justo em seu conteúdo, já que este jamais poderá abstrair-se em absoluto das possibilidades históricas, concretas e condicionadas e mutáveis da cooperação humana. O problema formulado, então, reside na questão de saber se a decisão *Raposa do Sol* concretiza um direito que se quer objetivamente justo no que concerne ao estatuto constitucional dos povos indígenas, situando este trabalho, portanto, no campo da *Teoria do Direito*, já que discute razões, direito e racionalidade. Para alcançar o objetivo, o caminho (método) de abordagem foi o indutivo, pois, primeiro, relata-se o caso e situa-se a luta histórica por reconhecimento dos povos indígenas no Brasil (1), para só então, interpretar as decisões do STF como um marco na construção de um direito justo de base empírica e, portanto, historicamente condicionado (2).

O procedimento utilizado foi interpretativo-comparativo, pois destaca as circunstâncias hermeneuticamente relevantes das decisões (*exame de pertinência*, que indica, dentre os fatos ocorrido, o pertinente, e *exame de valoração*, que decide, entre vários pontos de vista, quais são adequados para interpretar os fatos em exame) e faz a comparação da posição de juristas e historiadores sobre os temas tratados. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

1. O caso *Raposa do Sol*: fundamentos para concretização do estatuto constitucional dos povos indígenas

Em 2005, foi ajuizada ação popular contra a União, que teve por objeto impugnar o modelo contínuo de demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, situada no Estado de Roraima. Foi pedida a suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15.04.2005, este do Presidente da República. No mérito, o que se pediu foi a declaração de nulidade da mesma portaria.

A decisão acabou por fixar as bases constitucionais de interpretação para resolver controvérsias envolvendo a “causa indígena”, confirmadas em decisões posteriores, como a do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.212/DF, de 03/05/2011, segundo a qual “não há o que se falar em ocorrência de decadência do processo administrativo de demarcação de terras indígenas” por que os prazos constantes do Estatuto do Índio e do ADCT são “não peremptórios”, ou a do Recurso Ordinário em MS 29.542/DF, de 30/09/2014, julgado pela 2ª. Turma, que referiu ter a decisão da Petição 3.388/RR “vedado a ampliação de terras indígenas já demarcadas”, ou a exarada pelo Plenário, em 31/05/2017, nos Embargos Declaratórios na suspensão de Liminar 933/Pará, que permitiu a continuidade de atividades de mineração em terras indígenas pela Companhia Vale do Rio Doce S/A, desde que fossem adotadas “medidas compensatórias” para as comunidades indígenas.

⁷Neste tópico, a referência é BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1984. Ver, também: TABORDA, Maren. Das razões pelas quais a "Filosofia do Direito" é saber próprio dos juristas. *Direito & justiça*, Porto Alegre, v. 28, n. XXV, p. 155-175, 2003.

⁸ Ver, no particular, VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1957, p. 26.

A história contínua de violência⁹, exclusão, subalternização e discriminação vivida pelos povos autóctones¹⁰ da América, que possuem culturas e costumes absolutamente distintos daqueles vivenciados pelos europeus no século XVI, perpassa os discursos e argumentos consubstanciados nas decisões. Com efeito, a História ensina que, adotado pelo colonizador o lema “sem lei, sem rei, sem fé”,¹¹ os estrangeiros quiseram catequizar os índios para posteriormente os tornar um povo de trabalhadores, conforme os padrões europeus. Instaurou-se, a partir de então, um processo de colonização forçada que as comunidades indígenas tiveram que enfrentar. O processo de colonização e subalternização, bem como guerras punitivas foram conduzidas pelas autoridades coloniais, bem como a tentativa de escravidão dos indígenas, as epidemias e silenciamentos. O Europeu, ao impor o genocídio aos indígenas, perpetuando a lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados, etc.), acabou por dizimar o sistema de cultura desses povos (conjunto de crenças e tradições), tudo em nome do universalismo. O silenciamento dos indígenas é resultado desse processo.¹² Daí, a afirmação de Souza Filho, de que ocorreu no Brasil “um inigualável aniquilamento físico da população indígena, cuja quantificação é quase impossível, [...] o que resta de cada povo é somente um exemplo de tenacidade com que as culturas resistem à opressão e a assimilação compulsória.”¹³ Essa assimilação compulsória estava imbricada no conteúdo das legislações que tratavam sobre o assunto na época, ou seja, as mesmas oscilavam pelo reconhecimento ao direito dos povos indígenas de manterem-se culturalmente diferenciados, bem como ao mesmo tempo possibilitavam os aldeamentos.¹⁴ Tal legislação contraditória oscilou entre o reconhecimento categórico da liberdade dos índios, diversas vezes reiterado, e a exigência cada vez maior de mão de obra escrava.¹⁵ As ditas “guerras justas”¹⁶ e o resgate de “índios de corda” legitimavam a captura e venda de escravos indígenas. Para catequizar os índios, os não índios

