

# Constitucionalismo e o Marco Temporal: alusões positivistas na proteção dos direitos dos povos indígenas

Janicleide Marques Lima<sup>1</sup>

Sérgio Ricardo Ribeiro Lima<sup>2</sup>

Emerson Francisco de Assis<sup>3</sup>

## Resumo

Este estudo tem como objetivo buscar os pressupostos e repercussões sobre a interpretação substantivada da Constituição de 1988 no julgamento da Terra indígena Raposa Serra do Sol. Este julgamento resultou no novo conceito jurisprudencial na tese do Marco Temporal. O procedimento de investigação sobre o tema é uma abordagem exploratória do julgamento, evidenciando elementos de uma interpretação funcional-processual de um passado que ainda se faz presente nas violações dos direitos dos povos indígenas, assentes na inconstitucionalidade desta tese. Para tanto, buscaremos, a partir das ideias de Kelsen acerca da amplitude do constitucionalismo, uma crítica conselheira aos princípios condicionantes da norma e dos limites jurídicos do intérprete constitucional.

**Palavras-chave:** Marco Temporal; Povos indígenas; Constitucionalismo; Juspositivismo.

## Abstract

This study aims to seek the assumptions and repercussions on the substantive interpretation of the Constitution of 1988 in the judgment of the Land Indigenous Raposa Serra do Sol. This judgment resulted in the new jurisprudential concept in the Marco Temporal thesis. The investigation procedure on the subject is an exploratory approach to the trial, highlighting elements of a functional-procedural interpretation of a past that is still present in the violations of the rights of indigenous peoples, based on the unconstitutionality of this thesis. Therefore, we will seek, based on Kelsen's ideas, about the breadth of constitutionalism, an advisory critique of the conditioning principles of the norm and the juridical limits of the constitutional interpreter.

**Keywords:** Marco Temporal; Indigenous People; Constitutionalism; Juspositivism.

---

<sup>1</sup> Graduação em Filosofia pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC); especialista em Ciências Jurídico-Filosóficas e Mestra em Ciência Jurídica pela Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa (FDUL), Portugal. Cor-el: jani.marqueslima@gmail.com

<sup>2</sup> Pós-Doutoramento em Ciências Sociais pelo Centro de Estudos Sociais (CES), Universidade de Coimbra, Portugal; professor Titular no Departamento de Economia da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Cor-el: sricardo@uesc.br

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); professor do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA); Cor-el: obrejineiro@hotmail.com

## **1 INTRODUÇÃO**

O direito brasileiro vem vivenciando mudanças significativas após a Constituição de 1988, evidenciada nas teorias jurídicas e nas novas práticas dos tribunais, designada por um *neoconstitucionalismo*. Na sua releitura, alguns pensadores designam sobre uma nova forma de promover o Direito em escala socialmente ampla, atribuída em parte, na efetivação das propostas elencadas como direitos fundamentais. Essa traz-nos uma nuance mais incisiva e limitadora do poder estatal para assumir no espaço do ordenamento jurídico as diferenças materiais entre os sujeitos de direito, principalmente no caso da Constituição brasileira, em seu caráter multicultural.

Contudo, as interpretações da Constituição, em seu caráter gramatical e temporal, podem causar “tumultos” quando a proteção de um direito está em vertente contrária da primazia enraizada nas instituições políticas do Estado brasileiro. O seu caráter de proteção constitucional pode vir a ser destituído do consentimento moral que o elencou. Neste contexto de novas atribuições do poder judiciário para a aplicação do direito substancializada, buscamos averiguar as causas e efeitos das novas interpretações jurídicas no conceito intitulado “Marco Temporal”. Neste embate, buscaremos nas discussões dos princípios hermenêuticos da fundamentalidade constitucional, bem como no caráter jurídico-filosófico no legalismo de Hans Kelsen, posto que culmina no afastamento do direito dos Povos Indígenas no Brasil e sua proteção constitucional. Esse percurso teórico acima nos remete a uma apreciação metodológica de caráter histórico-analítica, concernentes a uma abordagem interpretativa funcional-processual dos “recortes temporais” entre a Constituição de 1988 e o novo conceito jurisprudencial, e histórico-filosófico, na busca de fundamentos que promovam uma crítica conselheira aos limites da interpretação constitucional.

## **2 PLURALISMO E O ESTADO VIOLADOR DE DIREITOS**

No contexto Constitucional, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas se faz, de certa forma, dos acordos morais a que se abre aos modos de vida e identidade cultural, e estes devem ser guardiães dos valores de uma sociedade democrática e plural. Neste limiar, o Constitucionalismo absorve expressões democráticas que ressaltam e exigem a efetivação dos direitos para a realização dos projetos de vida antagônicos numa esfera pública marcada por uma existência conteudista e pluralista. Todavia, aos defensores dessa nova necessidade do direito - e seu uso na aplicação jurídica, em vista à supremacia Constitucional – postula-se a criação de uma nova interpretação com direitos resistentes face ao poder político e economicamente dominante, onde sua proteção passa a caber ao Poder Judiciário.

Na atual Constituição brasileira, Art. 215, diz-se que o Estado garantirá o exercício pleno de seus direitos culturais; logo, na observância dos tratados internacionais, como a OIT (Organização Internacional do Trabalho), considera-se seus modos de organização econômica, social e tradicional, bem como o próprio trabalho, dirigidos por ideais centrais de identidade e liberdades expressivas. Deste modo, a tomada de decisões e as escolhas devem ser dos próprios cidadãos, haja vista o caráter emancipatório dos textos de congruência democrática (BRASIL,1988) (Convenção n.169, 1989).

Contudo, as buscas pela sua legitimidade, perante a Lei, no tocante à proteção dos direitos dos povos indígenas - em uma lógica participativa e multicultural, averbados por valores da sociedade -, tem sua matéria em digressão de seus direitos que colocam os povos indígenas em mais uma situação de vulnerabilidade.

Como resultado, entraves judiciais e digressões dos direitos dos povos indígenas são vistos em disputas, principalmente quando os direitos civis entram em conflito com os direitos territoriais indígenas, que, por sua vez, são agora demarcados em uma temporalidade, sobressaindo a sua concepção moral e da proteção Constitucional.

Da distinção categórica dos conflitos entre os povos indígenas e a sociedade civil, observa-se a conveniência de uma posição favorável na dimensão do direito e na representatividade política, tanto quanto jurídica. Estamos a falar dos princípios de maior peso em decisão jurídica, que diante da dificuldade do juiz e ao recurso à Lei (não suficiente para solucionar os casos), ficam à critério de padrões morais e políticos em expressões e considerações sobre uma equidade.

Podemos perceber isso no agravamento da situação dos povos indígenas nas interpretações jurídicas, em considerações a que chamaremos de “involução de direitos” numa exposição contrária, por exemplo, dos ideais de Dworkin sobre a construção dos direitos como diminuição da desigualdade social a partir das orientações jurisprudenciais (DWORKIN, 2000).

