

DIREITO À TERRA: A PRESERVAÇÃO DA CULTURA DOS POVOS ORIGINÁRIOS, A CONSTITUIÇÃO, A SUPREMA CORTE, UM GOVERNO FASCISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

*LAND RIGHTS: THE PRESERVATION OF THE CULTURE OF NATIVE PEOPLES, THE
CONSTITUTION, THE SUPREME COURT, A FASCIST GOVERNMENT, AND
FUNDAMENTAL RIGHTS*

Ane Elisa Perez²
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

O artigo visa a relacionar o tema do Congresso havido na Cidade de Belo Horizonte de 20 a 22 de setembro de 2023 – “*IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais*” com o tratamento dispensado pelas instituições no Brasil sobre a questão dos povos originários, com o esforço dispensado por instituições da sociedade civil de resgate da cultura indígena no Brasil e pela preservação dos seus direitos, tão explícitos na Constituição Federal de 1988, e tão relativizados e vilipendiados nos últimos anos, num verdadeiro balé de decisões, administrativas e jurídicas, que colocam em questão o direito à terra destes povos que aqui já se encontravam muito antes da chegada de seus invasores, colonizadores.

Palavras-chave:

Povos Indígenas. Direito à Terra. Constituição Federal de 1988. Marco Temporal. Suprema Corte do Brasil.

Abstract:

The article aims to relate the theme of the Congress in Belo Horizonte City from September 20th to 22nd, 2023 – “*IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade - Tema do Ano de 2023: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais*” with the treatment of institutions in Brazil on the issue of original peoples, with the effort made by civil society institutions to rescue indigenous culture in Brazil and the preservation of their rights, so explicit in the Federal Constitution of 1988, and so relativized and vilified in recent years, in a true ballet of decisions, administrative and legal, that call into question the right to land of these peoples who were here long before the arrival of their invaders, colonizers.

Keywords:

Indigenous peoples. Right to Earth. Federal Constitution of 1988. Time Frame. Supreme Court of Brazil

1. INTRODUÇÃO

¹ Artigo escrito com base na Conferência proferida por ocasião do Congresso Internacional havido na Cidade de Belo Horizonte: “*IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais*”, que ocorreu na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos dias 20 a 22 de setembro de 2023.

² Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Mestrado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (2021). Especialista em Direito Administrativo Contratual pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2010). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994). É sócia fundadora do escritório PGD Perez, Giannella, DÁvola Sociedade de Advogadas.

O artigo 23, da Constituição Federal de 1988³, é um dispositivo legal que reconhece e garante os direitos dos povos indígenas no Brasil.

Tem sido, porém, relativizado no curso do tempo, num jogo coordenado pelas instituições, de forma a atender diversos interesses econômicos, como de agropecuaristas, mineradores etc., que intentam explorar suas terras, ainda ricas em recursos naturais, cujos atores diretos desta empreitada utilizam-se de recursos nada legais para alcançar seus objetivos, como: a ocupação de tais terras com o extermínio dos povos indígenas, a destruição absoluta da cultura originária de tais povos e por fim, até mesmo, o extermínio desses numa forma de absoluto genocídio.

Este artigo, portanto, visa a percorrer alguns (não todos) pontos importantes para que o tema da preservação dos direitos dos povos originários esteja em pauta, observando a discussão do tema junto às principais instituições, como o Supremo Tribunal Federal do Brasil, que nos estertores de 2023 (até mesmo enquanto se desenvolvia em Belo Horizonte o Congresso⁴) terminou o julgamento do caso⁵, sem dar, porém, solução aos interesses econômicos e políticos que se escondem (ou se escancaram hoje) por trás do tema, e que poderão extirpar por definitivo o direito dos indígenas à sua terra, à sua cultura, e, enfim, à sua existência.

2. GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A redemocratização do Brasil, após anos de ditadura militar, trouxe-nos, em 1988, uma Constituição densa, recheada de direitos e garantias destinadas a salvaguardar direitos e deveres

³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. (BRASIL, CF, 1988)

⁴ Congresso Internacional havido na Cidade de Belo Horizonte: “IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais”, que ocorreu na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos dias 20 a 22 de setembro de 2023.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 101765/SC.

que serviriam, a princípio, a garantir, em especial aos povos mais suscetíveis, que seus direitos mais mezinhos, como o direito à vida digna, fossem preservados.

