



**O DIREITO AO ACESSO ÀS TERRAS INDÍGENAS SOB A PERSPECTIVA DE
GADAMER: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS CASOS RAPOSA SERRA DO
SOL E POVO XUCURU**

*THE RIGHT TO ACCESS TO INDIGENOUS LANDS UNDER GADAMER'S
PERSPECTIVE: AN ANALYSIS BASED ON THE CASES OF RAPOSA SERRA DO SOL
AND PEOPLE XUCURU*

Alsideá Lize de Carvalho Jennings Pereira*
Arthur de Oliveira Souza**

RESUMO: O trabalho propõe-se a analisar o direito ao acesso às terras a partir da perspectiva hermenêutica jurídica de Gadamer observando a necessidade de se ter em conta o caráter democrático ou autoritário. O ponto de partida da análise dar-se-á por pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico, como metodologia hipotética dedutiva. Objetivando refletir sobre o direito ao acesso às terras dos povos indígenas à luz da compreensão existencial proposta pelo filósofo. Para contemplar a pesquisa será relatado que interpretações pré-existentes e universais são prejudiciais aos subjetivismos dos casos em tela explanando a necessidade de uma interpretação justa e com alteridade aos povos indígenas em especial os casos do Povo Raposa Serra do Sol e do povo Xucuru e apontando as falhas da atuação do judiciário brasileiro no julgamento do caso Raposa Serra do Sol em comparação a sentença da Corte IDH no caso do Povo Xucuru versus Brasil sob a óptica gadameriana. Enfatizando que nos casos apresentados, verifica-se que não se trataram apenas de interpretação do texto legal, mas sim de interpretar a história humana dos povos indígenas e principalmente às condições enquanto pertencentes àquele grupo, atentando para o fato de que a historicidade proposta por Gadamer permite com que os juízes que não tiveram acesso ao passado possam reconstruir a partir do que se tem como documentos, catalogado, nos costumes e tradições das culturas.

PALAVRAS-CHAVE: Terras Indígenas; Gadamer; Povos Indígenas; Povo Xucuru; Raposa Serra do Sol

ABSTRACT: The work proposes to analyze the right of access to land from the legal hermeneutic perspective of Gadamer observing the need to take into account the democratic or authoritarian character. The starting point of the analysis will be given by

* Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Advogada. Integrante dos Grupos de Pesquisas LAJUSA CNPq e MinAmazônia CNPq. E-mail: alsidealice@hotmail.com.

** Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogado. Membro do Lugar de Justiça Global e Educação em Direitos Humanos na Amazônia (LAJUSA). E-mail: arthuro.souzaa@gmail.com





qualitative research of nature bibliography, as a deductive hypothetical methodology. Aiming to reflect on the right of access to the lands of indigenous peoples in the light of the existential understanding proposed by the philosopher. To contemplate the research, it will be reported that pre-existing and universal interpretations are harmful to the subjectivism of the cases on screen, explaining the need for a fair interpretation and with otherness to indigenous peoples, especially the cases of the Raposa Serra do Sol People and the Xucuru people and pointing out the flaws in the performance of the Brazilian judiciary in the judgment of the Raposa Serra do Sol case in comparison with the judgment of the Inter-American Court in the case of Povo Xucuru versus Brazil from the Gadamerian perspective. Emphasizing that in the cases presented, it appears that they were not just about interpreting the legal text, but about interpreting the human history of indigenous peoples and mainly the conditions as belonging to that group, paying attention to the fact that the historicity proposed by Gadamer it allows judges who did not have access to the past to reconstruct from what is cataloged as documents in the customs and traditions of cultures.

KEYWORDS: Indigenous Lands; Gadamer; Indian people; Xucuru people; Raposa Serra do Sol

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país multiétnico e pluricultural reconhecidamente pela Constituição Brasileira de 1988 desde o início de seu desenvolvimento até seu estado soberano, tem por premissa, em sua carta magna federal, assegurar o patrimônio e a diversidade étnica norteado pelo zelo e promoção das garantias dos direitos humanos nas diversas coletividades em especial aos povos indígenas nos casos do Povo Xucuru e o Caso Raposa Serra do Sol.

Nesse tocante a "ética discursiva" da hermenêutica gadamerina observa a necessidade de se ter em conta o caráter democrático ou autoritário da interlocução, portanto o *poder* em que está investida a autoridade da tradição, ressaltando que não há uma interpretação que não seja guiado por um entendimento pré-existente.

Nesse entendimento a temática das terras indígenas se faz imprescindível no cenário contemporâneo nacional como vetor importante de compreensão para entendimento das demandas peculiares explanando a necessidade da quebra de um entendimento universal de viés europeu.

Nesse sentido o estudo em tela pretende responder: Como o direito ao acesso a terras indígenas nos casos Caso Raposa Serra do Sol e Povo Xucuru pode ser compreendido a partir da hermenêutica de Gadamer?





O objetivo geral é refletir sobre o direito ao acesso às terras dos povos indígenas à luz da compreensão existencial proposta pelo filósofo. São objetivos específicos da pesquisa: relatar que interpretações pré existentes e universais são prejudiciais ao subjetivismo dos casos em tela; a necessidade de uma interpretação justa e com alteridade aos povos indígenas em especial os casos do Povo Raposa Serra do Sol e do povo Xucuru e apontar as falhas da atuação do judiciário brasileiro no julgamento do caso Raposa Serra do Sol em comparação a sentença da Corte IDH no caso do Povo Xucuru versus Brasil.