Sem embargo, de maneira historicamente retratada e juridicamente evidenciada, os povos indígenas ficam à espreita de gozar plenamente de seus direitos, posto que os princípios discricionários presentes são voltados para a promoção e desenvolvimento econômico, e não moral. Nos discursos políticos e jurídicos aduzidos na PET. 3.388/RR (Terra Indígena Raposa Serra do Sol) expõe-se uma nova configuração e interpretação dos seus direitos, onde se pode perceber que nas considerações principiológicas já os são moralmente injustos.

Pontuamos o Embargo da Declaração na Ação Popular do Estado de Roraima sobre a validade da Portaria n. 534/2005 do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial de homologação (s/n), interpelada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto (PDT). Este traz, em seu escopo jurídico, além das violações dos direitos dos povos indígenas, o litígio das ordenações do Estado roraimense, em face da proteção dos povos indígenas e as analogias firmadas junto à Corte sobre as relações dos direitos com o direito civil, no que dificulta a esses povos o acesso à justiça. São elas: 1) Da Ação Popular sobre a legitimidade da demarcação das Terras indígenas (Raposa Serra do Sol) a considerar que o procedimento foi viciado e ofende aos “princípios de razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e o devido processo legal”. 2) Da compreensão sobre os conflitos de terras indígenas como um litisconsórcio intermitente, interpretado como conflito possessório de Direito Civil.

A ação popular ajuizada pelo Senador em face da União busca, na iniciativa de declaração, a nulidade (visto que postulam a inviabilidade) da Portaria 534/05 – MJ e de sua competência no referido processo, no que nos trazem não somente os modos reflexíveis sobre o problema, mas o plano político e discursivos sobre os direitos indígenas e o futuro dos povos. Percebemos posteriormente também em vários projetos de Lei que tramitam no congresso, dentre estes, a PL 490<sup>4</sup>, além de outros processos de anulidade de demarcações de terras indígenas. Como exemplo, o embate tramitado no STF, acerca da perspectiva de conflitos envolvendo os povos indígenas, está no embargo do Estado de Santa Catarina, na Ação Cível

---

<sup>44</sup> A PL 490/2007 prevê o direito aos indígenas e seus respectivos territórios tradicionais àqueles que nela estejam em posse desde a promulgação da constituição de 1988, mesmo que estes fossem afastados por consequências históricas de dominação e expulsão.

Originária (ACO) 2323, que discute a demarcação de terra indígena. Esta ação, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, que em síntese, é uma ação interposta pelo estado de Santa Catarina contra a União Federal e a Fundação Nacional do Índio (Funai), visa à *nulidade do processo administrativo* que culminou na edição da Portaria declaratória n.º 771/ 2008, do Ministério da Justiça, que concede o direito à ocupação tradicional da Terra Indígena Morro dos Cavalos, localizada em Palhoça (SC), pelos Guaranis Mbya, Xokleng e Nhandeva.

Conquanto, das alegações do Estado Roraimense, na representatividade do Senador Affonso Botelho (PDT), a demarcação afeta milhares de trabalhadores que cultivam a área, obrigando-os a abandonar “suas terras”, causando assim, prejuízos à Segurança Nacional, na perspectiva da produção de alimentos (na área cultivavam arroz). Assim, pede-se, então, a exclusão de fazendas sob o fundamento que seria de ocupação privada desde o início do século XX (BRASIL, 2009, p. p. 93-95).

Podemos dispor aqui perguntas retóricas aos atos impugnados:

- i) o patrimônio do Estado e os princípios de proporcionalidade estão em consonância aos princípios constitucionais na promoção do bem estar e garantias fundamentais coletivas, posto que também possamos incluir a proteção dos direitos ambientais também como parte da organização social?
- ii) Os direitos coletivos estão para perspectiva individualista, já que os princípios de proporcionalidade - que mencionam - está para a proteção de alguns agricultores e não da área de preservação ambiental que por ventura, abrigam várias etnias indígenas que vivem neste território?

Os recursos naturais são respaldam um dos aspectos para o pedido de demarcação da reserva, uma vez que as comunidades ali viventes são constantemente ameaçadas pelos madeireiros e pelo agronegócio. A lógica é um sistema sincronizado: derrubam-se as árvores, favorecem as madeiras; o território livre favorece ao agronegócio. Contudo, os direitos indígenas são questionados e ficam como resposta dos inúmeros conflitos resultante da reorganização do país, principalmente econômica. Nas considerações do Senador Affonso Botelho, a demarcação indígena afeta milhares de trabalhadores causando enormes prejuízos à sociedade brasileira, além da projeção externa do Estado sensível às grandes pressões internacionais. O Senador ressalta as intenções da ONU consoante à proteção dos Direitos

Humanos indígenas, que ficam a restringir, mediante aos acordos internacionais, a atuação militar na área, no que dificulta a fiscalização e controle do território.

As alegações, interpretadas pelo Senador levam a um paradoxo concernente à tutela do indígena no Brasil, pois transmite uma mensagem que contradiz a Carta Constitucional. E, como expõe no Decreto 534/05, a reserva Raposa Serra do Sol, que o mesmo se constitui em “regime jurídico de dupla afecção, como bem da União destinado à preservação do meio ambiente, e a realização dos direitos Constitucionais dos índios que ali vivem” [...] em que se percebe nos dispositivos do processo a tutela ambiental - como também a indígena - pelo Estado brasileiro posto na Carta Maior (BRASIL, 2005).

Entretanto, as diretrizes já afirmam a negligência do Estado sobre as leis de conservação ambiental; e mais, sobre o direito das comunidades indígenas viventes na área, posto que não houve até o momento a mediação entre os conflitos territoriais, além da proteção do meio ambiente, onde ficam às margens dos interesses econômicos dominantes. Além do mais, o poder público legislativo do Estado reclama do Ministério de Justiça a autoridade sobre as decisões do caso, face aos interesses econômicos e sociais roraimenses.

Todavia, numa sociedade democrática não há uma necessidade de tutela, nem um Estado paternalista, nem menos de um guardião estatal de valores morais, posto que as pautas da boa vida devem ser definidas por cada indivíduo e por cada coletividade, em seus acordos morais fundadas em suas constituintes. Esses valores já estariam intrínsecos na sociedade e postulados em suas leis. Não deveria o tribunal constitucional realizar guarda e fazer escolhas de valores morais que orientam a vida em sociedade.