Com fundamento, então, em tais princípios, a CF/88 trouxe no seu art. 231 o seguinte: *“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.”*⁶

O dispositivo reconhece, então, a diversidade cultural dos povos indígenas e estabelece o direito desses povos de preservar suas tradições, línguas e crenças, além de garantir a posse das terras que tradicionalmente ocupam. O artigo 231 também estabelece que é responsabilidade da União demarcar as terras indígenas, proteger seus direitos e garantir o respeito a seus bens.

Ou seja, trata-se, o referido artigo, de uma importante conquista dos movimentos indígenas no Brasil e ele representou, também, um avanço no reconhecimento e na garantia dos seus direitos.

Não obstante isso, apesar da completude do dispositivo constitucional, os povos indígenas ainda enfrentam muitos desafios, com a absoluta violação de seus direitos, como a invasão de suas terras por garimpeiros e madeireiros ilegais, a violência inclusive contra suas mulheres e crianças e a absoluta discriminação. E isso, diga-se, não apenas por iniciativa dos grupos econômicos poderosos, mas especialmente com o apoio das instituições que, ao invés

⁶ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. (BRASIL, CF, 1988)

de cumprirem a Constituição, relativizam os direitos ali insculpidos, e, por vezes, até mesmo, agem de maneira direta e efetiva na afronta a tais garantias.

Não é de pouco tempo para cá, porém, que referidas disposições sofrem a todo momento a tentativa de relativização, em especial na busca dos interesses econômicos de pequenos grupos, porém, muito poderosos.

3. DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Dentro deste lamentável panorama de relativização dos direitos dos povos originários, é que se inaugurou junto à Suprema Corte do Brasil a discussão sobre o marco temporal indígena – no bojo do Recurso Extraordinário 1017365⁷.

Depois de quase 35 (trinta e cinco) anos da Constitucionalização da retomada do direito à sua terra pelos povos indígenas, que garantiu às comunidades indígenas o direito sobre suas terras tradicionais, originárias, o Supremo Tribunal Federal no Brasil decidiu o que se chama “marco temporal da terra indígena”, cujos grupos econômicos dominantes, ruralistas e demais interessados, por meio das instituições legislativas (Frente Parlamentar da Agropecuária), defenderam, com base em um parecer (GMF-05/2017) da Advocacia Geral da União, que a interpretação constitucional levava a entender que as comunidades indígenas apenas poderiam requerer e reivindicar espaços e terras que já ocupavam apenas na data da promulgação e entrada em vigência da Constituição Federal de 1988 (05/10/88).

No âmbito do processo de julgamento da legalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol⁸, o STF entendeu pela legalidade sob o argumento de que os povos indígenas ali já estavam no momento da promulgação da Constituição. Com isso

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 101765/SC. Relator: Min. Edson Fachin. Tema 1031. Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388. Ação Popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no Processo Administrativo demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei Nº 6.001/73e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da portaria nº 534/2005 [...]. Relator: Min. Ayres Brito. Julgado em 19/03/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

desenvolveram-se diversas ações da bancada ruralista, com base no parecer da Advocacia Geral da União, que sustentou em processo distinto que o tema seria de repercussão geral.

O marco temporal foi, portanto, debatido no STF, no bojo do processo citado em 2009⁹. Embora dissesse expressamente que o julgamento não continha efeitos *erga omnis*, para além daquele caso (Raposa Serra do Sol), em 2013, o Tribunal Regional Federal 4, usou o precedente para reintegrar a posse de uma área localizada em parte de terra indígena¹⁰.

Com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365 encerrado, cuja decisão, em suma, considerou inconstitucional a tese do marco temporal das terras indígenas, o mesmo tema tramitou na Câmara dos Deputados, por meio do Projeto de Lei 409/2007, que propunha inserir na legislação a tese do marco temporal, proibir a ampliação de terras já demarcadas, flexibilizar o contato com os povos indígenas isolados e permitir a exploração econômica de terras indígenas por parte de mineradoras e garimpeiros. Este projeto já foi transformado em Lei (Lei nº 14.701/23), promulgada em 28 de dezembro de 2023, e está vigente desde então¹¹.

