

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal formulou a teoria do fato indígena a fim de regulamentar a demarcação das terras indígenas, estabelecendo, além do critério da ocupação tradicional, a presença indígena na terra reivindicada na data de promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), qual seja, 05 de outubro de 1988.

No presente trabalho busca-se analisar a repercussão da teoria do fato indígena na efetividade dos direitos à terra e à diferença das populações indígenas do Brasil, com base nas decisões recentes do STF.

Para tanto, inicialmente aborda-se a atual configuração dos direitos indígenas à luz da CF/1988. Em seguida, expõe-se a teoria do fato indígena, desde a sua elaboração no caso Raposa Serra do Sol até os seus contornos mais atuais.

Por fim, conclui-se buscando apontar a repercussão da teoria estudada na efetivação dos direitos à terra e à diferença, bem como a conformidade da teoria do fato indígena com CF/1988.

A pesquisa empreendida será do tipo bibliográfica e documental – consulta a livros, artigos, teses, monografias, dissertações, periódicos, jurisprudências, entre outras obras da literatura jurídica.

2 OS DIREITOS INDÍGENAS NA CONTEMPORANEIDADE: DESMISTIFICANDO (PRÉ-)CONCEITOS E RECONHECENDO A DIFERENÇA

A legislação indigenista brasileira até o advento da CF/1988 dispensava ao índio tratamento marcado pela inferiorização de sua identidade. A própria palavra “índio”, empregada desde o “descobrimento” do nosso país para designar indistintamente os nativos das várias etnias que aqui viviam, revelava a indiferença em relação a estes indivíduos.

De fato, desde os tempos da colonização, as normas pertinentes ao tema revezavam-se no embasamento de políticas estatais integracionistas ou assimilacionistas, assim entendidas as diretrizes oficiais cujo objetivo primordial consistia na dispersão de um universo cultural em outro considerado superior, não existindo, portanto, interações entre ambos, mas a supervalorização de um em detrimento do outro. Por conseguinte, à luz de tais políticas, o índio era visto como indivíduo em caráter transitório, o qual, através da convivência com a civilização, abandonaria seus costumes selvagens, bárbaros. E mais:

mesmo em face da heterogeneidade cultural indígena, as políticas indigenistas não eram dotadas de flexibilidade para lidar com as especificidades das diversas etnias.

Evidentemente, a postura adotada pelo Estado em relação aos povos indígenas não se resume à questão cultural da predominância de uma visão etnocêntrica herdada do colonizador europeu, mas, sobretudo, revela a necessidade sentida pelas autoridades governamentais, ao longo de nossa História, de exercer um firme controle repressivo sobre esses grupos, os quais, dotados de características peculiares destoantes do modelo de regulação da vida social imposto ao restante da população, constituíam uma ameaça à exploração das terras, dos recursos e da própria mão-de-obra indígena.

A Carta Política de 1988 representa um marco importante na mudança da compreensão dos direitos desses povos, tendo em vista a renúncia ao caráter integracionista observado nos preceitos normativos de até então.

O início da década de 1970 foi o período a partir do qual ocorreu o fortalecimento do Movimento Indígena no cenário mundial, impulsionado pela Igreja Católica e pela articulação dos índios entre si, através de suas lideranças, formando organizações e associações próprias. Assim, a ascensão do Movimento Indígena pode ser entendida a partir da congregação de dois fatores: a atuação do Movimento Indigenista, notadamente – mas não exclusivamente – setores ligados à Igreja Católica e a iniciativa crescente dos índios em discutir seus interesses.

No Brasil, os reclames por uma alternativa ao indigenismo tradicional desencadearam a reformulação do Movimento Indigenista Nacional. Sílvia Coelho dos Santos destaca a reorganização da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), a qual, segundo o autor, permitiu o estabelecimento de bases para a atividade dos profissionais interessados nos direitos das sociedades indígenas, engajados na dita “Antropologia Comprometida” - postura adotada por profissionais da área correspondente à produção de conhecimento comprometida com “o uso do espaço público para a defesa das populações estudadas” (SILVA, 2003, p.9) - e a criação do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em 1972, órgão vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (SANTOS, 1989, p.35).