Ademais, no caso exposto, doravante ao voto do relator Ministro Luiz Roberto Barroso, no Acordão, podemos aludir sobre os princípios que se versam sobre a proteção dos povos indígenas. Segundo o ministro Roberto Barroso, a premissa mais destacada no Acordão “é a importância diferenciada que a Constituição atribui à proteção do índio e seu modo de viver” [...] e a demarcação contínua realizada pela União vem a afirmar que “os direitos das comunidades indígenas são reconhecidos a partir da identificação de suas terras tradicionais, e não constituído por escolha política” (BRASIL, 2013, p. 7)

As interposições do Estado sobre os direitos dos povos indígenas, ou melhor, do direito à terra, não fica somente na negação do direito, mas se trata também de retroceder em

diretos já promulgados em acordos morais posto na Carta Maior. O poder político busca facilitar vantagens na perspectiva econômica, opõe-se aos direitos dos povos na supressão do caráter orientador do direito, para as atribuições da guarida política. A luta desigual entre indígenas, governos, empreendedores e moradores locais denotam a manipulação e incitação de violência contra os povos e o processo legal do ordenamento jurídico brasileiro e o direito aos povos indígenas.

Este caso suscitou problemas que permeiam o limiar de um Estado de Direito mais com concepções coloniais, no que revela violações dos direitos e insegurança a respeito do futuro dos povos indígenas. Isto trouxe consigo algumas reflexões acerca da condição de vida e dignidade dos povos indígenas, além das formas de conduzir os tramites jurídicos e a validade e efetividade das decisões judiciais, no que tange ao ato declaratório e embargo do Estado de Roraima em relação à legitimidade do Poder Judiciário Federal para a decisão que envolve interesses políticos.

## **2.1 Da proteção Constitucional ao Inconstitucional**

Na compreensão e interposição dos governantes de Estado, o conflito entre os povos indígenas e os representantes poderosos do agronegócio no Brasil ainda é tratado como um conflito possessório de direito civil e são evidenciadas em seus relatos jurídicos. O fato de colocar ou comparar o direito à terra como se tratasse de um conflito entre dois indivíduos é um desvio hermenêutico dos tratados jurídicos do Estado brasileiro.

A disputa não é de natureza possessória porque: i) o índio não tem posse da terra no sentido do direito privado; ii) não se trata de um direito individual; iii) a terra não tem a mesma conotação para ambas civilizações, pois a terra não é de exploração econômica, mas seu *habitat* e o conjunto de elementos naturais que proporciona a afirmação e reprodução de sua cultura e modos de vida.

O conceito não deve servir ao mesmo propósito como também à mesma interpretação jurídica, visto que a Constituição Federal é taxativa em afirmar que as terras ocupadas pelos indígenas incidem sobre os direitos originários da posse territorial, como

também consagrados em declarações internacionais que reportam o reconhecimento aos modos de organização dos povos indígenas.

Os dispositivos legais prescritos na Constituição Federal, no Art. 231, demonstram que os povos indígenas têm o direito à demarcação de suas terras em sua totalidade, e nos princípios firmados; em caso das terras outorgadas a particulares, o direito sempre seria reservado aos povos indígenas, sendo jamais confundidas como posse sujeita à legitimação de registro posto no direito civil, já que, nos termos jurídicos da Constituição, são indisponíveis e inalienáveis. Subsequentemente, afirma ainda que o território indígena é um título adquirido e legítimo na afirmativa que as terras tradicionalmente ocupadas são direitos originários, e que as comunidades são partes legítimas do Estado para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses (BRASIL, 1988).

A ocupação do território pelo não-índio para extração de riquezas minerais e, conseqüentemente, a destruição de seu *habitat* é a promoção de um genocídio velado nas prerrogativas do lucro em si. Tal ocupação não deve ser vista pelas leis como de boa fé, mesmo porque, a presunção de *boa fé* presente no Código Civil, Art, 1.201, diz que é de boa fé a posse se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa (BRASIL, 2002).

O Estado ignora não somente os direitos originários e a proteção dos povos indígenas, mas interpelam de modo agressivo contra esses direitos. De um lado, está centrado na posição frente à União e do processo legal da demarcação da reserva; do outro, na negligência do Estado na proteção dos direitos indígenas. O tratamento do pleito julgado como um conflito de posse é a negação dos direitos dos povos indígenas.

A Antropologia, a História e o Direito mostram como são recorrentes as violações de direitos e o Estado brasileiro é um dos principais alçozes dos direitos dos povos indígenas, seja pela omissão do Poder Executivo na demora em demarcação das terras, seja pela atuação tendenciosa do Poder Legislativo (com as investidas constantes para barrar os processos de demarcação de terras e promover a distribuição destas terras para o agronegócio) e, por fim, seja pela atuação negativa do Poder Judiciário, com interpretações que subvertem o sentido da norma constitucional, como é o caso da tese do “Marco Temporal”.

## **2.2. Marco Temporal: a fundamentação inconstitucional**

A difícil situação dos Povos Indígenas no Brasil retoma ainda mais abstruso em dia atual após a sentença do STF com o parecer do MARCO TEMPORAL.

Tomado em forma de conceito, nascido dos verbetes da mais alta Corte do país, numa decisão judicial que nos mostra o delicado elo dos direitos dos povos - além de promover a ruptura de seus direitos originários - traduz-se nos mesmos problemas enfrentados pelos povos indígenas desde o início da “civilização” e, em particular, da sociedade brasileira. O conceito exposto no acórdão diz o seguinte:

A Constituição Federal trabalhou com a data certa - a data de 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, os índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam (BRASIL, 2013).

Adentrando no pleito do julgado, buscando os aspectos relevantes para a compreensão dos perigos da fixação deste conceito em decisões posteriores, bem como da dimensão política do termo, evidenciaremos do que realmente trata este conceito.

O Marco Temporal foi a forma que o STF (Supremo Tribunal Federal) encontrou para verificar e atestar a ocupação tradicional dos povos indígenas. A ideia do acordado é que na promoção do direito às suas terras, o indígena esteja nela ocupada até a data de promulgação de seus direitos na Constituição brasileira de 1988. Ou seja, aos que lutam para o retorno a sua terra de origem, no que por um arrastado histórico foram expulsos, está sem seu direito assistido pelo acordo Constitucional.

Veremos como ato de impugnação das Normas - que protegem os povos indígenas posto na decisão do STF, em sua interpretação - pode vir a negar seus *direitos originários*, reconhecidos moralmente e evidenciadas nas normas jurídicas (em que podemos afirmar que absorvem em uma concessão de tempo os direitos dos Povos) e que colocam em risco o futuro destes.

Estamos a falar dos povos e seus direitos originários mencionados no texto Constitucional, onde sua existência e diversificação cultural já se põem como antecedentes ao Estado e em termos jurídicos de positivação dos direitos indígenas; ainda assim, estão moralmente justas e reconhecidas em Constituições anteriores, como as de 1934, 1937 e 1946.