Para a pesquisa foi escolhido o método hipotético dedutivo, almejando responder à pergunta problema através da observação das lacunas existentes embasadas em estudos anteriores, na leitura das teorias existentes do assunto abordado e pesquisa bibliográfica, com o fulcro de edificar uma base teórica do tema.

Os autores que compõem o arcabouço teórico deste estudo são, dentre outros, Diegues (2001), Gadamer (1999), Grodin (2012) e Moreira (2018).

2. A HERMENÊUTICA JURÍDICA DE GADAMER

Os estudos hermenêuticos de Gadamer e suas implicações na hermenêutica jurídica devem, de maneira substancial, à produção filosófica de Heidegger. Isso porque a sua ontologia fundamental prepara o chão ontológico da hermenêutica gadameriana, pois os conceitos sobre quais Gadamer irá discutir na sua hermenêutica são construções imputáveis àquela, como a questão da compreensão existencial (COSTA, 2004).

A partir dos estudos desenvolvidos por Gadamer, verifica-se que o ponto central de seus estudos não é encontrar um método interpretativo que possa fundamentar a compreensão, pois sua maior preocupação é demonstrar algo anterior aos métodos. Gadamer, então, se preocupa em encontrar um ponto em comum em todas as formas de compreensão, demonstrando que não se trata de ato puramente resultante do subjetivismo, mas carregada de uma historicidade em que o próprio interprete faz parte e o auxilia para a devida compreensão. Para Gadamer a questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido por aquela disputa sobre os



métodos, algo que, antes de traçar limites e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível.” (GADAMER, 1999)

A compreensão em Heidegger visualiza um método concorrente ao método de elucidação causal-analítica das ciências naturais, cabendo a ela a tentativa de responder indagações. Da mesma maneira, a compreensão deixa de ser vista como uma transposição à experiência do outro (COSTA, 2004). Nesse sentido, Gadamer destaca que a compreensão não é a tentativa de fundamentar hermeneuticamente as ciências do espírito, uma operação que só se daria posteriormente na direção inversa ao impulso da vida rumo à realidade. Para Gadamer, compreender é o caráter ôntico original da própria vida humana (GADAMER, 1999, p. 383).

Nesse condão, a compreensão como um episteme é visualizada a partir de uma perspectiva secundária, pois a verdadeira compreensão não significará mais um saber teórico e sim um poder, uma virtude ou um dom. Nessa perspectiva Gadamer, ensina que compreender é participar imediatamente da vida, sem a mediação do pensamento através do conceito, pois o que interessa ao historiador não é a reduzir a realidade a conceitos, mas chegar em todas as partes ao ponto em que a vida pensa e o pensamento vive (GADAMER, 1999, p. 325).

Assim, a discussão sobre compreensão introduzida por Heidegger e desenvolvida por Gadamer traz algo relevante para a interpretação jurídica na medida em que ela deve ser visualizada como uma compreensão existencial prévia que possa permitir um sentido do texto, deixando de lado toda a pretensão epistemológica com qual o conhecimento jurídico se desenvolve. Por isso, Gadamer disciplina que uma ideia universal de compreensão ainda não existe, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler ‘o que está aí’, e de extrair das contes ‘como realmente foi’ (GADAMER, 1999, p. 397).

Nessa lógica, a partir de seus trabalhos, Gadamer começou a investigar a diferença existente entre a aplicação do direito a partir do comportamento do historiador jurídico e o do jurista diante do mesmo contexto jurídico, objetivando verificar se havia diferença entre esses dois agentes.

Primeiramente, cumpre destacar que Gadamer busca desenvolver seu modelo de saber a partir de um modelo diferente ao da ciência metódica. Para isso, o autor se inspira na experiência da arte, a partir de seus escritos em Verdade e Método, observando que a





obra de arte não deve ser vista apenas sob a perspectiva estética, mas também um encontro de verdade. Desse modo, a redução da arte a uma questão puramente estética é conduzir o jogo da consciência metódica, na qual reivindica um monopólio sobre a noção de verdade (GRONDIN, 2012).

Conseqüentemente, Gadamer exercita o reconhecimento da obra de arte a partir de sua verdade, o que possibilita uma ampliação da sua concepção sobre verdade e uma noção de “jogo”. Ao propor essa concepção, o filósofo demonstra que para entender uma obra é preciso deixar-se levar por seu jogo, pois nesse jogo somos menos aqueles que dirigem e mais aqueles que são levados ou encantados pela obra, o que nos leva a participar de uma verdade superior (GRONDIN, 2012).

Destarte, esse encontro com a verdade a partir da obra permite verificar as diversas variações nas interpretações da obra de arte. Para Gadamer, essa variação é importante pois é essencial para o próprio sentido, tendo em vista que a experiência de verdade não decorre tanto de uma perspectiva pessoal de quem está visualizando a obra e sim da própria obra que abre os olhos para o que está nela (GRONDIN, 2012).

Dessa forma, a discussão sobre verdade nas ciências humanas considera que para seu alcance devem ser excluídos os “pré-juízos” estabelecidos a partir da subjetividade, visualizando uma concepção objetiva, advinda das ciências exatas. Entretanto, para Gadamer, os pré-juízos devem ser compreendidos como condições do entendimento, a partir do processo de revisão constante que caracteriza a interpretação, pois uma interpretação justa somente pode ser alcançada a partir de um pensamento que não há preconceitos e voltar seu olhar para as próprias coisas. Por isso, Gadamer questiona o ideal imposto pelo iluminismo de que um entendimento ideal seria inteiramente desprovido de pré-juízos (GRONDIN, 2012).