Essa mudança de postura da Igreja Católica em relação à causa indígena, evidenciada com a criação do CIMI, foi influenciada em grande parte pelas severas críticas recebidas em virtude dos inúmeros exemplos de práticas anti-indígenas em que aquela instituição esteve envolvida, mormente no que diz respeito à colonização do Brasil. O objetivo da Igreja com o CIMI foi promover a articulação das diversas etnias (CIMI, 2016), apoiando a realização de reuniões e assembleias, através do fornecimento de hospedagem, alimentação, transporte e outros meios necessários para viabilizá-las, conforme sinaliza Ramos (1997, p.2 apud

CALEFFI, 2003, p.28). Atualmente o CIMI constitui também importante centro de estudo na área, possuindo numerosa equipe de missionários e assessores trabalhando junto às comunidades.

Além do estímulo da Igreja e da sociedade civil, o surgimento de articulações indígenas abrange o fato de os próprios índios perceberem o potencial da sua atuação conjunta, uma vez que havia confluência entre as reivindicações das comunidades em todo o país, possibilitando a formação de uma pauta em comum, de um projeto coletivo frente ao integracionismo desenfreado. Pontua Sílvia Coelho dos Santos:

[...] a FUNAI praticava um indigenismo cada vez mais burocrático e voltado para a integração dos indígenas na sociedade nacional. As diferenças apresentadas pelos povos tribais, expressas por línguas e culturas diversas, não eram admitidas pelos detentores do poder autoritário como sistemas sócio-culturais legítimos e passíveis de se autodenominarem. A lógica do poder concentrado em Brasília, em mãos de sucessivos governos militares, não contemplava o pluralismo cultural, nem tampouco a condição multissocietária que efetivamente tem o Brasil. **A proposta explícita dos governos autoritários era a de promover rapidamente a absorção dos contingentes indígenas pela sociedade nacional envolvente. Ou seja, transformar índios em não-índios, mesmo que fosse através de decreto.** (grifos nossos) (SANTOS, 1989, p.36).

O Movimento Indígena organizado, assim entendido “o conjunto de estratégias e ações que as comunidades e as organizações indígenas desenvolvem em defesa de seus direitos e interesses coletivos” (LUCIANO, 2006, p.58), compõe-se, na realidade, de “movimentos indígenas”, porquanto cada comunidade ou etnia possui sua maneira peculiar de mobilização. Segundo Gersem dos Santos Luciano:

[...] as lideranças indígenas brasileiras, de forma sábia, gostam de afirmar que existe sim um movimento indígena, aquele que busca articular todas as diferentes ações e estratégias dos povos indígenas, visando a uma luta articulada nacional ou regional que envolve os direitos e os interesses comuns diante de outros segmentos e interesses nacionais e regionais. Essa visão estratégica de articulação nacional não anula nem reduz as particularidades e a diversidade de realidades socioculturais dos povos e dos territórios indígenas; ao contrário, valoriza, visibiliza e fortalece a pluralidade étnica, na medida em que articula, de forma descentralizada, transparente, participativa e representativa os diferentes povos (LUCIANO, 2006, p.59).

Uma das primeiras organizações formais pan-indígenas, criada em 1980, foi a União das Nações Indígenas (UNI). Hoje, existem inúmeras organizações indígenas em todo o Brasil, como Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME) e Coordenação das Organizações dos Povos Indígenas do Ceará (COPICE), apenas para citar algumas.

O ápice da efervescente trajetória vivenciada pelos Movimentos Indigenista e Indígena nas décadas de 70 e 80 veio com a derrocada do regime ditatorial e a mobilização em torno da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Ali se esboçava a oportunidade de inaugurar uma política sensível e atenta às necessidades dos povos indígenas, substitutiva ao integracionismo. Ademais, era o momento também de demonstrar que os índios estavam organizados e conscientes da função de protagonistas de suas próprias lutas.