⁹TABORDA, Maren. Afirmação da soberania e da autonomia dos monarcas portugueses frente ao direito canônico: legislação real, prática do morgadio e da mestiçagem como estratégia ocupação e povoamento. In: ALMEIDA, Cybele; FELONIUK, Wagner; FLORES, Alfredo; LUBICH, Gerhardt; VARGAS, Anderson (Orgs.) **Violência e Poder: reflexões brasileiras e alemãs sobre o medievo e a contemporaneidade**. 1ª. Ed. Porto Alegre: DM Editora, 2017, v.1, p. 181-208.

¹⁰ Povos autóctones segundo Rouland “são aqueles instalados em um território há tempos imemoriáveis ou (a alternativa é importante) considerados como tais” ROULAND, Norbert (Org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 458.

¹¹DEL PRIORE, Mary. Sem fé, sem lei, sem rei e Religiosidades na colônia. In: DEL PRIORE, Mary; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

¹²Para Mignolo, foi a “retórica da modernidade e suas ideias pretensamente universais (cristianismo, modernidade, Estado, democracia, mercado etc.)” que permitiram a perpetuação de tal silenciamento. In: MIGNOLO, Walter. **Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política**. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

¹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, Andre. (Org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.38.

¹⁴ Sobre os aldeamentos, aldeias de repartição e *encomiendas*, na América, ver: FREIRE, José Ribamar; MALHEIROS, Márcia Fernanda. **Os aldeamentos indígenas no Rio de Janeiro**. Disponível em: www.educacaopublica.gov.br, acessado em 12 de abril, 2018; CAPDEQUÍ, José Maria Ots. **Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propriamente Indiano**. Tomo I. Buenos Aires: Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943, pp. 88-89.

¹⁵ CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p.28.

¹⁶Sobre o conceito de “guerra justa” e “guerra santa”, ver: FITZ, Francisco García. **La Edad Media. Guerra e ideología. Justificaciones religiosas y jurídicas**. Madrid: Sílex, 2003, pp. 23 et seq.

(colonizadores) aprenderam a língua indígena e posteriormente a língua principal que se falava no Brasil, a qual era chamada de língua-geral.¹⁷

Para Albuquerque, “as reduções jesuíticas não deixaram de ser um outro mecanismo de dominação aos grupos étnicos, do século XVII ao XVIII, principalmente focalizada na região sul do Brasil”,¹⁸ palco de uma disputa pelo mundo que iniciou no século XV. A divisão do globo pelo Tratado de Tordesilhas, fruto da competição entre os monarcas da “primeira aldeia global” (Portugal)¹⁹ e da Espanha, e considerada a “maior jogada diplomática da História”²⁰ levou a um conflito que perdurou por séculos²¹, que só foi resolvido após “muitas lutas, muitas guerras, muitas negociações e muitos tratados”,²² e que acabou por destruir não só as populações indígenas nessa parte do território, como suas culturas e histórias próprias. O que o colonizador desprezou foi justamente o *ethos* principal de tais culturas: a convivência harmoniosa com a natureza. Por isso, Colaço aponta a ocupação europeia como um “choque demográfico cultural”: demográfico; em razão da guerra de conquista que dizimou a população indígena pelos germes²³; cultural, em razão da “incompreensão, do desrespeito e da destruição de sua cultura pela imposição da cultura ocidental”.²⁴ Foram inúteis e sangrentos os esforços de longos anos para sujeitar os indígenas a tal assimilação cultural. Nas suas “primitivas sociedades” ainda não se haviam formado minorias dominadoras que os tornassem submissos à opressão, subalternização e à exploração, facilitando assim os desígnios dos colonizadores.²⁵

Conforme Pinsky, embora seja difícil aferir a extensão do regime escravista completo para a mão-de-obra indígena no Brasil (com as características de perpetuidade, transmissão hereditária por via materna e irrestrita alienabilidade), não há dúvidas de que não se tratou de casos esporádicos como se poderia pensar, mas de algo regulamentado pela Coroa Portuguesa e que atingiu amplo espaço e tempo.²⁶ Para os índios, não havia outro lugar no território da colônia que não o mercado de trabalho escravo.²⁷

¹⁷ A língua geral, “principal veículo da catequese” foi formatada pelos jesuítas a partir das línguas tupi e guarani. Ver: CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista Brasileira**, cit., 1999, p. 23.