Entretanto, nas considerações das decisões do STF, colocam-se os direitos indígenas em relação à sua promulgação datada de 1988 - desconsiderando as Constituições

anteriores - e se pontua que os indígenas estarão impossibilitados de acesso à justiça a partir deste “novo conceito jurisprudencial”, mesmo reconhecidos como povos originários da terra e de seus direitos violados diante da ocupação de seu território tradicional.

Ou seja, na interpretação do STF, até a presente data da promulgação da Constituição, se as terras indígenas tiverem ocupadas “de boa-fé” por indivíduos da sociedade civil, os indígenas estariam impossibilitados de recorrer ao sistema judiciário, visto que estariam desprovidos deste direito.

A ideia, ou o discurso dos ministros do STF, no voto de Gilmar Mendes afirma:

Importante foi a reafirmação do marco do processo demarcatório, a começar pelo marco temporal de ocupação. O objetivo principal de delimitação foi procurar dar um fim a disputas infundáveis sobre as terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas (BRASIL, 2015).

Esse novo conceito jurisprudencial estaria a “acalmar os ânimos” dos conflitos existentes. Todavia, sabemos que a alta corte do país é, em sua existência, o poder legitimado para assegurar a Constituição do Brasil de modo que sustente as predições morais através das quais esse país vem se construindo.

O que demonstra a história da Constituição é um paradigma na demarcação do poder político, de seu espaço de atuação e limitações para dar espaços às proteções de direitos substantivados em valores morais da sociedade. Este espaço é um debate permanente na teoria/filosofia constitucional contemporânea em respeito à LEI MAIOR, depois das atrocidades causadas na segunda grande guerra, em pensamentos que outrora se encontrava opostas ao direto: o positivismo jurídico. Tal menção abre as portas para a reflexão sobre o direito numa releitura moral nas atribuições de princípios que definem os valores e as regras moralmente constituídos pela sociedade.

Não obstante, a nova face interpretativa da Constituição brasileira e suas transformações ocorridas nos tratamentos diferenciados na solução de conflitos (principalmente, quando princípios jurídicos deixam o campo de mera orientação e passa a ser concebido como tipo de norma) pode ser um procedimento perigoso se não orientadas de maneira intelectualmente e juridicamente responsável. Como houve no caso do marco temporal, referente ao direito indígena de sua territorialidade, podem causar efeitos contrários à sua proteção, assim como possibilitar, através desta abertura, questionamentos sobre o direito ao seu território.

A existência de uma diversidade cultural foi absorvida em meios ao ato Constitucional brasileiro, como ao modo em que está exposto na Lei maior. O ato legislativo que, em consciência da existência do Povo, considerou como direitos originários sobre a terra e o direito a exercer os seus modos de vida, está a considerar sua autoridade legislativa na emancipação e criação do Estado como o ato que a compôs: povos originários. Na própria Constituição é previsto tais diferenças:

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.

§ 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 (BRASIL, 1988)

Vejamos tais disposições constitucionais acima supracitadas: ora, se há reconhecimento das formas de organização social e dos direitos originários sobre a terra que tradicionalmente ocupam, logo, houve uma consciência e acordo moral deste Direito. Ademais, o Estado, para efetivar esses direitos, deve demarcar suas áreas de forma que possam exercer plenamente seu modo de vida.

Por sua vez, o §4º do referido artigo diz que os direitos são inalienáveis e imprescritíveis. Entretanto, sendo os direitos imprescritíveis e, como direito originário à terra, tem o reconhecimento da sociedade, como pode até dado momento da sua Constituição lhes serem negados o seu acesso, a tomar como exemplos os recursos aqui expostos. Ou, a condição do índio e seus costumes são provenientes de uma constituição histórica, e como os recursos e conhecimentos de determinado território, por ser um direito originário, pôde ser interpretada a partir de um Marco Temporal? Quem decide e como decidem, pois se já se encontra promulgada em LEI as vertentes condicionantes da NORMA constitucional?

### **3. MARCO HISTÓRICO DE UMA FILOSOFIA CONSTITUCIONAL**

As constantes disputas sobre o território indígena levaram ao STF à resolução questionável da Constituição brasileira, isto, de certa forma, diz respeito também ao fato das negligências da própria administração do Estado em demarcar e efetivar os Direitos Indígenas (já que, por via de fato, cabe ao Estado, através de ato administrativo, as demarcações de território para a efetivação do Direito Indígena).

Pois, não o fazendo, ou na demora em realizar o feito, os recursos jurídicos passam a ser uma fonte para solucionar casos litigiosos onde acarretam uma série de violações e injustiças em um espaço enorme de tempo. Ainda assim, como decidir a demarcação do território indígena quando entra em pauta a preponderância do desenvolvimento econômico e outras séries de diretrizes sociopolíticas? A resposta é delimitar o domínio temporal de validade da norma constitucional?

Contudo, por vias mais filosóficas, a despeito de tratar o discurso em âmbito seguro do que a *dóxa* que elencaram o pleito a qual se instauram dúvidas, abordaremos sucintamente o fenômeno jurídico da Constituição, assim como sobre a validade e legitimidade da norma, ainda que em posição de um positivismo jurídico para buscar seus fundamentos que possam aferir o tratamento desse novo conceito jurídico.

Retornando ao pensamento positivista de Hans Kelsen, as normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de sua criação. Se uma Constituição, através de um processo legislativo, elenca consciente um Direito, e este reproduz, através dos costumes, as normas jurídicas, a sua constituição assenta os considerados no Direito como posto a sua autoridade legislativa (KELSEN, 1999).

Veremos que na construção do Estado - por vias mais abstratas, amparados em *vontades*, porém em respaldo de uma realidade - a legitimidade dos direitos (amparado na Constituição) refere-se ao reconhecimento de todos que a compõe, além de fornecer, como um “tratado firmado”, as diretrizes para o condicionamento da conduta moral daqueles que a elegeram como força maior.

Para Kelsen, a validade de uma norma, especialmente o seu domínio temporal de validade, não termina quando os acordos desses preceitos estejam ligados a um caráter jurídico (KELSEN, 1999).

As normas constituintes - que regem os Direitos Indígenas ao longo da organização social brasileira - foram evidenciadas nas Constituições anteriores, por exemplo, a de 1934, sendo a primeira a garantir constitucionalmente os Direitos Indígenas. As Constituições subsequentes (1937; 1946; 1967) trouxeram mudança importante na relação jurídica; e, por fim,

a Constituição de 1988, que, mediante grande pressão de organizações indigenistas, conseguiu grandes conquistas, principalmente do reconhecimento da diferença cultural e como povos originários de suas terras. Esses reconhecimentos, de certa forma, foram uma concretização das Constituições Republicanas e das Leis Imperiais do Brasil Monarca respaldando as lutas dos Povos Indígenas.

O fato que se pretende mostrar é a significação da norma, que torna “especialmente clara quando na Constituição não é constitucionalmente modificada, mas é revolucionariamente substituída por uma outra [...] e quando toda a ordem jurídica imediatamente assente na Constituição é posta em questão” (KELSEN, 1999, p. 146).