Durante o processo de elaboração da nova carta foi bastante intensa a participação de indigenistas, missionários, antropólogos e advogados não só nas audiências públicas e subcomissões, mas também no debate diário com os parlamentares, informando e apresentando sugestões. **Mas o fato inédito e de maior repercussão na rotina parlamentar foi a presença constante de uma massa de indígenas que, pintados e com seus adornos de pena, percorriam os corredores, lotavam os auditórios, entravam e saíam dos gabinetes. Não eram agressivos nem manipuladores, não eram manifestantes que protestavam nem lobistas. Eram pessoas comuns, apenas diferentes, todos confiantes no processo parlamentar, sinceramente preocupados com a defesa de suas comunidades, seus modos de vida e valores diferenciados.** (grifos nossos) (OLIVEIRA, 2008, p.251-252).

Nesse contexto, o Movimento Indígena, apoiado por seus parceiros, atuou através de várias estratégias face aos interesses das classes dominantes da sociedade brasileira, bem como do capital internacional contrários às suas aspirações - os quais se faziam representar junto aos congressistas - como protestos, coleta de assinaturas para a apresentação de emenda popular propondo a criação de um capítulo específico para as populações indígenas e a apresentação de uma proposta de artigos referentes aos direitos dos índios à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Deficientes e Minorias (QUEIROZ, 2010, p.38-39).

Após intensas articulações e negociações entre Movimento e Congresso, o resultado foi a inserção, na Carta Magna, de um capítulo exclusivo sobre direitos indígenas, o qual, apesar de conter poucos dispositivos, informa preceitos importantes para a proteção da diversidade sociocultural indígena, além de outras normas ao longo do texto e nas disposições transitórias.

3 DIREITOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988: O PARADIGMA DA INTERAÇÃO EM UMA SOCIEDADE PLURIÉTNICA E MULTICULTURAL

Anteriormente, apontou-se a CF/88 como um marco da compreensão dos direitos indígenas na atualidade, salientando o fato de o novel texto constitucional não mais tratar a questão indígena sob uma visão integracionista.

A CF/88 destaca-se por ser a primeira já promulgada em nosso país a destinar um capítulo específico aos índios, o Capítulo VIII, do Título VIII, Da Ordem Social. Reza o art.231, *caput*, da CF/88:

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.

Da redação do referido dispositivo constitucional extrai-se o cerne dos direitos indígenas na contemporaneidade: o reconhecimento da diferença enquanto fator a justificar a garantia de uma série de direitos específicos aos índios e da terra enquanto espaço vital para o exercício e preservação dessa diferença. Assim, a relevância atribuída à diferença na Constituição de 1988 inaugura o paradigma da interação, concebendo a sociedade brasileira como pluriétnica e multicultural, na qual todos os grupos devem ser respeitados.

À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. **A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença.** (grifos nossos) (LEITÃO, 1993, p.228)

O direito à diferença corresponde a uma expressão do princípio constitucional da igualdade, significando dizer que aos índios deve ser assegurado o direito de viver de acordo com as suas especificidades socioculturais.

A questão da identidade indígena é tema complexo, havendo uma identidade política e uma identidade étnica (LUCIANO, 2006, p.40). A primeira refere-se à articulação de todas as etnias em prol da reivindicação de interesses comuns, que os anima, por exemplo, a formar o Movimento Indígena. Já a segunda diz respeito às especificidades de cada etnia. Para fins de tutela constitucional, faz-se necessária a definição da identidade étnica, sendo atualmente mais aceito, do ponto de vista antropológico, o conceito obtido a partir da auto-identificação, o qual possui duas dimensões, uma individual e outra coletiva.

Pelo parâmetro da auto-identificação, considera-se índio quem se identifica como pertencente a uma comunidade indígena (dimensão individual) e é pela mesma reconhecido como membro (dimensão coletiva). Portanto, o índio e sua comunidade são indissociáveis, motivo pelo qual a CF/1988 garante direitos individuais e coletivos, assegurando-lhes, no art.

231, sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Ademais, o art. 232 legitima índios, comunidades e organizações indígenas para a defesa judicial de seus direitos e interesses - ou seja, mesmo o índio enquanto indivíduo pode postular direito coletivo da comunidade a que pertence-, impondo ao Ministério Público o dever de intervenção em todas as fases do processo.