Para Gadamer, a análise é iniciada em Verdade e Método por meio de sua pré-estrutura:

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas



que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. (GADAMER, 1999)

A vista disso, essas opiniões devem ser visualizadas a partir de hábitos linguísticos ou até mesmo conteúdo. Por esta razão, Gadamer compreende que a compreensão parte daquilo que é familiar, daquilo que possibilita a ampliação da própria experiência no mundo (GADAMER, 1999). É nesse cenário que a consciência da história proposta por Gadamer ganha relevância considerando a designação na acepção mais corrente a história da recepção ou, mais simplesmente, a posteridade das obras através da história (GRONDIN, 2012).

Dada a relevância da historicidade, Grondin ressalta que a historicidade proposta por Gadamer permite que a consciência histórica do trabalho da história permita escapar a sua insidiosa determinação, para um bem maior de uma interpretação objetiva do passado. A partir do trabalho desenvolvido por Gadamer em *Verdade e Método*, a consciência do trabalho da história designa simultaneamente: a) a consciência lapidada e trabalhada pela história; b) a tomada de consciência desse ser-determinado e dos limites que ele impõe ao ideal de uma consciência inteiramente transparente a si mesma (GRONDIN, 2012).

Desse modo, a compreensão ocorre, segundo Gadamer, quando ocorre o momento de fusão dos horizontes do passado e do presente. Essa tensão deve ser visualizada não em termos de assimilação, mas a partir de uma perspectiva de consciência (GADAMER, 1999).

Sendo assim, a compreensão a partir da historicidade nos permite encontrar um ponto de partida para a hermenêutica jurídica de Gadamer. Em vista disso, observa-se que a compreensão histórica da norma busca possibilita renovar a sua efetividade histórica em relação a uma nova situação encontrada a partir de um caso concreto, o que afasta a possibilidade de simplesmente reconstruir a intenção originária do legislador. Para Lopes (2000), a historicidade da norma, igual a em qualquer outro texto, não é uma restrição a seu horizonte, senão que, pelo contrário, a condição que permite sua compreensão.

Gadamer ressaltar que a real finalidade da hermenêutica jurídica é encontrar o direito, enquanto sentido, a partir da aplicação produtiva da norma, pois a compreensão não é apenas um ato reprodutivo do sentido original do texto, mas também produtivo.





Isto posto, o jurista somente consegue descobrir o verdadeiro sentido da lei a partir de um determinado caso concreto, no qual ele tem que descobrir o conteúdo normativo da lei e analisar de que maneira será aplicado. A partir disso, o jurista deve analisar o valor histórico que convém a lei, pois para Gadamer não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei (GADAMER, 1999).

Por isso, o historiador jurídico busca o sentido originário da lei, interpretando seu valor e a intenção no momento de sua promulgação. Contudo, é importante observar que a situação hermenêutica do jurista e do historiador jurídico se encontram a partir de uma certa expectativa de sentido imediato, ou seja, nenhum dos dois possui um acesso imediato ao objetivo histórico que proporciona o valor posicional.

Nesse entendimento, Gadamer ressalta que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto (GADAMER, 1999).

Por fim, a partir dos estudos de Gadamer, observa-se que o juiz é, antes de mais nada, um interprete, pois para aplicar o direito deve em primeiro lugar compreender a norma. Essa compreensão, a partir da interpretação e aplicação, forma um processo unitário a qual somente tem sentido quando é aplicada, pois só nesse momento é que a validade da norma pode ser avaliada diante de um caso concreto. Portanto, para uma concreta aplicação do sentido da lei, deverá ser conhecido o seu sentido originário a qual possibilitará reflexões das mudanças históricas que permite distinguir o sentido original da aplicação atual.

3. O DIREITO AO ACESSO ÀS TERRAS





Os indígenas já ocupavam o território brasileiro antes da colonização realizada pelos Portugueses no Brasil, o decorrer desse contato entre os povos originários e os europeus, as relações estabelecidas não ocorreram de maneira pacífica, pois os interesses nas terras guiavam os colonos aventureiros.

De acordo com (HOLANDA, 1995) os aventureiros, são aqueles que focam no objeto final; quer colher o fruto sem plantar a árvore, dispensando processos intermediários, cotejando a recompensa imediata agindo com audácia e autoritarismo, seu papel foi fundamental no processo de colonização manifestando características que busca por riquezas fáceis que iniciaram abruptamente sua exploração sem respeitarem os direitos das comunidades indígenas, como naturais daquele território recém descoberto e como verdadeiros senhores daquela terra.

Nesse contexto, ao mesmo tempo, a miscigenação gerou preconceitos e ofensas, aos descendentes das misturas de raças, no contexto das relações de sociais e jurídicas em especial a parcela da população mais desprezada; os indígenas, fenômenos que degradam o indivíduo, enraizando cada vez mais discriminações consagradas pelos costumes, pela intolerância, pela falta de respeito inclusive ao texto constitucional que reconhece em seu dispositivo 231 a forma de vida dos povos indígenas.

O artigo da Carta Magna Federal relata reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, devendo ser habitadas permanentemente e utilizadas para atividades produtivas fundamentais ao seu bem-estar e para a reprodução física e cultural, de acordo com costumes e tradições.

Nessa apreciação, Eliane Moreira (2018) traz o conceito de Povos Tribais, este que deve ser entendido de jeito amplo, cuja interpretação precisa ocorrer em conformidade com as realidades locais, sendo o ponto de partida o caráter de grupo étnico.