Foi o que não ocorreu e, muito pelo contrário, a substituição da Constituição de 1988 concernentes às anteriores, não houve questionamento moral. Do seu contrário, as normas foram uma inclusão de todas as disposições morais anteriores em sentido mais amplo, doravante os momentos da história brasileira. O assentimento social de toda violência sofrida pelos povos acentua os direitos e a sua proteção Constitucional, onde está constituído o princípio da sua legitimidade.

A Constituição de 1988 não nasce de um ato revolucionário ou de um governo déspota, mas de uma redemocratização do país pós-ditatorial e a recepção e reconhecimento dos Direitos indígenas não pode ser posta como uma produção de um novo Direito, mas em seu fundamento pautado na validade de toda ordem jurídica.

Fala-se da organização jurídica - que mesmo tendo vivenciado um golpe de Estado, provém de ordem democraticamente acordadas em uma República, (diferentemente da Monarquia do Brasil colonial). Ou seja, das mudanças nas normas decorrentes da reorganização social e jurídica, as normas a qual elegem são as mesmas em todos os períodos, pautadas no reconhecimento da forma de organização cultural originária. Todavia, com um diferencial: na Constituição de 1988 teve caráter democrático, onde houve efetivamente a participação dos povos na escolha de seus bens e na concordância da sociedade brasileira.

Se existe um Marco Temporal da norma, este deve estar ligado não somente ao seu caráter evolutivo, mas na fundamentação lógico-jurídico pautada no espírito do povo, ou, nas palavras de Kelsen, [...] “a norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente”, mas, são normas mais elevadas e podem ser deduzida por uma operação lógica como do particular ao mais geral: [...] “as normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de sua criação” (KELSEN, 1999, p. 139).

Entretanto, para o conhecimento da norma fundamental, segundo Kelsen, devemos buscar não somente o ato de criação jurídica designada “como construção do sentido lógico-jurídico”, mas também a sua efetividade jurídico-positiva. Para ele,

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, *produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais*; e mediatamente refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada (KELSEN, 1999, p. 141) (grifo nosso).

Embora, as diretrizes na Teoria Pura do Direito sejam na perspectiva de um estudo das predisposições normativas do Direito, e ter em suas bases a condição de um condicionamento moral ou um “dever ser”, o pensador jus positivista busca apreender o todo jurídico (KELSEN, 1999).

Assim como Kelsen, buscamos fugir das ordens construtivas do Direito, cuja noção pareça encontrar-se em sentido daquela [...] “concepção forense ou advocacial que considera o Direito do ponto de vista de interesses das partes” [...] ou que busca evidenciar apenas o que significa para o indivíduo em termos individualistas: o que lhe serve e o que lhe prejudica. Mas estamos a perceber o direito em sua forma universalista e objetiva, em que sua validade e suas indagações dos quais possamos [...] “apreender cada fenômeno em particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do direito apreender a função do todo jurídico” (KELSEN, 1999, p. 134).

E, a norma, como ato da criação jurídica que perpassa a construção lógico-jurídica, é o ponto de partida para um processo de criação do direito positivo. Ao buscar o conceito kantiano, o pensador fala que a norma positivada não é posta somente por costumes ou pelo ato de um órgão jurídico, mas pela mais elevada autoridade: o Dever para com o Dever.

Por vias elucidativas, a Constituição, como um fenômeno jurídico, é, em suas considerações, universal e um agir conforme a representação de uma Lei; um dever para consigo, sendo boa em si mesma, no sentido também de delinear a conduta de todos (KELSEN, 1999).

A Constituição é o direito positivo mais elevado, onde as normas direcionam e regulam a produção das normas jurídicas gerais. Nas ideias de Kelsen, o documento designado como Constituição não contém somente as normas que regulam a produção das normas gerais, mas também se refere a outros assuntos politicamente importantes; e as normas de conduta

presente neste documento, não podem ser revogadas ou alteradas sem passar por um crivo mais severo (KELSEN, 1999, p. 155).

A exemplo de várias ementas e projetos de Lei que interrompem o texto constitucional, sua vinculação moral de proteção aos Povos Indígenas foi negada no Plenário da Câmara dos deputados. *A maioria das violências contra os povos indígenas e as violações de seus direitos não parte de uma disposição moral em sentido de uma vontade universal, mas de acordos políticos e diretrizes de Governos (GRIFO NOSSO).*

Embora a Constituição seja da mais elevada pré-disposição moral da sociedade brasileira, não é negada suas divergências quanto ao tratamento político e jurídico aos povos. Isso porque, os manuais do Direito Constitucional vão, em parte, ao encontro das ideias que permeiam o centro político de formação fundiária no Brasil. Com efeito, o que se percebe mais veementemente na organização da Câmara dos Deputados é uma bancada ruralista em constante atropelamento dos direitos indígenas e ambientais. No Congresso Nacional é notória as propostas de Ementa Constitucional na perspectiva de deter as demarcações de território indígenas, à exemplo do PL 490.

Não obstante, não podemos também ignorar a situação política no âmbito jurídico, pois percebe-se, na interpretação da Corte Suprema a respeito da Constituição, a promoção da discricionariedade frente a um contexto social no qual se questiona a relação e a ação em termos da proteção das Leis e das considerações de cunho global que a elegeram. Mas o que se observa, é um Direito que está amparado nos princípios normativistas de cunho socioeconômico referente ao modo dominante de sua legitimação.

A dificuldade dos tribunais em inserir os direitos coletivos em suas sentenças está ideologicamente na contramão das opções em favor dos direitos individuais, visto que seus poderes e faculdades estão no desdobramento dos conflitos nítidos do código do direito civil, penal, tributário, trabalhista... Enfim, nesta dificuldade se percebe a insistência em equiparar os princípios dos direitos individuais aos princípios dos direitos coletivos, ou ainda, tratar conflitos territoriais com a determinação do nascimento e morte de um direito.

Acerca das considerações aqui tratadas, sobretudo na interpretação da Corte Constitucional, coloca-se o direito dos Povos Indígenas nas intempéries da organização cultural de uma sociedade cujo Direito está para a evolução histórica da sociedade brasileira, onde o uso ou desuso do direito são marcas de uma sociedade moderna em constante movimento.