No tocante à garantia da organização social, reconhece o legislador constituinte o direito à autodeterminação, entendido como a prerrogativa que cada comunidade indígena tem de viver de acordo com as normas derivadas do próprio grupo sobre as suas relações de família, propriedade, casamento, condutas antissociais, entre outros aspectos.

Os direitos originários remontam aos índios como primeiros senhores das terras, ou seja, os direitos dos índios sobre as terras são anteriores ao Direito oficial, o Estado apenas cuidou de reconhecê-los. O indigenato é comumente apontado como a fonte primária desses direitos, ou seja, a própria condição de ser índio e, por isso, os direitos originários seriam considerados direitos congênitos (TOURINHO NETO, 1993, p.40).

A terra é na verdade uma extensão da diferença, uma vez que é nela onde a comunidade se desenvolve, reproduz seus costumes, enfim, é o espaço vital para o exercício da identidade indígena, primordial à sobrevivência física e cultural dos índios. Explica Gersem dos Santos Luciano:

Território é condição para a vida dos povos indígenas, não somente no sentido de um bem material ou fator de produção, mas como o ambiente em que se desenvolvem todas as formas de vida. Território, portanto, é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva. A terra é também um fator fundamental de resistência dos povos indígenas. É o tema que unifica, articula e mobiliza todos, as aldeias, os povos e as organizações indígenas, em torno de uma bandeira de luta comum que é a defesa de seus territórios (LUCIANO, 2006, p.101).

Do ponto de vista jurídico, a terra indígena configura uma categoria peculiar de bem público, na qual a propriedade cabe à União (art.20, XI) e a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, à coletividade indígena (art.231, §2º). Em virtude dessa natureza jurídica *sui generis* da terra indígena, o direito de posse indígena transfigura o domínio da União para uma espécie de propriedade vinculada ou reservada e, por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas imprescritíveis (SILVA, 1993, p.46).

A posse fundada no direito originário explica os §§ 3º, §5º e 6º, os quais, em suma, vedam o aproveitamento dos recursos das terras indígenas, a remoção dos índios de suas terras e a produção de efeitos jurídicos de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas ou a exploração de seus recursos, ressalvados os casos previstos na Constituição.

Por sua vez, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nelas compreendidas as habitadas em caráter permanente – nesse contexto o termo *permanente* não significa imemorialidade, ocupação pretérita, mas “uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat” (SILVA,1993, p.50) - , as utilizadas para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade e as necessárias à reprodução física e cultural, são aquelas utilizadas de acordo com seus usos, costumes e tradições. Explica José Afonso da Silva que:

Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão *ocupadas tradicionalmente* não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. [...] O *tradicionalmente* refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao *modo tradicional* de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições. (grifo original) (SILVA,1993, p.47-48)

Além de reconhecer os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, compete à União demarcá-las e fazer respeitar todos os seus bens. O processo administrativo de demarcação, regulado pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, é realizado por equipe técnica especializada sob orientação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e tem por escopo delimitar a área indígena e também proteger a posse indígena de terceiros. A demarcação é ato meramente declaratório, pois, como visto, o que justifica a posse indígena é o direito originário.

O art.67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu o lapso de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para a conclusão da demarcação das terras indígenas, prazo este não cumprido.

Com efeito, apenas oito terras indígenas estão homologadas (ou seja, com o processo de demarcação finalizado), de um universo de seiscentos e setenta - quinhentos e quarenta e cinco em fases diversas e cento e vinte e cinco em estudo (FUNAI, 2016).

4 A TEORIA DO FATO INDÍGENA FORMULADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Afirmou-se anteriormente que a terra representa para o índio o espaço vital para o exercício de sua identidade. Assim, o direito à terra deve ser compreendido à luz do direito à diferença, pois é este o núcleo dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988.