O que se pergunta, porém, é: até que ponto a decisão final do STF¹² sobre a tese do marco temporal terá eficácia direta sobre os direitos indígenas no Brasil? Impactará diretamente

⁹ Demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol.

¹⁰ TRF4, APELREEX 5004607-88.2012.4.04.7117, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Ementa: Administrativo e constitucional. Processo civil. Terras da união. Reintegração de posse. ocupação por silvícolas. Necessidade da conclusão dos estudos e demarcação das terras. Manutenção da "Comunidade Kaigang" no local.

¹¹ Inteiro teor da Lei nº 14.701/23 com histórico de tramitação, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2023/lei-14701-20-outubro-2023-794847-norma-pl.html>. Acessado em 19 fev. 2024.

¹² O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou tese de repercussão geral (Tema 1.031) no Recurso Extraordinário (RE) 1017365, em que o Tribunal rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas. Tese: I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; IV - Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no art. 231, §6º, da CF/88; V - Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do art. 37, §6º da CF; VI - Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; VII - É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente

o processo de demarcação de terras e o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas? A promulgação da Lei nº 14.701/23 pelo Congresso Nacional – o qual, inclusive, barrou os vetos presidenciais que tentavam alinhar o texto com a decisão do RE 1017365 - poderá se sobrepor ao que foi decidido pelo STF?

4. UM GOVERNO FASCISTA E A DESTRUIÇÃO DE UM POVO

É evidente que a corrente fascista que assolou o Brasil nos últimos anos impactou a decisão do Congresso Nacional sobre o “direito à terra pelos povos originários”. Não só isso. O próprio STF, demonstrando a posição majoritariamente de direita no Brasil, deixa evidente a influência destes deletérios grupos econômicos no processo legislativo e judicial.

Afastado pelas últimas eleições diretas e democráticas, veio à tona, o fato de que o governo anterior (de extrema direita) lidou com o assunto da preservação dos direitos indígenas de forma que se pode cogitar que havia a caracterização da implementação de uma verdadeira tentativa de exterminar com o povo Yanomami, uma das etnias mais atingidas pela implementação desse projeto de morte.

Desde o início do mandato do ex-presidente, observou-se uma postura absolutamente hostil em relação aos povos indígenas, com a implementação de medidas efetivas que visaram a ameaçar seus direitos e territórios. Entre as ações que o ex-governo implementou, com o apoio de importantes instituições como o exército, por exemplo, os Yanomamis e outros povos

diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT); VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado; X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional ao meio ambiente, sendo assegurados o exercício das atividades tradicionais dos indígenas; XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514834&ori=1>>. Acessado em 20 fev. 2024.

indígenas passaram pela redução de recursos para a proteção ambiental e a demarcação de terras indígenas, houve o enfraquecimento dos órgãos responsáveis pela proteção dos direitos indígenas e a promoção de atividades econômicas predatórias em territórios indígenas, autorizadas pelo então governo federal, num orquestramento entre órgãos responsáveis pela fiscalização da atividade mineradora e de controle de desmatamento (com o avanço da agropecuária) e a retirada de recursos necessários para a proteção de tais reservas.

Além disso, há relatos ¹³ de violência e conflitos envolvendo garimpeiros ilegais e povos indígenas na região amazônica, especialmente onde os Yanomamis vivem. Essa violência está absolutamente associada à política do ex-governo de incentivar a mineração em territórios indígenas e de enfraquecer a fiscalização ambiental.

E não se pode perder de vista que, como declarado publicamente pelo ex-presidente¹⁴, a ideia era a exterminação da população, ou seja, a destruição total e intencional de todo o grupo étnico e cultural dos Yanomamis. Os Yanomamis foram descobertos com problemas sérios de saúde – crianças desnutridas, mulheres e adolescentes vilipendiadas pela troca de alimentos com os garimpeiros, relatos de mais de 570 mortes de crianças por desnutrição e malária neste período¹⁵.