É sabido que os povos e comunidades tradicionais são grupos diferenciados do restante da população conforme é reconhecido e conceituado pelo decreto nº. 6040/2000, em seu artigo 3º, que afirma povos e comunidades tradicionais são grupos culturalmente diferenciados, por viverem sob uma respectiva estrutura social, vivendo em territórios usufruindo dos recursos naturais com o cunho de reproduzir a cultura, a religião, o manejo ambiental e todas as práticas relacionadas a continuação do seu modo de vida.





A autora Juliana Santilli (2003) observa que a compreensão do termo “populações tradicionais”; desenvolvido nos parâmetros das ciências sociais e assimilado pelas ciências jurídicas, ocorre mediante interface entre biodiversidade e sociodiversidade. A sociodiversidade manifesta a existência simultânea de grupos humanos díspares com seus padrões próprios de organização social, com modelos diferentes de autoridade política, de acesso à terra, de padrão habitacional, de hierarquias de valores ou prestígio, entre outras idiosincrasias (DIEGUES, 2001 p. 2).

A vista disso, Diegues (2001) nota os critérios que diferenciam estes grupos, uns dos outros, são: se estas comunidades são ou não autossuficientes em relação à sociedade capitalista e qual o grau desta dependência; o grau de atrelamento dessa cultura ao modo de produção capitalista ou a pequena produção mercantil; a relação com a natureza, que determina a territorialidade; o espaço de reprodução econômica e das relações sociais, o território é também o locus das representações e do imaginário mitológico de cada um desses grupos.

Nessa roupagem, fica claro, que independente do momento histórico, sempre existiu uma intenção de camuflar por intermédio de leis ou outros tipos de regras impostas, a verdadeira intenção dos povos conquistadores que normalmente segue o seguinte movimento: primeiramente efetuar uma aproximação com um objetivo falso de tentar integrar os indígenas a sociedade e, posteriormente tirar proveito, seja da mão de obra, seja do conhecimento e principalmente da dos recursos naturais dos territórios.

Importante relatar que, reconhecer que os povos tem direito a ser povos, perpetuando serem grupos diferenciados da sociedade hegemônica e que se regem por suas leis sem nenhuma necessidade de integração, assegurando o direito de existir como povo e de manter sua organização social.

Conforme o entendimento de Macedo Sá, (2005, p.189) estas comunidades tem um forte senso de identidade e uma relação especial com a terra e o meio ambiente, refletindo a importância do setor público destinar maior atenção para políticas públicas voltadas aos interesses da população indígena.

As terras indígenas são parte essencial do processo de reconhecimento dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, porém não se pode deixar de mencionar o Estatuto



do Índio que norteia a vida jurídica dos índios e de suas comunidades, com o dever de preservar seu modo de vida e integrar a comunidade a sociedade nacional. Juntamente com a FUNAI a qual procura defender os interesses do indígenas frente ao novo modelo de vida hegemônica em que o campo econômico dita as regras e que o Estado Brasileiro vem acatando silenciosamente.

A nível internacional, em primeiro momento, Declaração da ONU sobre direitos dos Povos Indígenas que afirma em seu artigo 10 que os indígenas não serão retirados pela força de suas terras ou territórios (Viera 2008), bem como em vários outros dispositivos enaltece o respeito do uso e gozo da terra como vetor de ligação espiritual e de sobrevivência.

Trazendo como um dos principais objetivos a preservação desses povos e isso não significa simplesmente à conservação a vida, mas de tudo que desta faz parte, a prática social, costumes, cosmovisão, o uso da natureza para sobreviver, pesca, plantio, caça etc., tendo em vista que estes povos são os verdadeiros ocupantes originários dessas terras, se faz necessário desenvolver uma série de normas que busquem além de sua preservação, busquem uma maior participação desses no que diz respeito a utilização de suas terras, a cosmovisão, autoderminação, conhecimentos regionais, uso dos recursos naturais e conservação da cultura e das futuras gerações.

Nessa seara, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada no ano de 1969, e o seu órgão julgador a Corte Interamericana, em síntese, cotejam promover os direitos humanos, o estabelecimento do estado democrático de direito, exercendo um papel relevante no que tange desigualdades de grupos étnicos.

Este dispositivo é composto de textos basilares à democracia, aos direitos humanos, à segurança e ao desenvolvimento, apoiados reciprocamente em uma estrutura que apresenta diálogo político de inclusão social, cooperação, instrumentos jurídicos e mecanismos de acompanhamento para que os objetivos da associação sejam alcançados.

Apesar do marco histórico fundamental do ano de 1988 que tentou deixar para traz políticas assimilacionistas, a Comissão e a Corte IDH veem com preocupação a situação indígena no Brasil, pelo fato de que políticas relacionadas a demarcação das terras continuarem a passos lentos. Soma-se a essa realidade a falta de segurança jurídica



para com essas comunidades, tendo em vista que muitas estão sobre a pressão de pessoas interessadas em suas terras, inclusive “os governos desenvolvimentistas”.

No mais, a Corte IDH constata que apesar dos inúmeros problemas como a lentidão em pôr em prática políticas fundamentais como a demarcação e respeito das terras indígenas e maior clareza ao tratar de temas como a consulta prévia livre e informada, o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos detentores do direito à propriedade coletiva saudável, ou seja, aquela que garanta a sua existência e perpetuação física e cultural, identificando como povos originários do Brasil, mas que mesmo assim ainda é preciso se fazer muito para garantir a integridades dos povos indígenas perante a soberania nacional.

Em linhas finais, estes institutos auxiliaram na defesa e na manutenção da garantia dos direitos dos povos originários em especial o acesso as terras tradicionais ocupadas pelas comunidades indígenas.