Para Souza Filho, o fator “tempo” no direito moderno é sem dúvida de extrema importância sobre o MARCO TEMPORAL, pontuando a discrepância sobre a temporalidade do direito e o seu fundamento em atribuições viventes de nossos dias (SOUZA FILHO, 2018)

Segundo ele, o direito na modernidade não flui naturalmente, mas são abstrações criadas socialmente; sobre a propriedade da terra, em acordo com a formação do Estado, passa por transformações constantes, seja do sentido concreto e geográfico ao sentido social e moral, que nos levam a situações calamitosas. Em sua fala:

O direito como criação nasce e morre, daí discutir seu tempo e marcos temporais é, no fundo, discutir seu fundamento, pois se o direito não nasceu, não existe. A norma estabelece critérios, formas, momentos, ritos para o nascimento de cada direito; se não há contrato solene, não há direito de propriedade individual a terra, por exemplo, se no tempo do contrato havia impedimento para se realizado, o contrato é nulo, anulável ou mesmo inexistente para o direito (SOUZA FILHO, 2018, p. 75).

A propriedade da terra, nas considerações de diversos autores, é concebida como parte necessária do desenvolvimento humano e, traz consigo, perspectivas e potencialidades ligadas intrinsecamente ao Direito. Isso porque os bens, em dados momentos da história moderna, estão ligados à noção de propriedade privada, e esta, na base da construção do Estado (SOUZA FILHO, 2018).

Embora bem colocado por Souza Filho, a sociedade no final do século XVIII deixou de ser “natural” numa perspectiva de estabelecer a exclusividade dos direitos individuais e se concentrar no Estado constituído a fim de garantir a felicidade de todos onde se acomoda como uma pré-condição para uma vontade. Não obstante, a vida deverá também estar inteiramente ligada à noção de propriedade, posto que vincula ao ser humano e às suas necessidades e sua sobrevivência (SOUZA FILHO, 2018, p. 77).

Assim como um bem privado, a vida é um bem a ser protegido e a construção do Estado faz-se em sua ligação ao espaço para a manutenção e sua promoção. Por fazer parte em qualquer teoria de Estado, a garantia de vida e perpetuação da espécie é a vantagem mútua, e está prescrito nas mais altas considerações de qualquer formação de ESTADO.

#### **4. ESTADO DE DIREITO: FORMALISMO JURÍDICO?**

O Estado e o nascimento de um Direito são indissociáveis aos princípios morais de um dever jurídico, no qual as normas constituídas estruturam os termos de cooperação social. Neste invólucro, os povos indígenas - reconhecidos como habitantes originários e das propriedades e benefícios distribuídos - fazem alusão ao direito conforme sua necessidade e mérito. Pois, como já observamos, os direitos indígenas foram, por tempos, incorporados nas Constituições brasileiras e seu reconhecimento versa-se sobre direitos coletivos, referente a um povo e formação cultural diversa da sociedade hegemônica.

Direito coletivo, em sua ampla compreensão, não se adquire, mas nasce com a comunidade. É naturalmente constituído em sua própria existência, pois, o primeiro direito, é o de existir, correspondente ao direito à vida. Todavia, não se trata de um direito individual, embora cada indivíduo tenha, em particular; mas quando se coloca como existência de um grupo ou comunidade, o direito à vida está amplamente ligado ao seu modo de vida, costumes e tradições (SOUZA FILHO, 2018).

O modo de vida das comunidades indígenas, como constantemente retomamos, é a forma em que as mesmas vivem e reproduzem sua vida física, cultural e espiritual, assim como suas tradições e costumes estão por manter sua sociabilidade interna. Em sentido concreto, tradição e costume não é algo imaterial ou histórico, mas um modo de ocupação e relação social de pertencimento com o lugar em que vivem.

O reconhecimento da existência de um povo diferenciado na sociedade e posto nas mais altas predições morais da formação de um Estado, assegura que este povo já existia, era uma cultura e formação social divergente da qual se veio a constituir posteriormente. O seu reconhecimento não está para a criação de um direito, pois este já existia, e por isso é que se trata de declaração ou reconhecimento e não uma de uma concessão.

Estes direitos coletivos não devem ser confundidos com o direito individual posto na organização da sociedade moderna, já que romper com os direitos coletivos é negar o direito de existência:

Os direitos coletivos dessas comunidades ou povos nascem quando nasce o povo ou a comunidade, por isso, quando o Estado e os organismos internacionais reconhecem a existência do povo ou comunidade como portador de direitos, reconhecem seus direitos coletivos, inclusive sobre a terra, de forma atemporal (SOUZA FILHO, 2018, p. 84).

O fato de existir gera direitos à sua existência, assim como direito ao território no qual possa exercer esse direito em sua plenitude. O direito à existência nasce com o povo ou comunidade e a forma ou modo de ocupação significa que o direito está imbricado em determinadas terras, e ainda, de uma delimitação de área necessária à manutenção e reprodução de sua existência.

Desta forma, o direito coletivo adquire conotações adversas quanto ao plano individual e suas interpretações não deve seguir a partir de uma hegemonia cultural, posto que sendo direitos de todos, de um sujeito coletivo, é indivisível, intransferível e não pertence somente à geração contemporânea, mas de todas as gerações: passadas, presentes e também futuras.

Isso nos é percebido na diferenciação e proteção de sua formação cultural e de seus costumes ressaltados na Constituição Federal. Retomando novamente as ideias de Kelsen, a confluência da construção moral do Estado e os direitos reconhecidos dos povos originários fazem-se do imperativo de uma vontade que se põe em Lei para delinear a conduta da pátria. Ou seja, existe um valor (ético e não econômico) reconhecido face à diferença cultural e - embora que por concessões ou disposições político-econômicas - que possam adentrar na efetivação desses direitos, não podem diminuir ou causar dano ao direito coletivo.

Como já pontuado, os povos indígenas respaldam sua condição e formação cultural a partir do lugar que vivem: é todo um ensejo de conhecimentos a partir de seu contato com a Natureza. Um sujeito individual, vítima de qualquer forma de violação de seus direitos, pode reivindicar indenizações por perdas e danos em tratados normativos em qualquer território que se apeteça, podendo sua locomoção ser efetivada sem maiores transtornos. Todavia, quanto ao modo do sujeito coletivo, não pode haver materialização do valor, já que seu espaço territorial está ligado à sua essência, a seu modo de vida; deste modo, seus laços territoriais são indissociáveis.

Onde existe povos indígenas, persiste seu direito. Se suas terras não estão em sua posse é por vias claras de injustiças, negação do seu direito e do passado de desapossamento e exclusão. Uma coisa está interligada à outra, ou melhor, o direito ao seu território deriva do seu direito à existência. Se o povo existe, deve estar em algum lugar em condições de manter sua cultura e promoção à vida; se não o está, corre risco de vida. A não garantia do seu direito constitui em etnocídio.

Aos modos e relação com a Natureza, é evidenciada sua persistência como povo; desde sua relação física e cultural, podemos atribuir sua conotação existencial.