Não se pode dizer que as ações daquele desgoverno, encorajado pela relativização, nada indene, sistematizada pelas instituições, que deveriam garantir os evidentes direitos constitucionalizados, passaram apenas de abuso de autoridade, equívocos pontuais. São atos genocidas – e as instituições, como o Judiciário e o Legislativo, devem ser cobrados de forma veemente a atuarem na defesa dos direitos dos povos originários.

5. ALTERIDADE, GARANTIAS E EXCLUSÃO

¹³ FUNDAÇÃO FIOCRUZ, Mapa de Conflitos: Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil. O garimpo ilegal e o genocídio yanomami. Disponível em :<<https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rr-invasao-de-posseiros-e-garimpeiros-em-terra-yanomami>>. Acessado em 20 fev. 2024.

¹⁴ Declaração do ex-presidente Jair Bolsonaro (jan. 2019 a jan. 2023) absolutamente discriminatória quando ainda era deputado federal (em 1998): "Até vale uma observação neste momento: realmente, a cavalaria brasileira foi muito incompetente. Competente, sim, foi a cavalaria norte-americana, que dizimou seus índios no passado e, hoje em dia, não tem esse problema em seu país - se bem que não prego que façam a mesma coisa com o índio brasileiro; recomendo apenas o que foi idealizado há alguns anos, que seja demarcar reservas indígenas em tamanho compatível com a população", foi a declaração completa. (Disponível em <https://lupa.uol.com.br/jornalismo/2018/12/06/verificamos-bolsonaro-cavalaria>. Acessado em 20 fev. 2024.)

¹⁵ PORTAL METRÓPOLES. Guajajara: 570 crianças yanomamis morreram de fome nos últimos 4 anos. Disponível em < <https://www.metropoles.com/brasil/guajajara-570-criancas-yanomamis-morreram-de-fome-nos-ultimos-4-anos>>. Acessado em 20 de fev. 2024.

O que é alteridade? É uma situação, um estado ou uma qualidade que se constitui através de relações de contrastes, distinção de diferença. Noção do que é outro. Do que é distinto.

Como se ouviu nas palestras magistrais do Congresso¹⁶, especialmente nas falas dos Professores Javier Espinoza¹⁷ e Jorge Douglas Price¹⁸, e como nos ensina o Professor De Giorgi¹⁹, a esperança construída da metade do século passado para este se dá na expectativa ilusória de um futuro no qual uma razão universal, cosmopolita, poderia assegurar os indivíduos face ao Estado, o direito diante do poder, as diferenças diante da uniformização, o acesso igual de todos aos bens sociais, o espaço de uma comunicação livre.

E, assim, se constitucionalizaram as relações entre direito e política, com a criação de um catálogo de direitos fundamentais.

Tal percurso, porém, como afirma Professor De Giorgi²⁰, já “havia sido proclamado um século e meio antes e coexistiu com a mais negra escravidão e com os guetos de extermínio em que eram marginalizados e explorados os antigos e os novos famélicos da terra”.

Com isso, diz o Prof. De Giorgi ²¹:

o direito constitucional moderno realiza uma transformação genética que resulta na centralidade dos princípios constitucionais, que traz consigo uma transformação da argumentação em teoria do direito e de justiça, o que se reveste, na verdade em uma grande mentira.

É neste contexto, portanto, que se debruça este artigo sobre a situação do longo processo de colonialismo que os povos indígenas sofreram no curso da história no Brasil. Como se sabe, e como aconteceu no processo de colonialismo pelo mundo, os povos indígenas foram e são expulsos de suas terras em virtude da ocupação entusiasta daqueles produtores rurais, mineradores (donos de terras – o famoso direito à propriedade), e da ocupação por todos aqueles que com o “intuito civilizatório” pautaram e pautam tal exploração e esbulho.

¹⁶ IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais. Programação disponível em <https://www.otempododireito.com/general>. Acessado em 20 fev. 2024.

¹⁷ Javier Espinoza de los Monteros é professor de Direito na Universidade de Anáhuac. Livros publicados: <<https://www.anahuac.mx/mexico/EscuelasyFacultades/derecho/claustro/dr-javier-espinoza-de-los-monteros>>. Acessado em 20 fev. 2024.