4. OS CASOS RAPOSA SERRA DO SOL E POVO XUCURU A PARTIR DA PERSPECTIVA DE GADAMER.

4.1 Caso Povo Xucuru vs. Brasil

O Povo Xucuru de Ororubá, localizado no estado de Pernambuco no Brasil, conta com organização própria, estruturas políticas e de poder, como a Assembleia, um Cacique e um Vice Cacique, o Conselho Indígena de Saúde de Ororubá, uma comissão interna para resolução de problemas entre a comunidade, um Conselho de Líderes e um Pajé (líder espiritual da comunidade e dos líderes do Povo).

Há, no território, 7.726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades, constituído por 2.354 famílias, as quais vivem em 2.265 casas, em uma área que compreende 27.555 hectares. Ademais, é situado nos municípios de Pesqueira e Poção, cerca de 214 km da capital pernambucana, Recife, divididos geograficamente e politicamente em três regiões: serra, agreste e ribeira. A região que possui uma hidrografia privilegiada, com a presença de grande reservatório e rios, como os rios Ipanema e o rio Ipojuca, que se cruzam com o solo indígena.





A base econômica do Povo Xucuru é pautada na criação de animais e de produção de hortaliças, que abastecem a feira livre de Pesqueira, além de desenvolver a produção orgânica. A cultura do Povo Xucuru é diversa, destacando-se a cultura material, baseada no artesanato, e a cultura simbólica, cujo ritual revela a pajelança.

Nos anos 80, com a nomeação do Cacique Xicão começou grande mudança, pois houve uma melhor articulação e organização social desse povo, acarretando na intensificação da luta pela terra. Desde muito tempo há conflitos entre os membros do Povo Xucuru, fazendeiros e políticos locais, mas a sua intensificação se deu especialmente com o início do processo demarcatório de suas terras em 1989.

Os conflitos iniciaram com a presença portuguesa na região, época em que o Rei de Portugal, ao chegar no local, realizou grandes doações de sesmarias de terras aos senhores de engenhos e de fazendeiros para a criação de gado.

No século XIX, as invasões às terras dos Xucurus aumentaram, especialmente pelos descendentes das famílias tradicionais da região, agravando-se com a questão da promulgação da Lei da Terra de 1850.

Passado um século de conflito contínuo, em 1973, com a promulgação do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), o Povo Indígena Xucuru passou a se articular para reivindicar a propriedade de suas terras, porém, com constante alegação de que os Xucurus não podiam mais ser considerados indígenas, devido à miscigenação sofrida pelos seus integrantes, considerados caboclos ou remanescentes.

Desde 1996, há um regulamento do processo administrativo de demarcação e titulação de terras indígenas, proveniente do Decreto nº 1.775 e pela Portaria do Ministério da Justiça nº 14/96. O processo de demarcação é constituído de cinco etapas, ocorrendo por iniciativa e sob orientação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), porém o ato administrativo final de demarcação é atribuição exclusiva da Presidência da República.

A promulgação do Decreto nº 1.775/96 trouxe mudanças no processo administrativo de demarcação e de interposição de ações judiciais por seu direito à propriedade e de solicitar indenizações.

Cerca de 270 objeções contra o processo demarcatório foram interpostas por pessoas interessadas, inclusive pessoas jurídicas, como o município de Pesqueira. Em 10





de junho de 1996, o Ministro da Justiça declarou todas essas objeções improcedentes, por meio do Despacho nº 3.

Os terceiros interessados apresentaram Mandado de Segurança perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 28 de maio de 1997, o STJ decidiu a favor dos terceiros interessados, concedendo novos prazos para as objeções administrativas. As novas objeções foram também recusadas pelo Ministro da Justiça, reafirmando necessidade de continuar a demarcação.

O Cacique Xicão, chefe do Povo Indígena Xucuru, foi assassinado em 21 de maio de 1998, gerando uma grande revolta ao povo Xucuru por tantas despontamentos com a justiça brasileira.

Diante do contexto, a Corte IDH se pronunciou, na sentença do caso, abordando o dever de proteção à propriedade, que emana do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como à Convenção nº 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em face da obrigação dos Estados em cumprir com o disposto na Convenção.

Conforme explanado pelo Tribunal, as obrigações postas no artigo 1.1 da Convenção Americana exigem o dever dos Estados Partes em organizar todo o aparato governamental e todas as estruturas as quais se manifesta o exercício do Poder Público para assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como neste caso, a obrigação de assegurar os atos necessários para garantir a propriedade coletiva dos Povos Indígenas.

Importar explicitar que a Corte IDH iniciou sua análise sobre o direito de propriedade coletiva embasada na Convenção Americana destacando a necessidade de ultrapassar o conceito clássico de propriedade. Devido a isso, fundamentou esta concepção na proteção desse direito em um corpo jurídico de instrumentos internacionais que garante a robustez legal para determinar a imperatividade do direito à propriedade coletiva dos Povos Indígenas.

É obrigação do Estado, portanto, garantir a propriedade efetiva dos Povos Indígenas, abstendo-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado ou terceiros a afetarem a existência.



Nesse contexto, a Corte IDH entendeu haver elementos suficientes para reconhecer o excesso de morosidade do processo administrativo, que foi, neste caso, excessivo, inclusive no tocante à homologação e a titulação do território Xucuru. Portanto, o decurso do tempo para a retirada de não indígenas é insustentável, o que demonstra ofensa ao direito à garantia judicial de prazo razoável.