¹⁸ ALBUQUERQUE, Antonio Ulián do Lago. **Multiculturalismo e Direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007, p.197.

¹⁹ Cf. CROWLEY, Roger. **Conquistadores. Como Portugal forjou o primeiro império global**. São Paulo: Planeta, 2016, pp. 18; 19-20.

²⁰ Cf. PAGE, Martin. **A primeira aldeia global. Como Portugal mudou o mundo**. 15ª. ed. Lisboa: Casa das Letras, 2016, p. 128.

²¹ Ver, BOWN, Stephen R. **1494. Como uma briga de família na Espanha Medieval dividiu o mundo ao meio**. São Paulo: Globo, 2013, p.16.

²² Cf. GARCIA, Fernando Cacciatore de. **Fronteira Iluminada. História do povoamento, conquistas e limites do Rio Grande do Sul a partir do Tratado de Tordesilhas**. Porto Alegre: Editora Meridional Ltda, 2010, p.21.

²³ Ver, no particular: DIAMOND, Jared. **Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas**. São Paulo: Record, 2001.

²⁴ COLAÇO, Thais Luzia. **Incapacidade indígena – tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas**. Curitiba: Juruá, 2018, pp. 11-12.

²⁵ Cf. MELLO, Silvio Luzzardo de Almeida. **O exército e a abolição da escravatura – o exército e a proclamação da República**. Florianópolis: Insular, 2003, p.34.

²⁶ PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: global, 2000, p.17.

²⁷ No século XVII, bandeirantes se transformaram de “predadores” a “bugreiros”. Após a proibição da escravização dos índios e pregação da Igreja, principalmente, dos Jesuítas, de que eram “almas livres”, torna-se predominante a escravidão africana no mercado de trabalho. Com a nova política de repovoamento de Pombal, há uma espécie de “reabilitação” e reintegração dos índios no mercado de trabalho escravo, mas a predominância foi de negros e colonos europeus brancos.

Formada no Brasil, então, a partir da ocupação, uma sociedade viripotestal, com a afirmação da superioridade dos brancos sobre os não-brancos. A mestiçagem, processo social complexo de integração, deu origem a uma sociedade plurirracial, em que, predominando a violência intrínseca, acabou por produzir um racismo velado, à brasileira, mais de cunho social do que propriamente racial.²⁸ Foi precisamente essa continuidade “de uma soma perversa” que a Constituição de 1988, de acordo com Ayres Britto, “quis apagar do mapa do Brasil: a soma de um passado histórico de perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva”²⁹.

O ponto de partida foi a superação da definição de “Índio” contida na Lei 6.001, de 1973, conhecida como o Estatuto do Índio³⁰, de modo que a Constituição da República expressamente reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, impondo à União o dever de proteger e fazer respeitar todos esses bens. Portanto, já reconhece e garante a existência cultural dos povos indígenas, em oposição direta ao viés integracionista que sempre marcou a política indigenista brasileira.³¹

A proteção constitucional dos indígenas, no entanto, não deve ser confundida com restrição de direitos, mas como uma garantia ao direito mais importante do ser humano: o direito à vida. Para além disso, aduz-se que o propósito constitucional é retratar a tanta diversidade indígena interétnica quanto a intra-étnica, ao considerar que os índios em processo de aculturação “permanecem índios” para o fim da proteção constitucional. De acordo a decisão, a demarcação de terras indígenas é um “capítulo avançado do Constitucionalismo fraternal”, pois as regras se voltam para a efetivação da “igualdade civil-moral das minorias”, pela compreensão de que vivemos em uma época constitucional de compensação de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por meio das ações afirmativas. Segundo isso, os índios devem desfrutar de um espaço que lhes assegure meios dignos de sobrevivência econômica para mais eficazmente preservar o seu modo de vida: sua identidade somática, linguística e cultural. O que a Constituição afirma é o valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