¹⁸ Jorge Eduardo Douglas Price é professor da (Universidad Nacional de Comahe (Argentina). Disponível em <<https://www.cpavzo.org.ar/media/profesores/Douglas%20Price%20Jorge%20Douglas%20Price.pdf>>. Acessado em 20 fev. 2024.

¹⁹ Raffaele De Giorgi é professor da Universidade de Salento (Itália). Disponível em <<https://www.unisalento.it/scheda-utente/-/people/raffaele.degiorgi/risorse-correlate>>. Acessado em 20 fev. 2024.

²⁰ Palestra do professor Raffaele De Giorgi no IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais. Programação disponível em <https://www.otempododireito.com/general>. Acessado em 20 fev. 2024.

²¹ Apud palestra do professor Raffaele De Giorgi no IV Congresso....

Como se disse acima, a pauta, porém, é intensa desde a Constituição de 1988, quando os tribunais, os ruralistas, os grupos poderosos economicamente de mineradores, e outros atores jurídico-político-econômicos interessados que disputam tais terras – a par do êxodo indígena pelo país imposto desde há muito – passaram a discutir os contornos do disposto no art. 231, da CF de 1988, que lhes assegura suas terras originárias, cuja expressão carrega consigo todas as características do contexto cultural, mais que possessório sobre este direito constitucionalizado²².

O que se nota, porém, é um concerto institucional, dos três poderes, que visa impossibilitar o ingresso dos indígenas na terra, até porque quem legislou sobre tal direito foi o Supremo Tribunal Federal, que evidentemente relativizou o disposto no citado art. 231 do Texto Constitucional.

Os constantes conflitos fundiários envolvendo indígenas e não indígenas no limite do crescimento econômico dos países que sofreram colonização reacenderam a discussão, tanto nacional como internacional, a respeito dos direitos originários dos povos. A demarcação das terras indígenas encontra-se neste cenário.

Mas o que se percebe, por óbvio, é que o texto constitucional, por si só, não é suficiente para garantir a efetivação do direito que prevê. A ausência de qualquer menção à posse e ao domínio das terras indígenas nos códigos civis deixa clara a disfuncionalidade da aplicação de uma interpretação constitucional de acordo com as constelações do momento, como diria Luhmann²³.

Com isso, ao longo do século, os indígenas foram despossuídos de suas terras, obrigados a migrar por terras em que sequer existiam cursos d'água, convencidos a se tornarem trabalhadores assalariados, por vezes, para seus próprios despojadores, foram obrigados a aglomerarem-se em assentamentos desprovidos de história, de cultura e de suas próprias e específicas crenças, mitos e rituais (culturalmente atrelados à terra)²⁴.

E, como se disse acima, depois disso, depois de quase 35 (trinta e cinco) anos da Constitucionalização da retomada do direito à sua terra pelos povos indígenas, o Supremo Tribunal Federal no Brasil decidiu de forma não unânime o que se chama “marco temporal da terra indígena”, garantindo os direitos dos povos originários às terras sem restrições, porém com um viés e uma preocupação econômica de se ressarcirem aqueles que hoje “legitimamente” as possuem. Dia seguinte, porém, a Câmara dos Deputados não apenas voltou o tema à

²² GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. Matrioska Editora, 2021.

²³ LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

²⁴ *Apud* GONZAGA (2021.)

tramitação, como aprovou em tempo brevíssimo a Lei nº 14.701/23, a qual coloca em xeque a já frágil posição da Corte Constitucional. Assim, o vilipêndio aos direitos dos povos originários poderá politicamente levar de forma definitiva à perda de boa parte das terras em processo de demarcação (a maioria se encontra nesta situação).

Por isso, como bem colocado pelo Prof. De Giorgi em sua magistral palestra no Congresso que deu base para este artigo, retornamos à eterna exclusão sob o pretexto da inclusão universal de todos, que produz um contínuo excesso de alteridade, agora deslocalizada, flutuante e desmaterializada a que, o próprio direito, política e economia se incumbem. Porque aqui os centros dos sistemas é que se transformam dando lugar à produção dos problemas universais, e tornam-se incompetentes porque, como no direito, já não se consegue imunizar a sociedade contra si mesmo.