A Corte IDH determinou ao Brasil, como forma de reparação, dentre outros, a garantia, de maneira imediata e efetiva do direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucurus obre o seu território, de modo que não sofra invasão, interferência ou dano por terceiros ou agentes do Estado; a conclusão do processo de desinstrução do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território e o pagamento de indenização como a título de danos morais.

O caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil (2018) representa um marco na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à condenações do Brasil no tocante aos direitos dos Povos Indígenas. A ressignificação do conceito de propriedade coletiva e a análise das violações do Estados no decorrer nos trâmites administrativo e judicial demonstram que o país pode vir a sofrer nova condenação pelo Tribunal em caso semelhante.

A Corte IDH determinou ao Brasil, como forma de reparação, dentre outros, a garantia, de maneira imediata e efetiva do direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucurus obre o seu território, de modo que não sofra invasão, interferência ou dano por terceiros ou agentes do Estado; a conclusão do processo de desinstrução do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território e o pagamento de indenização como a título de danos morais.

Além disso, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos revela que o direito à propriedade coletiva dos Povos Indígenas é norma jus cogens, inderrogável pelos Estados, devendo ser cumprida e respeitada por meio de ações eficazes que são traduzidas em políticas públicas adequadas. Para tanto, a sentença condenatória do caso





Povo Indígena Xucuru e seus membros vs Brasil é emblemática no estabelecimento da propriedade indígena como direito originário de seus povos.

4.2 Caso Raposa Serra do Sol

Outro caso a ser discutido é a questão do marco temporal da C.F/88 através do caso Raposa Serra do Sol, o qual demonstra claramente o posicionamento do STF, cravando assim um lapso temporal de demarcação as terras indígenas.

Explicar-se-á a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do marco temporal estabelecido sobre Terras Indígenas no julgamento da Petição 3.388-4 de Roraima decorrente da demarcação administrativa do território dos Povos Indígenas Ingariló, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana que ocupam a área da Raposa Serra do Sol.

O caso da demarcação da área da Raposa Serra do Sol foi iniciado por Ação Popular proposta pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto (PT) juntamente com o Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (PTB).

Dentre os principais argumentos da “parte contrária”, estão os de que a portaria ampliou a área demarcada e que a retirada dos produtores de arroz instalados na região afetaria seriamente a economia do Estado, pois a cultura representaria em torno de 25% de seu Produto Interno Bruto, alegando que o estado de Roraima seria um dos maiores produtores de arroz da Região Norte do Brasil.

Arguindo ademais, que 46% da área de Roraima são reservas indígenas e 26% áreas de conservação, o que deixaria o Estado sem espaço para desenvolver-se economicamente. Em 19 de março de 2009, o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento da Petição 3.388 que questionava, na Ação Popular, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Na decisão, foram fixados dezoito parâmetros ou condições para considerar uma terra como indígena tradicional. Dentre as condições, destaca-se a tese do marco temporal, segundo a qual a Constituição trabalha com data certa como referencial para verificar a ocupação de um determinado espaço geográfico por uma etnia aborígine, ou seja, para o reconhecimento dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente foram ocupadas por Povos Indígenas.



Além disso, foi defendido que a Magna Carta brasileira não assegurava o retorno dos indígenas às terras que ocupam anteriormente à promulgação do texto constitucional ou aos que vieram a ocupar antes dele, cabendo apenas o reconhecimento do território que ocupavam naquele momento.

Destaca-se que o marco temporal desconsiderou totalmente a teoria do indigenato, bem como exigia a comprovação pelos indígenas da retirada à força de suas terras e, por essa razão, não detinham a posse permanente da área em 5 de outubro de 1988.

O primeiro critério apresentado demonstra a irrazoável e desproporcionalidade, desconsiderando a posição de vulnerável, medida face a necessidade da comunidade ou do Povo Indígena manter um conflito até 5 de outubro de 1988 contra fazendeiros armados ou contra o próprio aparato repressivo do Estado.

Por outro lado, deve –se rememorar que os indígenas eram impedidos de figurar como parte em juízo até o advento da Constituição Federal de 1988, momento no qual foram liberados do regime tutelar, passando a serem reconhecidos como sujeitos com capacidade processual, por força do artigo 232 da Constituição Federal.

Inclui-se, nesta análise, que o próprio Ministério Público não tinha a atribuição para propor, sem provocação da União, medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos chamados silvícolas sobre as terras que habitem, conforme redação do artigo 36 da Lei nº 6.001/1973, visto que a sua estruturação para a defesa dos direitos e interesses coletivos dos Povos Indígenas consolidou-se apenas com o advento da Constituição Federal de 1988.

A tese do marco temporal é juridicamente questionável em muitos aspectos, os condicionamentos relacionados à data certa também negam a histórica vulnerabilidade dos indígenas ante as violências que permearam o processo pós-colonial, a abertura das frentes de expansão pelo Brasil. Também desconsidera as especificidades culturais, em contrariedade ao que estabeleceu o constituinte originário com reconhecimento aos indígenas em sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Derradeiramente, o caso Raposa Serra do Sol apresenta todo um contexto fático e jurídico para uma demanda perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, devido à escancarada violação ao direito à propriedade coletiva dos Povos Indígenas e a série de direito decorrentes de seu uso da terra com a devida demarcação pelo Estado.





4.3. Os casos Raposa Serra do Sol e Povo Xucuru sob a óptica de Gadamer

O papel da hermenêutica no campo normativo é demonstrar que para a compreensão de determinada regulação jurídica o que importa não é meramente a compreensão do texto e sim a forma como o interpretamos. Por isso, para a compreensão da hermenêutica passa pela questão de como as coisas são entendidas e interpretadas, pois o processo de interpretação será entendido sob a constituição das coisas.