Desse modo, definiu-se que as terras indígenas são parte essencial do território brasileiro³² e se reconheceu aos índios a preexistência dos direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas. A decisão produz, neste particular, efeito declaratório. No modelo de ocupação adotado pela Constituição, preserva-se tanto a identidade de cada etnia quanto sua abertura para relacionamentos com outras etnias indígenas e com os não-índios. A União detém a competência central, a liderança institucional para atuar no interior das terras já demarcadas como de afetação indígena. Os Estados e Municípios atuam complementarmente, tendo os próprios índios e suas

²⁸ Cf. ALENCASTRO, Luiz Felipe. **O Trato dos Viventes. Formação do Brasil no Atlântico Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 346

²⁹ Voto do Relator: Petição 3.388/RR, cit., p. 52.

³⁰ BRASIL. **Lei 6.001, de 1973**, art. 3º, *verbis*: “Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir denominadas: I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.” In: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm, acessado em 29 de abril de 2018.

³¹ O primeiro passo rumo a essa nova fase legislativa é a aprovação do Estatuto das Sociedades Indígenas, em substituição ao já ultrapassado Estatuto do Índio. O Estatuto do Índio e das Comunidades Indígenas, substitutivo do projeto assinado pelo deputado Luciano Pizzato, parado na Câmara desde 1994.

³² “Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada.”

comunidades papel de coadjuvantes. Protagonista e fiscal da tutela é o Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CRFB). Demarcação, só a União pode fazer, competindo-lhe, privativamente, instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo administrativo demarcatório das terras indígenas. O Presidente da República poderá consultar, se necessário, o Conselho de Defesa Nacional, especialmente no caso de a demarcação coincidir com faixas de fronteira (inciso III do § 1º do art. 91). Relevante, também, foi o STF ter considerado “falso” o antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, pois o desenvolvimento econômico que se fizer sem ou contra os índios, desrespeita o objetivo fundamental da República, de assegurar o desenvolvimento nacional “tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena”.³³ Como afirmado pelo Relator, “índios e meio ambiente mantêm entre si uma natural relação de unha e carne. Não são como óleo e água, que não se misturam.” Por conseguinte, o vínculo entre o meio ambiente e a demarcação de terras indígenas é de ortodoxa pertinência, e, por isso, o decreto homologatório das Terras Indígenas Raposa-Serra do Sol inclui o Parque Nacional do Monte Roraima, que resta caracterizado por dupla afetação: a ecológica e a propriamente indígena.

2. Das condições de construção de um direito natural objetivamente justo com no que concerne à “questão indígena”

Tanto na Constituição do Brasil quanto na *Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas*³⁴, os índios não são tratados numa perspectiva de inferioridade, e sim na perspectiva de diferença, ou seja, não são mais classificados dentro de uma escala evolutiva a partir do “paradigma da integração”, sendo-lhes garantido o direito de serem “diferentes” a partir do “paradigma da interação”, que respeita a cultura e os valores indígenas. Tal declaração é resultado de longa resistência do movimento indígena na América, e reconhece, entre outros pontos importantes, a autodeterminação dos povos indígenas.

A declaração tem possibilitado um pouco mais de autonomia aos índios para que possam minimizar as consequências da colonização e de um processo nocivo, de imposição de uma cultura, que sofrem até hoje, desenvolver formas próprias de governo, permitindo a reafirmação de suas instituições jurídicas. É assim na maioria dos países americanos de língua espanhola, pois a compreensão e absorção, pelo direito, das lutas sociais das culturas indígenas vem se estabelecendo de forma gradual, num viés de inclusão e participação democrática, o que difere dos moldes constitucionais herdado da cultura ocidental colonizadora.³⁵

³³ AYRES BRITTO, cit., p. 58.

³⁴ Declaração de 13 de setembro de 2007. Segundo Mathias, o texto da declaração é extremamente avançado, refletindo o conjunto das reivindicações atuais dos povos indígenas em todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os Estados nacionais e serve para estabelecer parâmetros mínimos para outros instrumentos internacionais e leis nacionais. Ver: MATHIAS, Fernando. **ISA e os indígenas**. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe>. Acesso: 10 de maio de 2018.