Abordou-se também que o procedimento demarcatório é o instrumento apto a delimitar a área indígena, bem como a proteger a posse indígena de terceiros. A demarcação teve seus contornos jurídicos delineados no julgamento da Petição 3388/RR, ação popular ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) com o fulcro de impugnar o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Em seu voto, o Ministro Menezes Direito sugeriu a teoria do fato indígena para regulamentar a matéria, propondo, para a configuração do direito originário à terra, além da ocupação tradicional, a presença indígena na terra reivindicada na data de promulgação da Constituição Federal (05/10/1988).

A teoria do fato indígena, citada no voto-vista do Ministro Menezes Direito, integrou o dispositivo da decisão proferida pelo relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, sendo sistematizada da seguinte forma na ementa do julgado:

[...] 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas,

“segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. [...] (Pet 3388, Rel.Min.Carlos Britto. DJe-181, divulgado em 24 de set. 2009. Publicado em 25 de setembro de 2009)

A teoria do fato indígena abrange assim os dois primeiros “marcos” a serem comprovados no âmbito dos processos de demarcação.

Quanto ao marco temporal, para o STF, apenas as comunidades indígenas que ocupavam as terras reivindicadas à época da data da promulgação da Constituição, 05 de outubro de 1988, terão assegurado o direito à terra e, por conseguinte, à demarcação dos respectivos territórios.

Questiona-se, contudo, o marco temporal. Primeiramente, lembramos que não há menção no texto constitucional, especificamente no art.231, a qualquer data condicionante da ocupação indígena para fins de demarcação. A tese do marco temporal advém exclusivamente do entendimento firmado em sede jurisprudencial.

Importante notar que o constituinte originário, ainda no trato da temática da demarcação, definiu, no art.67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o lapso de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para a conclusão da demarcação das terras indígenas, ou seja, quando o constituinte originário dispôs sobre o fator tempo em matéria de demarcação o fez expressamente. Por que não fazê-lo também quando da redação do art.231?

Poder-se-ia afirmar ainda que a interpretação conjunta dos arts.231 e 67 do ADCT reforçaria o marco temporal. Igualmente discorda-se desse raciocínio, pois os respectivos comandos orientam na verdade o Estado a identificar as terras indígenas que já existiam e a demarcá-las no prazo de cinco anos para resolver as disputas territoriais que, até 1988, já eram bastante acirradas. Partir do pressuposto de que o objetivo de tais dispositivos é represar o

direito territorial no tempo, como se ele não pudesse ser exercido pós-1988, mesmo onde há ocupação tradicional, é admitir o tratamento desigual de comunidades indígenas merecedoras da mesma proteção constitucional. Desta forma, "não se realizou apenas uma interpretação esclarecedora do texto constitucional, encerrou-se, sim, qualquer possibilidade de a norma constitucional se desenvolver junto com a sociedade múltipla e plural" (NÓBREGA, 2011, p.274).

Opondo-se ao marco temporal, apresenta José Afonso da Silva dois argumentos. O primeiro consiste na ausência de citação expressa do marco temporal no texto constitucional, como já salientamos. O segundo consubstancia-se no fato de que, ainda que seja possível aferir um marco temporal, ele seria 16 de julho de 1934, data da promulgação da Constituição de 1934, primeira Constituição Brasileira a consagrar o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, consagração replicada nas Constituições seguintes, até a de 1988 (SILVA, 2015 ou 2016, p.9-10).

Quanto ao segundo marco, este é complementar ao primeiro, de modo que, apenas verificado o "fato indígena" da ocupação efetiva em 05 de outubro de 1988 é que se empreende a verificação da tradicionalidade da ocupação, ou seja, da relação do índio com a terra conforme seus usos, costumes e tradições.

A tradicionalidade da ocupação, para a Suprema Corte, envolve também o caráter de perdurabilidade de presença geográfica com o intuito de continuidade da etnia. A exceção à exigência da perdurabilidade seria apenas o renitente esbulho.

No tocante ao renitente esbulho, tal conceito foi elucidado com mais precisão no bojo do ARE 803462, recurso extraordinário com agravo no qual foi impugnada decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deixou de aplicar o marco temporal em função do renitente esbulho, declarando a regularidade da demarcação da Terra Indígena Limão Verde do povo Terena, município de Aquidauana, Mato Grosso do Sul, homologada desde 2003.