6. O POPULISMO E A MANIPULAÇÃO DAS GARANTIAS

No contexto do que se colocou acima, vale a pena atentarmos para o que se pode chamar de manipulação das garantias, é de se dizer que o populismo frequentemente instrumentaliza as garantias constitucionais, moldando-as para legitimar a centralização do poder. O Professor De Giorgi bem pontuou em sua magistral palestra que "o populismo não apenas ignora os princípios constitucionais, mas frequentemente os subverte, reinterpretando-os de maneira que os direitos e garantias fundamentais são mobilizados apenas em função de uma maioria artificialmente construída". Essa reinterpretação transforma as garantias constitucionais em ferramentas de manipulação, distanciando-se de seu propósito original de proteção à pluralidade.

Laclau²⁵ explica que o populismo constrói um antagonismo entre “nós” (o povo) e “eles” (as elites), onde o líder encarna a "vontade popular" contra os interesses das elites. Essa lógica de "significação vazia" permite que o populismo redirecione conceitos como liberdade de expressão e direito de manifestação para centralizar o poder, moldando a narrativa pública conforme seu projeto

Stephan Kirste²⁶ contribui ao analisar a "estrutura temporal reflexiva" do direito, que organiza o sistema jurídico para gerir riscos futuros e proteger a continuidade democrática. A

²⁵ LACLAU, Ernesto. *A Razão Populista*. Tradução Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Ed. Três Estrelas. 2013.

²⁶ KIRSTE, Stephan. *A gestão do risco por meio da Estrutura temporal reflexiva do direito*. In *Direito e Democracia, Futuro e Risco*. 1ª. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido. 2022.

manipulação populista dessas garantias quebra essa estrutura ao utilizar direitos constitucionais para finalidades imediatistas, comprometendo seu papel preventivo e a integridade a longo prazo. Laclau observa que a lógica populista é essencialmente "antagonística e hegemônica", buscando resultados imediatos sem considerar implicações futuras

Ou seja, as garantias constitucionais, deveriam proteger contra riscos institucionais e garantir a continuidade do sistema democrático. A apropriação dessas garantias pelo populismo, tanto político quando judicial, transforma-as em instrumentos de poder temporário, desviando-as de sua função original de proteção institucional.

Com isso, é importante ver que a manipulação das garantias constitucionais gera um impacto duradouro e corrosivo no Estado Democrático de Direito. Levitsky e Ziblatt, em “Como as Democracias Morrem”, alertam que a democracia raramente é destruída abruptamente, mas enfraquece à medida que suas instituições perdem força. Reforça-se, assim, que o populismo simplifica os princípios democráticos para fortalecer o poder centralizado e a polarização social

Desta forma, o populismo aproveita vulnerabilidades das democracias para deslegitimar instituições intermediárias, em nome de uma “vontade popular” fabricada. Isso distorce as garantias constitucionais, expondo o sistema democrático ao risco de fragmentação e deslegitimação.

Com isso, para resistir ao uso populista das garantias, é necessário para fortalecer as instituições democráticas e assegurar a integridade do direito. De Giorgi destaca a importância de proteger a integridade dos princípios constitucionais, mantendo o caráter preventivo das garantias. No mesmo sentido, Laclau aponta que a resistência ao populismo envolve uma disputa hegemônica, onde é preciso “rearticular” o significado das garantias constitucionais para preservar sua função de defesa da pluralidade.

A educação cívica e a sociedade civil organizada são essenciais para reconstruir a percepção pública das garantias como instrumentos de defesa da democracia, evitando que se tornem ferramentas de concentração de poder.

Dado este contexto, e considerada a profunda conexão entre os povos indígenas e seus territórios, qualquer tentativa de legislar ou decidir sobre essas terras deve ser feita com extremo cuidado, considerando o impacto irreparável que decisões econômicas e políticas podem gerar sobre as culturas e existências desses povos. Reconhecer o papel central das instituições em proteger e respeitar os direitos originários é essencial para evitar a repetição de erros históricos que perpetuaram a exclusão e o genocídio. Assim, é imperativo que os três poderes do Estado atuem de forma coordenada, transparente e, acima de tudo, alinhada ao espírito constitucional,

colocando a dignidade humana e os direitos fundamentais como norteadores inegociáveis, sem que se dê neste contexto um uso imediatista e populista a estas garantias.