Como supracitado, a filosofia de Gadamer está pautada na historicidade, na qual se estabelece como uma condição pré-conceitual do caminho para a compreensão. Sendo assim, no espaço da hermenêutica, é importante observar que a propriedade, no passado, era passada de geração para geração a partir de um contexto familiar, o que é indispensável para compreendê-la como direitos fundamentais e conquistar um espaço sobre direito a propriedade para além da perspectividade civilista positivista. No entanto, é válido ressaltar que o passado histórico se não é acessível à subjetividade política impossibilita a visualização dos valores que norteiam os direitos fundamentais no presente, sendo capaz inclusive de enfraquecer a democracia e contribuir para a perpetuação do legado autoritário em casos atuais.

Assim, o direito de propriedade é um direito visto principalmente sob uma ótica de tradição secular, definida principalmente pela capacidade de quantificação e mensuração. Nos casos apresentados, as demandas giram em torno da mensuração, tendo em vista o pleito dos povos indígenas para a titulação das terras ocupadas por eles.

Nessa concepção, Gadamer (1999) demonstra que a proposta substancialmente fundamental para a compreensão e interpretação do mundo se dá através de conceitos de tradição e preconceitos, que estão ligados a uma dinâmica do círculo hermenêutico, sendo visualizados como potencialidades e possibilidades a partir do sujeito.

Sendo assim, no momento em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos determina que o estado brasileiro demarque as terras indígenas, com embasamento na questão da relação comunal do povo com a terra, ela apresenta a tradição dos antepassados, pois visualiza a propriedade baseada entre uma profunda ligação com a ancestralidade do povo.



Por outro prisma, o Supremo Tribunal Federal ao decidir pelo marco temporal e com o estabelecimento de requisitos comprobatórios desconsiderou toda a tradição, autodeterminação e cosmovisão provenientes da historicidade existente naquele território ocupado pelos povos indígenas.

A partir disso, Gadamer (1999) ressalta que o que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base, e, mesmo no caso em que, na educação, a "tutela" perde a sua função com o amadurecimento da maioria, momento em que as próprias perspectivas e decisões assumem finalmente a posição que detinha a autoridade do educador, esta chegada da maturidade vital histórica não implica, de modo algum, que nos tornemos senhores de nós mesmos no sentido de nos havermos libertado de toda herança histórica e de toda tradição. A realidade dos costumes, por exemplo, é e continua sendo, em âmbitos bem vastos, algo válido a partir da herança histórica e da tradição.

Dessa maneira, não é fácil consumir a possibilidade de que o escrito não seja verdade. O escrito tem a palpabilidade do que é demonstrável, é como uma peça comprobatória. Torna-se necessário um esforço crítico especial para que nos liberemos do preconceito cultivado a favor do escrito e distinguir, tanto aqui, como em qualquer afirmação oral, entre opinião e verdade (GADAMER, 1999).

Por conseguinte, estamos sempre situados entre tradições e isso não deve ser visualizado como um processo objetivo, pois faz parte de nós enquanto modelo ou tipo de conhecimento onde a historicidade não é percebida. Por isso, Gadamer (1999) ressalta que se fazemos parte da história e esta não é transparente para nós, por outro lado, o próprio movimento da história, com seu real e com suas contradições, implica na possibilidade de mudança e de ressignificação.

Nos casos apresentados, verifica-se que não se trataram apenas de interpretação do texto legal, mas sim de interpretar a história humana dos povos indígenas e principalmente as condições enquanto pertencentes aquele grupo. Importante observar que a historicidade proposta por Gadamer permite com que os juízes que não tiveram



acesso ao passado reconstruam a partir do que se tem como documentos, tradições, culturas, etc.

Especialmente no caso Povo Xucuru vs. Brasil, observa-se que a tradição positivista e civilista deu espaço para uma cosmovisão sobre propriedade, na medida em que considerou o território daquele povo para além de uma perspectiva física e geográfica, considerando-o como algo sagrado, pois lá estão seus ancestrais. Nessa medida, Gadamer (1999) ressalta que para superar uma tradição não é preciso negar a tradição, a tradição pode ser combatida com uma nova tradição.

Sendo assim, o que se observa nessa decisão foi a fusão de horizontes entre a tradição do passado com a do presente, na medida em que ampliou o sentido de propriedade ancestral em relação a família com a de um povo. De acordo com Gadamer (1999) quando nossa consciência histórica se desloca rumo a horizontes históricos, isso não quer dizer que se translate a mundos estranhos, nos quais nada se vincula com o nosso; pelo contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que rodeia a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente.

Nesse entendimento, Walter Benjamin (1915 – 1921) explana que o critério que o direito positivo estabelece em muitos momentos contribui para o estabelecimento ao direito da violência, devendo ser analisado para além do direito positivo, o direito natural e também uma reflexão histórica, buscando evitar relações com o direito e com a injustiça que resultam na violência.

Por outro lado, observa-se que essa visão pautada na historicidade de Gadamer é visualizada principalmente a partir da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil, através de sua atuação pelo Supremo Tribunal Federal, ainda deixa a desejar nesse sentido, considerando a decisão do caso Raposa Serra do Sol, a qual atribuiu a tese do marco temporal para as terras dos povos indígenas, desconsiderando toda a história construída por eles antes da promulgação da Constituição Federal de 1998.