Com base nos estudos antropológicos da FUNAI, constatou o TRF 3 que os Terena perderam a posse de seu território por terem sido expulsos progressivamente por não índios, muito embora tenham permanecido nas imediações da Fazenda Santa Bárbara - como passou a ser denominada a região - e preservado o seu modo tradicional de vida. Ademais, os Terena ofereceram três reclamações a órgãos públicos denunciando a invasão de suas terras 1982, 1984 e 1989, como consta no inteiro teor do acórdão.

Entendeu o Supremo, todavia, que as reclamações dos índios Terena não caracterizavam um renitente esbulho, tendo a presença indígena da região cessado em meados de 1953, momento bem anterior ao marco temporal. E, aplicando a Súmula 650, segundo a

qual o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não abrange aquelas que eram ocupadas pelos nativos no passado, julgou a demanda nos seguintes termos:

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

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

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

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

4. Agravo regimental a que se dá provimento.

(ARE 803462 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, DJe-029, divulgado em 11 fev 2015. Publicado em 12 fev 2015)

Assim, renitente esbulho é um conflito que, mesmo iniciado no passado, persiste até o marco temporal (05/10/1988), seja de maneira fática ou judicializada.

Dissemos que, ao longo de nossa História, o Estado empreendeu um controle repressivo sobre os povos indígenas, visando integrá-los à sociedade nacional. Desde a promulgação da CF/88, o projeto de integração cessou enquanto política oficial, muito embora ainda seja um desafio para os povos indígenas a afirmação de suas identidades, individuais e, sobretudo, coletivas.

É importante destacar que a integração ocorreu de forma extremamente violenta, física (com o sacrifício de milhões de vidas) e psicologicamente (via imposição de uma cultura alheia). No entanto, sempre houve resistência indígena a esse inexorável processo, seja por meio de embates armados contra o Estado e/ou contra os não índios - obviamente em desigualdade de condições -, seja, ainda que cedendo a pressões para abandonar seus territórios, por meio da autoafirmação cultural.

Com efeito, nem todas as populações indígenas, enquanto coletividades organizadas, conseguiram permanecer em suas terras. Existem as que foram dissolvidas, pulverizando-se

no território nacional; existem as que permaneceram renitentes à margem ou em espaços reduzidos de suas antigas posses.

Também é fato que as populações indígenas foram direta ou indiretamente expulsas de seus territórios. O relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), apresentado em 2014, denuncia as graves violações dos direitos indígenas no período compreendido entre 1946 e 1988, seja por omissão do Estado, proliferando-se condições propícias ao esbulho das terras indígenas em favor de interesses privados, seja por ação direta, com as suas violentas políticas. Segundo a referida comissão:

Em síntese, pode-se dizer que os diversos tipos de violações dos direitos humanos cometidos pelo Estado brasileiro contra os povos indígenas no período aqui descrito se articularam em torno do objetivo central de forçar ou acelerar a “integração” dos povos indígenas e colonizar seus territórios sempre que isso foi considerado estratégico para a implementação do seu projeto político e econômico (CNV, 2014, p.250).

A CNV destinou um ponto específico do relatório ao esbulho das terras indígenas e, a esse respeito, fez as seguintes recomendações ao Estado Brasileiro:

- Regularização e desintrução das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas no período investigado pela CNV, sobretudo considerando-se os casos de esbulho e subtração territorial aqui relatados, assim como o determinado na Constituição de 1988.

- Recuperação ambiental das terras indígenas esbulhadas e degradadas como forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988. (CNV, 2014, p.254)

A constatação de que o esbulho das terras indígenas ocorreu, direta ou indiretamente (via omissão) pelo Estado não é nova, mas o fato de ela ter sido veiculada no relatório da CNV é relevante em um momento no qual a configuração do esbulho está sendo discutida em virtude das recentes decisões da mais alta corte judiciária do país.

Em virtude de todo o exposto, como exigir dos povos indígenas a sustentação de um conflito até a data da promulgação da CF/88, se foi justamente com a redemocratização do país e com a ascensão de uma nova ordem constitucional que os índios foram inseridos em um contexto mais favorável à sua sobrevivência e lograram uma proteção mais efetiva de seus direitos, podendo inclusive ingressar em juízo para defendê-los?