³⁵ Com o advento das novas constituições equatoriana e boliviana houve uma evolução no que se refere ao intercultural e ao plural. Há também nas Constituições Colombiana (1991), na reforma constitucional mexicana (1992), paraguaia (1992), na da Bolívia (1994) e na Constituição peruana (1993), o reconhecimento e proteção a diversidade étnica, cultural e pluricultural. O que todas estas constituições têm em comum é a quebra do paradigma da homogeneidade e do assimilacionismo cultural de viés colonial e o reconhecimento da diferença e da interculturalidade. Na Bolívia e no Equador, especificamente, os textos constitucionais passam a dar voz aos povos indígenas e a outras minorias étnico-raciais, como atores sociais e possibilitam a incorporação de vetustos valores resgatados das raízes

A luta por reconhecimento dos índios brasileiros passou pela afirmação da singularidade de sua cultura, isto é, de suas memórias; o desejo de viver em conjunto; a perpetuação da herança. A finalidade das disputas foi o reconhecimento da “cidadania” dos indígenas,³⁶ uma vez que seus direitos fundamentais foram politizados, isto é, reconhecidos e concretizados a partir de lutas sociais que traduzem conflitos distributivos e que só são alcançados no processo de democratização.³⁷ Cada conquista do homem branco subjugou o povo conquistado e sua cultura, sua língua, suas tradições e costumes, tentando impor uma hegemonia cultural unificada. A cultura é estável, apesar de dinâmica. Esse paradoxo entre o estático e o dinâmico pode ser explicado por meio da transformação dos tempos, da mudança nos usos e costumes de cada povo que tenta preservar sua cultura, adaptando-a a atual realidade social em que vive.³⁸

Porisso, se impôs na realidade brasileira a apropriação política e discursiva do tema dos direitos econômicos e sociais dos indígenas, que só puderam “ser conquistados mediante reivindicações e movimentos coletivos.”³⁹

A decisão paradigmática ora comentada afirma ser o direito dos índios às terras tradicionais, “originário” ou “natural” e, assim, o seu reconhecimento tem o caráter declaratório, e não constitutivo. Declarou-se, no caso concreto, uma situação jurídica ativa preexistente à ocupação europeia, que traduz “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 dos não-índios”.⁴⁰ Tanto no voto do Relator (Min. Ayres Britto), quando nos votos dos demais ministros, que agregaram argumentos importantes na decisão final, resta clara a compreensão de que os fenômenos econômicos e os jurídicos e políticos se entrelaçam para dar resultado à unidade da vida social. Nos termos da *filosofia social* de Stammler, a nota conceitual de alcance absoluto que distingue o Direito da regra convencional está contida na pretensão de vigência com que a norma se afirma.⁴¹

Direito natural é um direito que se ajusta, em seu conteúdo, à natureza.⁴² O problema do direito natural culmina com esta questão: está em harmonia com natureza o conteúdo de um Direito dado? Se os fenômenos jurídicos não se enquadram nas categorias da causalidade, próprias das ciências naturais, e dizem respeito à ordenação de certos meios para a consecução de determinados fins, há, neles, uma opção, uma decisão em favor de certos objetos, de certas aspirações, uma seleção de determinados meios ou procedimentos para que estas aspirações se realizem.⁴³ Todos os Direitos procedem de uma determinada experiência jurídica, sobre a qual sua construção repousa. Direito vem definido como uma forma da vida social: suas normas são ordenações de uma matéria que só se oferece com o caráter concreto, condicionado e variável da possibilidade de uma regulação social. A forma da vida social que é o Direito está chamada a ordenar, em seu conteúdo, uma matéria historicamente fortuita e

pré-colombianas comuns, entre os quais sobressai o respeito à natureza e ao ambiente, vale dizer, o respeito prioritário à vida.

³⁶Ver: PINSKY, Jaime, PINSKY BASSANEZI, Carla (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Editora Contexto, 2003.

³⁷ HONNETH, cit. p. 194.

³⁸ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. Ed. Rio de Janeiro: DP7A, 2003, p.51.

³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais. Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 39

⁴⁰ AYRES BRITTO, cit., p. 9 e pp. 44 et seq.

⁴¹ STAMMLER, cit. p. 147

⁴² STAMMLER, cit., p. 154

⁴³Cf. STAMMLER, cit., pp.315-322. Ver, também: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 116/117 e PANIÁGUA, cit., pp. 457-458.

variável. Assim, há a impossibilidade de um direito natural absolutamente justo em seu conteúdo.

