

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

RAQUEL DOMINGUES DO AMARAL

**A INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO ART. 231 *CAPUT* E PARÁGRAFOS  
1º, 2º, 6º E ART. 20, INCISO XI, TODOS DA CF/88 À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO  
LÓGICO SEMÂNTICO**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo  
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

RAQUEL DOMINGUES DO AMARAL

**A INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO ART. 231 *CAPUT* E PARÁGRAFOS  
1º, 2º, 6º E ART. 20, INCISO XI, TODOS DA CF/88 À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO  
LÓGICO SEMÂNTICO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica De São Paulo, como exigência para obtenção do título de Mestre do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito sob orientação do Profº. Drº. Tácio Lacerda Gama.

São Paulo  
2015

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Aos meus pais, Terezinha e Sebastião, com quem aprendi as primeiras lições sobre Justiça e ética, e que me apoiaram em minha jornada, desde as primeiras letras até esta pesquisa. Aos meus filhos, Octávio, Henrique e Beatriz, que renovam em mim a significação de Justiça e Ética a cada dia, meus pequenos mestres.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Tácio Lacerda Gama, pela confiança, maestria e solicitude.

Ao mestre Paulo de Barros Carvalho, que me inspirou profundamente, renovando em mim o desejo de conhecimento.

Ao professor Robson Maia Lins, que, além de mestre, foi um amigo, um mentor nesta senda.

À amiga Adriana Taricco Delboni, que me motivou e me apoiou a reingressar na vida acadêmica.

Aos amigos, Samuel de Castro Barbosa Melo e Mariana Prates de Sousa, que me apoiaram durante esta jornada.

Ao meu amigo e colega, Jean Marcos Ferreira, pelo constante compartilhar de ideias e livros.

Ao meu amigo e colega de trabalho, Alan Jhonnys Floriano Carvalho, pelo apoio e tranquilidade que tem me proporcionado.

A Abadia Macedo, minha colaboradora mais próxima.

Por fim, meu agradecimento especial ao Deus Pai/Mãe.

## RESUMO

Propõe-se uma reflexão sobre a incidência da norma constitucional que disciplina a demarcação de terras indígenas, com base na premissa epistemológica do Construtivismo Lógico Semântico de Paulo de Barros Carvalho. Buscamos o sentido dos signos índio, comunidade indígena e terras indígenas nos enunciados do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 3º e art. 20, XI, da CF, levando em consideração o sentido destes signos no contexto social, cultural e histórico do índio. Abordamos a problemática da demarcação de terras indígenas no estado atual da arte, fortemente influenciado pela teoria do indigenato de João Mendes Jr., fazendo um contraponto com o entendimento esposado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., que compreende o indigenato como um título que explica o caráter originário do direito à posse permanente dos índios, mas que não se reduz a este. Discorremos sobre a relevância do precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como dimensão pragmática da semiose linguística da norma construída a partir dos enunciados do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 3º e art. 20 XI da CF, ou seja, como texto não escrito no suporte físico dos enunciados prescritivos, mas que não pode ser ignorado, na busca de sentido, como verdadeira técnica de legitimação. Propomos uma hermenêutica sobre a incidência da norma, que se constrói pela interpretação dos enunciados do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 3º e art. 20 XI da CF, sob a perspectiva da epistemologia proposta por Paulo de Barros Carvalho para a incidência da norma geral e abstrata tributária. Abordamos a demarcação de terras indígenas, como procedimento e como norma individual e concreta que viabiliza a incidência da norma geral e abstrata prevista no art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 3º e art. 20 XI da CF. Concluimos que a norma individual e concreta que documenta a demarcação tem o efeito constitutivo do direito subjetivo originário dos índios à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam. Delimitamos a existência de dois regimes jurídicos em relação às terras que são reconhecidas como ocupação tradicional pela demarcação: o regime jurídico regulador das relações jurídicas, entre “não índios”, anteriores ao advento da norma individual e concreta documentada na demarcação e o regime jurídico posterior à constituição do direito subjetivo originário dos “índios” no consequente da norma individual e concreta. Anteriormente ao advento da norma individual e concreta documentada na demarcação, as normas individuais e concretas que constituem o direito de propriedade de “não índios” são revogadas, de modo que a extinção dessas relações jurídicas tem efeitos *ex nunc* e devem ser harmonizadas com as normas dos incisos XXII, XXIV do art. 5º, da CF. Após o advento da norma individual e concreta da demarcação, o regime jurídico a incidir é o previsto no § 6º, do art. 231, da CF, como um meio de proteger o direito originário à posse dos índios.

Palavras-chave: Demarcação; Terra Indígena; Indigenato; Incidência da Norma Jurídica; Construtivismo Lógico semântico; Linguagem, Semiótica, Paulo de Barros Carvalho.