Portanto, a partir do que foi apresentado sob a hermenêutica jurídica de Gadamer, observa-se que sob a pressão do texto, o intérprete passa a descartar suas próprias atribuições a partir do sentido pré-compreensivas. Sendo assim, para se compreender o



texto, é preciso deixar que este passe alguma mensagem ao intérprete por meio da consciência sobre seus próprios pré-juízos.

Sob esta ótica, Jacques Derrida (2010 p.37) instrui que é preciso também saber que essa justiça se endereça sempre a singularidades do outro apesar ou mesmo em razão da pretensão a universalidade. Considerando que o direito nem sempre é justiça (2010, p.30).

Por fim, pode-se afirmar que, para compreender, é preciso ampliar o entendimento, o subjetivismo e até mesmo fazer uso da alteridade e quando necessário descartar a possibilidade de compreensão arraigada nos pré-juízos, embora esses sejam os pontos de partida para a própria compreensão para determinados temas jurídicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao acesso de terra indígena aparece no contexto brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, fortemente influenciado pela proteção internacional desse direito a partir das normativas internacionais. Esse avanço acompanha a mudança do paradigma da proteção aos povos indígenas, visando garantir o direito fundamental às terras.

A partir do que foi apresentado, observou-se que os casos Raposa Serra do Sol, julgado pelo Supremo Tribunal Federal e o caso Povo Xucuru vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, versam sobre a mesma demanda jurídica, porém com decisões diferentes.

Considerando os estudos propostos pelo filósofo Gadamer, observa-se que a Corte Interamericana vem produzindo uma jurisprudência condizendo com o que o autor convencionou denominar de historicidade, que nada mais é do que compreender as normativas jurídicas a partir de um aspecto histórico, atribuindo um caráter além do viés positivista da norma e sim agindo com alteridade, principalmente a partir da justificativa da propriedade comunal dos povos indígenas, rompendo com ideário universalista.

Em contrapartida, a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol demonstra que a referida corte ainda não conseguiu desenvolver uma hermenêutica



que vislumbrasse o caráter histórico das tradições povos indígenas, pois preferiu seguir um caminho mais positivista especialmente na discussão sobre marco temporal.

Além disso, cotidianamente, a Corte Suprema deixa de cumprir os tratados internacionais os quais o Estado brasileiro é signatário, em especial aos precedentes contidos nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativos a povos indígenas, os quais são instrumentos basilares no combate as violações de Direitos Humanos, o que demonstra ainda mais que a sua atuação está longe do que Gadamer denomina de compreensão e hermenêutica jurídica.

Em linhas finais, o trabalho salienta, que os direitos dos povos indígenas são debatidos desde antes da Declaração da Independência do Brasil, apresentando a necessidade do reconhecimento da dignidade desses povos que são diferentes em inúmeros aspectos do modo de viver e que devem ser respeitados pela sociedade globalizada contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 dezembro 2022.

BRASIL, **Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Lex: dispõe sobre o estatuto do índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)**. Coleção Espírito Crítico. Duas cidades. Ed.34.

CORTE IDH. **Caso da Comunidade Xucuru e seus membros vs Brasil**. Sentença de 05 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 19 de dezembro 2022.

COSTA, David Moraes. **A Hermenêutica Jurídica em Hans-Georg Gadamer: a questão da universalidade e sua implicação no problema da verdade e do método**. Dissertação. Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2004.





DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Cap. I Do direito á justiça. 2 ed. Biblioteca do Pensamento Moderno. 2010.

DIEGUES, Antonio Carlos (org.); ARRUDA, Rinaldo Sergio Vieira; SILVA, Viviane Capezzuto Ferreira da; FIGOLS, Francisca Aida Barboza; ANDRADE, Daniela. **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

FUNAI (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO). **Direitos Sociais**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/direitos-sociais>. Acesso em: 21 dezembro 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Paulo Meurer. 3a ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

JUS BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Raposa Serra do Sol: entenda o caso**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100628/raposa-serra-do-sol-entenda-o-caso>. Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Revista de Informação Legislativa: Brasília a. 37 n. 145, 2000.

MACEDO SÁ, João Daniel. **Populações Indígenas e as Disposições Consultivas no Sistema Legal Brasileiro: Análise Comparativa das Experiências da Nova Zelândia e da Província de British Columbia no Canadá**. Cadernos do PPGDir FRGS, Vol. III, n VI. Rio Grande do Sul. 2005. p 189 a 207.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; MACIEL, Luciano Moura. **Protocolos Comunitários: resistência e autodeterminação no acesso a biodiversidade**. Revista Eletrônica da OAB/RJ. Edição Especial. Anais no 7º Seminário de Direitos, Pesquisa e Movimentos Sociais. Universidade do Rio de Janeiro/RJ. 27 a 30 e abril de 2018.

OEA. **Sobre el programa. 2012**. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em 24 maio 2021.

SANTILLI, Juliana. **Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção**. In: LIMA, André;





**O DIREITO AO ACESSO ÀS TERRAS INDÍGENAS SOB A PERSPECTIVA DE GADAMER:
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS CASOS RAPOSA SERRA DO SOL E POVO XUCURU**

NURIT, Bensusan (Orgs.). Quem cala consente? subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais. Série Documentos do ISA, 8. Instituto Socioambiental, São Paulo, 2003.

VIEIRA, Germano Luiz Gomes. **Da ONU à OEA: uma breve análise sobre os direitos dos povos indígenas**. Pensar Jurídico, 2008-II, vol. 3, p. 1. Disponível em: <http://promobh.com.br/revistapensar>. Acesso em: 19 de dezembro de 2022.