Com efeito, esses questionamentos não são esclarecidos pela teoria do fato indígena, cuja aplicação não favoreceu a pacificação das situações reais de conflitos entre índios e não índios, gerando ainda mais insegurança jurídica para todos os envolvidos.

CONCLUSÃO

A fim de romper com a política integracionista violenta e opressora das populações indígenas, o Estado consagrou, quando da promulgação da CF/88, o paradigma da interação, conferindo aos índios a proteção constitucional às suas identidades e aos seus territórios e, sobretudo, garantindo que permaneçam enquanto grupos diferenciados na complexa sociedade pluriétnica e multicultural brasileira.

A identidade é o núcleo dos direitos indígenas, sendo o fundamento de todos os direitos específicos. Assim, a interpretação e a efetivação dos direitos indígenas deverão sempre estar pautadas na garantia da identidade, no direito dos índios de serem índios e de permanecerem como tais.

Dentre os direitos indígenas, o direito à terra destaca-se na atualidade por dois principais motivos: garantir às populações um espaço para sobrevivência física e cultural e envolver disputas por territórios.

Na esfera administrativa, a efetivação do direito à terra indígena constitui desafio para o Poder Estatal, existindo, segundo dados da FUNAI, apenas oito terras homologadas.

Na esfera judicial, essa dificuldade de efetivação é reproduzida. O Supremo Tribunal Federal firmou a teoria do fato indígena, a qual, como estudado, estabelece um marco temporal para a ocupação indígena (05 de outubro de 1988) como requisito para a demarcação da terra, requisito este flexibilizado apenas em casos de renitente esbulho.

A teoria do fato indígena foi criticada neste trabalho pela falta de previsão expressa do marco temporal na Constituição, implementando o STF uma interpretação excessivamente restritiva do direito à terra, direito este originário e assegurado em Constituições anteriores. Igualmente carece de previsão constitucional o renitente esbulho, o qual deve ser afastado pelo fato de a História demonstrar que as populações indígenas foram compulsoriamente retiradas de suas terras, de forma direta ou indireta (via omissão) pelo Estado e por não índios.

Por todo o exposto, concluímos esse trabalho entendendo ser inconstitucional a teoria do fato indígena, visto que ela não está prevista nem implícita nem expressamente na Constituição Federal de 1988. Na prática, o fato indígena tem obstaculizado a efetividade do

direito à terra e, por conseguinte, do direito à diferença, pois, como visto, não há como preservar a identidade sem garantir a terra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório**. Brasília:CNV, vol.II, 2014. Disponível em:< http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf >Acesso em: 11 abr.2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Plenário, Brasília, DF, DJE 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 11 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 803462, , Brasília, DF, DJE 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 11 abr.2016.

CALLEFI, Paula. **“O que é ser índio hoje?”** A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI. Redalyc, [S.l.], 2003. Diálogos Latinoamericanos. Disponível em: < <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/23103.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2016.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Quem somos**. Disponível em: < http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=paginas&conteudo_id=5685&action=read> Acesso em: 16 set.2015.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Terras indígenas**. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 11 abr.2016.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1993.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **“Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe”:** a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Fortaleza, UFC, 2011. 337p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco. Sem tutela, uma nova moldura de nação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal. (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo&Rothschild: Anpocs, 2008.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. **Teoria do fato indígena: novos paradigmas interpretativos para a (in)aplicação do direito originário dos índios sobre suas terras tradicionais**. Fortaleza, UFC, 2010. 108p. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2010.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Povos Indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. **Parecer jurídico**, 2015 ou 2016. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/parecer-jose-afonso-da-silva-marco-temporal.pdf> Acesso em: 11 abr.2016.

SILVA, Telma Camargo da. **O fazer antropológico e a responsabilidade social de seus praticantes**: algumas considerações iniciais. Redalyc, Goiás, 2003. Sociedade e Cultura. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/pdf/703/70360102.pdf>>. Acesso em: 11 abr.2016.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1993.