O primeiro direito é o de existir, que corresponde ao direito à vida. Nesse caso, não se trata da tem vida individual de cada pessoa (é claro eu cada indivíduo tem direito à vida), mas do direito de existência como grupo, comunidade, população, tribo, sociedade, diferenciado da sociedade hegemônica nacional. E continuar sendo. Aqui, a essência do direito é a opção por continuar sendo o que é, não deixar de ser. Este é um autêntico direito coletivo que a Constituição de 1988 admitiu em sua integridade no art.231, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro. Os povos indígenas passaram a ter direito a ser povo indígena para sempre. Não é mais obrigação do Estado integrar esses povos à chamada comunhão nacional. Não precisam ser integrados e o Estado tem a obrigação de garantir-lhes a decisão de não integração (SOUZA FILHO, 2018, p. 89).

Os Povos Indígenas têm, em sua existência, uma forma de se relacionarem culturalmente adversa, como promulgado na Constituição; contudo, desde sua origem em pleito político e jurídico, sequer tiveram seus direitos na efetividade; ainda mais, se colocados nas orientações jurisprudenciais de disputas territoriais em perspectiva de direito possessório.

Segundo Streck (2009), ao adentrar no âmbito da própria hermenêutica jurídica, verifica-se que a dificuldade de acesso aos direitos se encontra em parte correlacionado a um substancialismo representados pelo modelo de reprodução do direito na modernidade que inclui: a) a relação que o sistema jurídico e a prestação dos serviços que se encontram organizados como as instituições estão instrumentalizadas e encarregadas de aplicar as Leis doravante as organizações de papéis e distribuição das petições. b) o modo que o campo jurídico produz o *habitus* das variantes de educação e das vantagens sociais do recrutamento do indivíduo em sociedade que constitui no modo dominante de legitimação do Estado.

A maioria dos conflitos com o qual lidam os tribunais está para o “patrimônio e direitos patrimoniais” no que se referem ao bem jurídico de cada indivíduo, e mesmo que a vida se exprima sobre direitos não patrimoniais, as determinações de seu tempo trazem consequências patrimoniais (SOUZA FILHO, 2018, p. 76).

Por exemplo, os direitos patrimoniais são bens de um sujeito, física ou juridicamente que a noção de tempo se coloca como início e fim, no momento que o bem ou o direito patrimonial entra e sai de um patrimônio para integrar-se a outro.

Não obstante, a morte e o tempo de um direito, ou, seu início e seu fim, não deve ser interpretado, no direito indígena, nos limites estreitos do direito civil ou até em sentido mais estrito do direito individual, pois, visto que se expressa nos direitos coletivos, a questão do tempo é significativamente peculiar.

Os direitos dos povos indígenas, tal como direito coletivo, nascem com ela e com ela morrem e não se integra a outros; se existe o povo, lá se encontra seu direito natural. Se há extinção de um povo, o direito morre com o mesmo. Então, ao negar o direito ou alocar o início do direito aos Povos Indígenas é, sem dúvida, não conhecer a definição de direito coletivo em oposição ao individual, contribuindo assim, para o agravamento da problemática do “excessivo individualismo e o formalismo de visão de mundo” na convicção ainda colonialista que a parte precede ao todo, e onde os direitos dos indivíduos estão acima dos direitos da comunidade (STRECK, 2009, p. 34).

O excessivo individualismo é o espaço onde as relações sociais e econômicas estão a ser travadas. Salienta Streck, que a magistratura está condicionada a lidar com diferentes formas de ação; porém, não consegue ter a noção das estruturas que abarcam todo sistema socioeconômico. Destarte, o formalismo das estruturas jurídicas “decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocráticos e impessoais, justificado em norma da certeza jurídica e da ‘segurança do processo’” (STRECK, 2009, p. 34).

As teorias e doutrinas dos tribunais de justiça do Estado brasileiro enfrentam dificuldades quanto aos aspectos substantivos dos pleitos submetidos à mesma, concernente à interpretação de novos conceitos em textos legais e, de estabelecer direitos coletivos com tratamento especial.

Nos tribunais federais no Estado brasileiro é evidenciado a concessão de direitos a cada indivíduo, bem como a coerência dos processos litigiosos de direitos patrimoniais. Destarte, a interpretação da Corte Constitucional. Até dado momento histórico, apresenta-se “aparentemente neutra” no arcabouço do vocabulário jurisprudencial; mas as expressões do Marco Temporal resultam não somente de uma nova hermenêutica voltada para solucionar conflitos existentes, bem como futuros, mas resulta, também, da negação ou restrição quanto à efetivação do direito sobre o território e do direito coletivo dos povos indígenas.

Dado esse pressuposto, podemos dizer que o direito coletivo nasce e morre com a coletividade. Portanto, a negação desse direito ou a obstrução do mesmo se estende à negação de existência dos Povos Indígenas e, conseqüentemente, deixa de existir seu direito territorial. Por ser verídico em suas conseqüências lógicas, do contrário também será verdadeiro: se é negado o seu território, está negado sua existência. Por isso que a luta do povo pelo seu território é a luta pela existência, a luta pelo direito à vida. Reconquistar a terra é sua luta de sobrevivência cultural.

#### **4.1. Os Princípios do Estado na observância do Direito**

É sabido que no Estado Contemporâneo, principalmente no período pós-guerra, as Constituições e a Justiça pressupõem uma rediscussão do papel a ele destinado. O enlace da conduta valorativa na modernidade busca reconstruir um Estado de Direito no intuito de resgatar a força do direito após os desvios e justificativas das ideologias, principalmente nazistas (STRECK, 2009).

O cenário Constitucional mundial assume uma postura ético-comunitária na Lei Maior e, no Brasil, a Constituinte também corrobora com a postura mundial e a valorização política e jurídica na reorganização social com a implementação de níveis reais de igualdade após instituir o Estado Democrático de Direito (STRECK, 2009).

A elevação dos preceitos postos na Constituição brasileira, como guardião dos valores positivados no Estado Democrático de Direito, supera a percepção política e jurídica do Estado Liberal e Social de Direito, como aponta Streck. Para ele, o Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da classe burguesa sobre a classe privilegiada do Antigo Regime. A sua distinção está pautada em sua política, na perspectiva da liberdade econômica, e o Estado adota uma “posição de polícia da sociedade civil” (STRECK, 2009).

Ainda salienta Streck que é no Estado Democrático de Direito que a grande transformação dos modos de produção e de sua organização social distributiva dá lugar à implementação de níveis reais de igualdade e de liberdade. Ou melhor, o Estado Democrático de Direito é a soma dos moldes anteriores, uma variante da evolução histórica com possibilidade de suprir as lacunas das etapas anteriores, que está representada pela necessidade do resgate das promessas da modernidade tais como: igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

Entretanto, o qualitativo democrático vai além das exigências e dos valores do Estado Social, já que permite uma atuação maior dos poderes públicos na garantia dos direitos e liberdades fundamentais postos na Lei e serve como proposta de modificação profunda da estrutura econômica e social. Isso porque, os direitos fundamentais no conteúdo constitucional, na primazia de um ideal de vida substantivado em seus princípios, elevam o *status quo* da sociedade (STRECK, 2009).