Dado o caráter concreto, condicionado e variável das normas de Direito,⁴⁴ o conteúdo de uma regulação jurídica da cooperação não poderá jamais abstrair-se em absoluto das possibilidades históricas, concretas e condicionadas e mutáveis desta cooperação, se é que aspira realmente ser aplicado à matéria de uma possível regulação social. Exemplo: o que é a natureza humana? Não há possibilidade alguma de afirmar conteúdo condicionado de uma norma jurídica qualquer com um ideal absoluto para todos os tempos e lugares. Não há uma só norma jurídica que pode afirmar-se *a priori* quanto ao conteúdo que encerra. Por isso, a única possibilidade teórica é conhecer um *direito objetivamente justo em seu conteúdo*, pois as normas jurídicas com um determinado conteúdo e de alcance incondicionado são, por esta razão, contraditórias consigo mesmas e insustentáveis. Assim, é preciso investigar um direito natural de conteúdo variável, ou regras jurídicas tais que, sob circunstâncias empíricamente condicionadas, contenham o direito teoricamente justo. Com isso, a ideia de direito natural é um ponto de vista harmônico para julgar e submeter à crítica de todo o Direito cabível. Significa investigar, com ajuda de uma argumentação metodicamente infalível, o que seja, na situação concreta, o objetivamente justo. Segundo isso, um particular querer jurídico, uma determinada proposição jurídica, será justa sempre que ela se deixa incluir sem contradição no conjunto de todos os geralmente pensáveis queres jurídicos.

Postas tais premissas, questiona-se: o julgamento do caso *Raposa do Sol* foi objetivamente justo? Sim, por que o “querer” da decisão pode ser incluído, sem contradição, no conjunto das normas que definem o estatuto dos índios, e por que uma determinada concepção de justiça norteou toda a decisão, a saber, aquela segundo a qual é objetivo da República Brasileira a construção de uma sociedade fraterna (livre, justa e solidária) e multicultural, de modo que a integração comunitária se dá pelo respeito aos segmentos minoritários. No caso, concebeu-se que os indígenas têm direito a desfrutar um “espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poder preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade”⁴⁵ e estão em condição de transmitir aos demais brasileiros os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida.

A justiça da decisão se revela no reconhecimento de que a proteção constitucional não se limita aos silvícolas; na afirmação de que as terras indígenas são parte essencial do território brasileiro; na consolidação da necessária liderança institucional da União; no uso do conceito de “constitucionalismo fraternal”, que se volta à efetivação da igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o “proto-valor” da integração comunitária. Ademais, a decisão ressalta que o desenvolvimento nacional a que alude a Constituição engloba o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, humanizado e culturalmente diversificado, considerado um direito fundamental dos brasileiros, assim como dá um conteúdo positivo ao ato de demarcação das terras indígenas, como a consideração do marco temporal e tradicional da ocupação, da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação.

As terras indígenas, então, foram consideradas desde o ponto de vista do imaginário coletivo aborígine, pois não são simples objeto de direito, constituindo-se em verdadeiros entes ou “ser que resume em si toda a ancestralidade, toda coetaneidade e toda a posteridade de uma etnia”⁴⁶, o disse o Relator. O instituto da posse civil restou

⁴⁴ STAMMLER, *cit.*, p. 160

⁴⁵ AYRES BRITTO, *cit.*, p.32.

⁴⁶ AYRES BRITTO, *cit.*, p. 8

modificado para ser entendido como um heterodoxo instituto do Direito Constitucional, em razão da proibição de remoção dos índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, do reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, e de que todas essas terras são inalienáveis e disponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Da interpretação dos artigos 231 e 232 da CRFB resultou um “completo estatuto da causa indígena”. Para além disso, a decisão chama a atenção do intérprete para o fato de a Constituição fazer uso das tradições indígenas o engate lógico para a compreensão da semântica da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. Quer dizer, determina-se o uso do conceito de proporcionalidade⁴⁷ sempre que estiver em causa a demarcação de terras indígenas, de modo que devem ser sopesados os direitos originários (naturais) dos índios, o modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas, para evitar a eliminação progressiva de uma dada cultura (etnocídio), o princípio da conciliação entre as terras indígenas e a visita dos não-índios, a relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente, a demarcação necessariamente endógena ou intraétnica (cada etnia tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social e, por isso, excluem-se os intervalados espaços entre uma etnia e outra, a não ser no caso como o da *Raposa do Sol*, em que existam relações amistosas entre etnias que acabam por gerar uma condissão empírica dos espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras intraétnicas) e a compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas.