7. CONCLUSÃO

Há um movimento civil-social importante - o “decolonialismo indígena”²⁷, que busca reconhecer e valorizar as culturas e tradições dos povos indígenas, que foram e são sistemática e historicamente subjugados e marginalizados. O movimento tem ganhado força nos últimos anos, em resposta aos desafios enfrentados pelos povos indígenas em todo o mundo, como a perda de territórios, a violação dos direitos humanos e a falta de reconhecimento e valorização de suas culturas e tradições.

Importante que haja, no contexto do que se relatou neste artigo, uma retomada da resistência e defesa dos interesses destes povos.

Não se pode acreditar na névoa construída pela expectativa ilusória “de um futuro no qual uma razão universal, cosmopolita, poderia assegurar os indivíduos face ao Estado, o direito diante do poder, as diferenças diante da uniformização, o acesso igual de todos aos bens sociais, o espaço de uma comunicação livre”²⁸, mas há de se manter de pé e ativa a atenção sobre a tentativa constante de afronta à vida daqueles povos que nasceram com a terra, cuidaram e dela (e nela) vivem até o momento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.

BRASIL, **Lei nº 14.701/23**. Histórico de tramitação. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2023/lei-14701-20-outubro-2023-794847-norma-pl.html>>. Acessado em 19 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388. Ação Popular**. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no Processo Administrativo demarcatório.

²⁷ GONZAGA (2021, p. 148): “Associam-se, assim, as novas epistemologias latino-americanas que propõem uma leitura decolonial e introduzem a temática indígena como referencial para construção de novos conhecimentos e novas práticas de relações humanas e com o meio ambiente. É necessário decolonizar a atual conjuntura e isso significa compreender a dimensão colonial ocidental a que os indígenas brasileiros foram submetidos nos últimos 521 anos. Nesse sentido, é imprescindível que seja promovida a união dos povos originários que sempre foram, e serão, ligados pela terra e suas raízes, e não pelo patrimônio do colonialismo e seu molde explorador até hoje vigente guiado pelos interesses eurocentristas remanescentes. [...] O Decolonizar indígena é o *dever* dos povos originários em que pensamos no futuro pós-colonização e escrevemos uma nova história com a tinta vermelha de garantir direitos.”.

²⁸ *Apud* palestra do professor Raffaele no IV Congresso....

Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei Nº 6.001/73e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da portaria nº 534/2005 [...]. Relator: Min. Ayres Brito. Julgado em 19/03/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 101765/SC**. Relator: Min. Edson Fachin. Tema 1031. Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina. Disponível em : <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 4ª Região – TRF4, **Apelação em Recurso Extraordinário. 5004607-88.2012.4.04.7117**, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Ementa: Administrativo e constitucional. Processo civil. Terras da união. Reintegração de posse. ocupação por silvícolas. Necessidade da conclusão dos estudos e demarcação das terras. Manutenção da "Comunidade Kaigang" no local. FUNDAÇÃO FIOCRUZ, Mapa de Conflitos: Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil. **O garimpo ilegal e o genocídio yanomami**. Disponível em :<<https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rr-invasao-de-posseiros-e-garimpeiros-em-terra-yanomami>>. Acessado em 20 fev. 2024.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. Matrioska Editora, 2021.

KIRSTE, Stephan. **A gestão do risco por meio da Estrutura temporal reflexiva do direito**. In Direito e Democracia, Futuro e Risco. 1ª. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido. 2022.

LACLAU, Ernesto. **A Razão Populista**. Tradução Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Ed. Três Estrelas. 2013.

LUHMANN, Niklas. **Introdução a teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011.

PORTAL METRÓPOLES. Guajajara: 570 crianças yanomamis morreram de fome nos últimos 4 anos. Disponível em <<https://www.metropoles.com/brasil/guajajara-570-criancas-yanomamis-morreram-de-fome-nos-ultimos-4-anos>>. Acessado em 20 de fev. 2024.

Submissão: 21/11/2024. Aprovação: 05/12/2024