Neste intuito, a Constituição do Estado Democrático de Direito passa a ser uma forma de instrumentalizar a ação do Estado, apontado também, no próprio texto Constitucional, como dirigente-principiológico.

Nos princípios basilares da Constituinte, em vários países e, inclusive o Brasil, se encontram os direitos fundamentais elencados na Declaração dos Direitos Humanos, e, que o sistema jurídico se coloca, de forma mais expressiva, na busca por JUSTIÇA, a partir da democratização e do maior acesso ao sistema jurídico em garantia de seus direitos nos pormenores que viabilizem uma vida digna (NUSSBAUM, 2013).

Deste modo, podemos aferir que a vontade da maioria “confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica”. Assim, saímos dos procedimentos políticos para os judiciais (STRECK, 2009, p. 38).

A eclosão do pensamento acadêmico, voltado para uma “nova” concepção do direito e da justiça, embasou a vontade geral da importância dos assentimentos morais sobre a justiça. Até então, no movimento positivista, o direito foi utilizado como finalidade ideológica no interesse de uma minoria; na modernidade, a força moral do direito como a finalidade da justiça retorna para o “bem comum” como validade do caráter jurídico (NUSSBAUM, 2013).

Atualmente, existe no sistema jurídico - em face das desigualdades sociais, predisposições e da diminuição da sua finalidade - uma corrente que se conhece por ativismo jurídico. Este termo se atribui - a dogmática jurídica alemã e em estudos da ciência política norte-americana- as posições socializadoras dos processos judiciais. Este movimento possibilita aos magistrados o reforço do papel do juiz, principalmente do judiciário, ao apoio das partes mais vulneráveis nos processos onde as desigualdades fáticas se tornam decorrente do modelo do neoliberalismo.

De certo que há a responsabilidade do Estado na construção e promoção da sociedade brasileira; porém, os princípios que regem a organização do Estado também abarcaram a promoção e proteção da cultura indígena. Os princípios de proporcionalidade, bem como o comprometimento moral para uma cultura pré-existente, devem também ser de responsabilidade do Estado. Mas o que se percebe de uma forma linear na história brasileira é que os Povos Indígenas estão à mercê de políticas públicas e, portanto, de omissão do Estado.

Não obstante, o que os Povos Indígenas reclamam é que a Constituição se coloca mais como promessas políticas do que acordos morais.

Se os votos dos ministros sinalizam a formulação de um conceito que fere a própria Constituição na intenção de acalmar conflitos, as considerações sobre a relevância do pleito em tratá-lo como litígio outorgado em direito civil traz consigo a importância de considerar a supremacia da Lei Maior, por princípios morais e vontades que constituíram o Estado. Mas, contudo, se os princípios estiverem para interesses econômicos, em valores e convicções que colidam com o propósito do bem comum tão preservado na Constituição, teríamos que indagar sobre os princípios nos quais os condicionam.

Ademais, em consideração ao constitucionalismo, a Corte Suprema - como um espaço de garantias dos direitos e das relações democráticas em proteção do nexos real e moral proposto na Constituição - poderia vir a servir como resistência às investidas dos outros poderes (Executivo e Legislativo) em se apresentarem no governo como um retrocesso social, de forma de garantir a legitimidade das normas e da “enunciação do Estado”, face aos princípios acordados democraticamente, além da efetivação de direitos não realizados, como no caso em questão, os direitos territoriais indígenas.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No contexto oriundo de um Estado de Direito, destinado em suas bases filosóficas e jurídicas em solucionar críticas, este vem permitir a abertura de um Constitucionalismo democrático e participativo e, principalmente, na força normativa e expansão da jurisdição Constitucional, onde se percebe a necessidade de fundamentar decisões em um olhar de filtragem da Constituição Federativa de 1988. Todavia, nas mudanças bruscas das interpretações, se torna caro quando as regras se colocam em favor de uma metodologia hermenêutica mais aberta, capaz de solucionar conflitos envolvendo princípios jurídicos, posto que poderá ser algozes de direitos que de longa data são definidos gramaticalmente e historicamente de uma moral definida.

O fato de se atribuir ao Constitucionalismo a supremacia de uma nova organização política, e ao conforto e esperança neste atribuída, não exime nas suas atribuições normativas

os valores a esta edificadas para a realização de projetos de vida. Contudo, suas decisões tem efeito significativos, como vemos na vida e nos direitos dos povos indígenas, em diferença material de um direito atemporal; mas agora, em congruências jurisprudenciais de direito em um MARCO TEMPORAL Constitucional. Com efeito, elegem um paradigma de demarcação do espaço de atuação do poder judiciário e nas suas limitações e proteção dos direitos Constitucionais numa esfera pública revistada de uma sociedade pluralista.

Enfim, podemos dizer que as interpretações da Corte constitucional brasileira rompem com a literatura jurídica ao proporcionar um equívoco em relacionar os direitos indígenas a um marco temporal a fim de “solucionar conflitos” que se estende pela história. Circunstancialmente, é lamentável que um Estado de Direito em base constitutiva e fundamentalista da própria democracia contemporânea reconheça o pluralismo e o multiculturalismo mais em técnica de inclusão do que integração, tendo em vista que esta pode vir a eliminar o projeto de vida ou valores, nos pormenores, dos povos indígenas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição 3.388 – RR. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 23 de outubro de 2013. **Diário da Justiça eletrônico**. 04 de fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 – RR, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. 01 jul. 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 – DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. 13 nov. 2015

BRASIL. **Decreto nº 534, 15 de Abril de 2005**. Homologa a demarcação Administrativa da terra indígena Raposa Serra do Sol nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no estado de Roraima. Brasília, DF, [2005]. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm)>

BRASIL. Lei nº. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

DWORKIN, Ronald, Polycarp Ikuenobe. **Natural law revisited.**, 2000, PDF. Disponível em: <[https://pdfs.semanticscholar.org/d275/8b9f8f7034f5f973cba1f4c4abe40f2a661c.pdf?\\_ga=2.58259375.467467918.1598903618-1655438377.1598903618](https://pdfs.semanticscholar.org/d275/8b9f8f7034f5f973cba1f4c4abe40f2a661c.pdf?_ga=2.58259375.467467918.1598903618-1655438377.1598903618)>

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Território? Territorialidades? Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza. **Instituto Socioambiental, PIB socioambiental** 2018, pp. 37-41.

Disponível: <[https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/dgallois-1.pdf](https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/dgallois-1.pdf)>

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática Científica do Direito**. Edição resumida pelo Kelsen. Tradução direito do alemão por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5 ed. rev., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça: Deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie**. Tra. Suzana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169, de 1989. **Convenção**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1989>>

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.