Na decisão final, o “estatuto constitucional indígena” restou configurado de tal forma que aplica-se aos aborígenes o regime constitucional que obriga a todos os brasileiros, pois o usufruto das riquezas naturais pode ser relativizado sempre que houver relevante interesse público da União, da forma de lei complementar (art. 231, § 6º) e não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, e a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerão sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei. Ademais, garantiu-se o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira e não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional. As intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, ficaram garantidas, independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. Quer dizer, à União reservou suas competências constitucionais de modo que o usufruto dos índios não impede a instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação. Por fim, restou vedada a ampliação da terra indígena já demarcada e assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios.

Considerações Finais

A resposta ao problema de saber se a decisão *Raposa do Sol* concretiza um direito que se quer objetivamente justo no que concerne ao estatuto constitucional dos povos indígenas, levou a algumas conclusões provisórias, que devem ser mais bem esclarecidas com a continuidade do debate jusfilosófico em terras brasileiras. A primeira

⁴⁷ Juízo sobre determinação do fim a perseguir, sobre a aptidão da medida para a realização dos fins (adequação), sobre a sua necessidade (indispensabilidade do meio adotado) e sobre a relação custo-benefício entre meios e fins (proporcionalidade em sentido estrito)

delas diz respeito à possibilidade de se construir um novo paradigma de interpretação constitucional sobre a “questão indígena”, no marco de uma filosofia que afirma a existência de um direito natural objetivamente justo, com conteúdo variável.

Constatada a ocupação europeia como um choque demográfico e cultural, para além de ter constituído verdadeiro genocídio, a consideração de tais condicionantes históricos foi decisiva para a superação de uma hermenêutica jurídica restritiva, continuamente adotada. Foi indicado como pertinente, dentre os fatos ocorridos, o procedimento de demarcação das terras indígenas como um fator de compensação de desvantagens historicamente acumuladas, e, portanto, de concretização constitucional. De outra parte, foi escolhido, dentre os vários pontos de vista, como os mais adequados para interpretar os fatos, aqueles que consideram haver um direito natural (originário) dos índios à preservação de seu modo de vida tradicional, a unidade da ordem jurídica e a relação necessária de pertinência entre terras indígenas e o meio ambiente.

A exposição dos argumentos dos julgadores e a decisão final também podem ser entendidas como observações empíricas da realidade, verificadas no *devenir* histórico, que acabaram por fixar um direito objetivamente justo em seu conteúdo, isto é, que concretizou determinadas concepções de justiça em detrimento de outras.

A decisão comentada, em síntese, pode ser explicada no marco conceitual da tese de Stammler, sobre a efetiva possibilidade de existência de um direito natural objetivamente justo e conteúdo variável. É tarefa de realização da justiça determinar ou resolver se um ideal está realizado concretamente e até que grau. Um particular querer jurídico, uma determinada proposição jurídica, será justa sempre que ela se deixa incluir sem contradição no conjunto de todos os geralmente pensáveis queres jurídicos. Daqui decorre a ideia de *Direito Justo* como ideal social. Significa ela que todo o pensável querer social se ordena numa radical harmonia. Não existe, pois, um Direito Justo em si mesmo, mas apenas um Direito positivo justo ou injusto. A ideia de Justiça é a de um padrão para avaliar cada Direito positivo. Os princípios do direito justo, em que o conteúdo da ideia de direito se desdobra, não são normas ou como proposições gerais nas quais é possível subsumir casos jurídicos, e sim indicações metodológicas para a descoberta do direito justo na interpretação. Mesmo alvo de críticas, as teses de Stammler são contribuições relevantes e permanentes para a ciência do direito, por que dizem respeito à autonomia metodológica do Direito frente às demais ciências, e à afirmação que é de sua essência ordenar e dirigir a multiplicidade de fins possíveis segundo um critério superior, que é a ideia de Justiça. Isso faz todo o sentido na construção de uma teoria jurídica que dê tratamento unitário às lutas sociais por reconhecimento. No Brasil, o direito dos indígenas à busca do *Yvy Maray* (Paraíso, na língua guarani) foi reconhecido como objetivamente justo e o seu conteúdo restou delimitado pela decisão ora comentada.

Referências das fontes citadas:

ALBUQUERQUE, Antonio Ulian do Lago. **Multiculturalismo e Direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007.

ALENCASTRO, Luiz Felipe. **O Trato dos Viventes. Formação do Brasil no Atlântico Sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico**. Milano: Edizioni di Comunità, 1984.

BOWN, Stephen R. **1494. Como uma briga de família na Espanha Medieval dividiu o mundo ao meio.** São Paulo: Globo, 2013.

BRASIL. **Lei 6.001, de 1973. Estatuto do Índio.** In: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm , acessado em 29 de abril de 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 3.388 Roraima**, julgada em 19.03.2009. Rel. Ministro Ayres Britto. Acórdão na íntegra, in: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PET+3388%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya24pn34>, acessado em 29 abril 2018.

CAPDEQUÍ, José Maria Ots. **Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propriamente Indiano.** Tomo I. Buenos Aires: Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943.

COLAÇO, Thais Luzia. **Incapacidade indígena – tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas.** Curitiba: Juruá, 2018.

CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas.** Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estados Estratégicos, 1999.

CROWLEY, Roger. **Conquistadores. Como Portugal forjou o primeiro império global.** São Paulo: Planeta, 2016.

DEL PRIORE, Mary. Sem fé, sem lei, sem rei e Religiosidades na colônia. In: DEL PRIORE, Mary; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil.** São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

DIAMOND, Jared. **Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas.** São Paulo: Record, 2001.

FITZ, Francisco García. **La Edad Media. Guerra e ideología. Justificaciones religiosas y jurídicas.** Madrid: Sílex, 2003.

FREIRE, José Ribamar; MALHEIROS, Márcia Fernanda. **Os aldeamentos indígenas no Rio de Janeiro.** Disponível em: www.educacaopublica.gov.br, acessado em 12 de abril, 2018.

GARCIA, Fernando Cacciatore de. **Fronteira Iluminada. História do povoamento, conquistas e limites do Rio Grande do Sul a partir do Tratado de Tordesilhas.** Porto Alegre: Editora Meridional Ltda, 2010.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. Ed. Rio de Janeiro: DP7A, 2003, p.51.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** São Paulo: Editora 34, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais. Teoria e Prática.** São Paulo: Método, 2006.

MATHIAS, Fernando. **ISA e os indígenas.** Disponível em: <http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe>. Acesso. 10 de maio de 2018.

MELLO, Silvio Luzardo de Almeida. **O exército e a abolição da escravatura – o exército e a proclamação da República.** Florianópolis: Insular, 2003.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

PAGE, Martin. **A primeira aldeia global. Como Portugal mudou o mundo.** 15ª. ed. Lisboa: Casa das Letras, 2016.

- PANIÁGUA, José Maria Rodriguez. **História Del PensamientoJuridico**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- PINSKY, Jaime, PINSKY BASSANEZI, Carla (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Editora Contexto, 2003.
- PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: global, 2000.
- ROULAND, Norbert (Org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Editora UnB, 2004.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, Andre. (Org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. **Desafios coloniais e interculturais: o conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado**. Revista Contribuciones a Las ciencias sociales. Universidad de Málaga, Espanha, 2013. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/ccss/24/colonialidade.html>. Acesso em 18 de outubro de 2013.
- STAMMLER, Rudolf. **Economia Y Derechosegún La Concepción Materialista de laHistoria**. Madrid: Editorial Reus, 1929.
- TABORDA, Maren. Afirmção da soberania e da autonomia dos monarcas portugueses frente ao direito canônico: legislação real, prática do morgadio e da mestiçagem como estratégia ocupação e povoamento. In: ALMEIDA, Cybele; FELONIUK, Wagner; FLORES, Alfredo; LUBICH, Gerhardt; VARGAS, Anderson (Orgs.) **Violência e Poder: reflexões brasileiras e alemãs sobre o medievo e a contemporaneidade**. 1ª. Ed. Porto Alegre: DM Editora, 2017, v.1, p. 181-208.
- TABORDA, Maren. Das razões pelas quais a "Filosofia do Direito" é saber próprio dos juristas. **Direito & justiça**, Porto Alegre, v. 28, n.XXV, p. 155-175, 2003.
- VILLEY, Michel. **Leçonsd’Histoire de la Philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1957.