## ABSTRACT

Based on the epistemological premise of the Logical Semantic Constructivism (CARVALHO, 2010), the present study proposes to reflect about the incidence of the constitutional rule which restrain the demarcation of indigenous lands. It seeks for the meaning of the signs: Indian, Indigenous Community and Indigenous Lands, in the statements of art. 231 *caput*, §§§ 1, 2 and 3 and art. 20, XI, from the Federal Constitution, considering the connotation of these signs in the social, cultural and historical context of Indians. The study also handles the matter of demarcation of indigenous lands in the current state of the art, being strongly influenced by the theory of John Mendes Jr. (1912) on indigenato, as well as making a counterpoint with Ferraz Jr.'s (2007; 2012) discussion, which contemplates indigenato as a title that explains the Indians' originating status of the right to permanent possession, although not limited to this. It discusses the relevance of the legal precedent of the Supreme Court, as a pragmatic dimension of linguistic semiosis on the fixed rules of the statements in art. 231 *caput*, §§§ 1, 2 and 3 and art. 20 XI, in the Federal Constitution, that is, as a text not written in the physical support of prescriptive statements, but that cannot have its meaning ignored as real technical legitimacy. From the perspective of the epistemology proposed by Paulo de Barros Carvalho (2010) on the incidence of general and abstract tax norm, it proposes a hermeneutics of the incidence of the rule, which is constructed through the interpretation of the statements of the art. 231 *caput*, §§§ 1, 2 and 3 and art. 20 XI, from the Federal Constitution. The demarcation of indigenous lands is denoted in the present research as a procedure and as a sole and specific rule that enables the incidence of general and abstract rule laid down in art. 231 *caput*, §§§ 1, 2 and 3 and art. 20 XI, from the Federal Constitution. One may conclude that the individual and solid rule that documents the demarcation has a legal effect on subjective and originating rights of the Indians of permanent possession of the lands they traditionally occupy. It has been defined The existence of two legal systems in relation to the land known as traditionally occupied by demarcation: the regulatory legal framework of the legal relationship between "non-Indians", which precedes the advent of sole and specific rule documented in the demarcation, and the legal regime subsequent to the formation of subjective originating rights of "Indians", in the subsequent individual and solid rule. Individual and solid rules that make up the property right of "non-Indians" are repealed before the advent of individual and solid rules documented in the demarcation, therefore, the extinction of these legal relations has *ex nunc* effects and shall be harmonized with the rules of items XXII, XXIV of art. 5 of the Federal Constitution. After the advent of individual and solid rule of demarcation, the legal framework is set out in § 6 of art. 231 of the Federal Constitution, as a means of protecting the Indians' original right to possession.

Keywords: Demarcation; Indigenous Land; Indigenato; Legal Norm Incidence; Logical-semantic Constructivism; Language; Semiotics; Paulo de Barros Carvalho.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 A URGÊNCIA DE UMA HERMENÊUTICA PARA A NORMA CONSTRUÍDA PELA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DOS ART. 231 CAPUT E §§ 1º, 2 E 6º E ART. 20, INCISO XI, TODOS DA CF/88 PELA LINGUAGEM COMPETENTE E DENTRO DOS LIMITES DE AUTORREFERENCIALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO</b> .....	12
1.1 A relevância da proposta epistemológica do Constructivismo Lógico Semântico em nossa pesquisa .....	13
<b>2 O Constructivismo Lógico semântico</b> .....	15
2.1 Conhecimento e linguagem .....	17
2.2 O movimento do Giro Linguístico.....	19
2.3 A influência da semiótica na interpretação do direito.....	21
2.4 A autopoiesi do sistema jurídico .....	24
<b>3 A NECESSIDADE DE DEFINIR OS ELEMENTOS CONTIDOS NO ENUNCIADO DO CAPUT DO ART. 231, §§§ 1º, 2º E 6º E ART. 20, XI, DA CF</b> .....	29
3.1 O significado dos signos “índio” e “comunidade indígena” .....	31
3.1.1 Definição de Terras Indígenas .....	36
<b>4 TEORIA DO INDIGENATO E COSMOGONIA DO ÍNDIO A PARTIR DE SEU VÍNCULO COM A TERRA</b> 38	
4.1 Contraponto proposto por Tércio Sampaio Ferra Jr. para o conceito de Indigenato.....	46
4.2 Uma releitura do instituto do indigenato no ordenamento jurídico contemporâneo à luz da teoria da linguagem .....	48
<b>5 A ALTA RELEVÂNCIA DO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL, COMO FUNDAMENTO PRAGMÁTICO DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 231, §§§1º, 2º E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b> .....	52
<b>6 UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA PARA A INCIDÊNCIA DA NORMA CONSTRUÍDA A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO ART. 231 CAPUT, §§§ 1º, 2º E 6º E ART. 20 XI, DA CONSTITUIÇÃO, NA PERSPECTIVA DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO PROPOSTO POR PAULO DE BARROS CARVALHO</b> .....	66
<b>7 A COMPREENSÃO DA ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA GERAL E ABSTRATA COMO FENÔMENO LINGUÍSTICO</b> .....	71
7.1 A teoria da Norma Jurídica dentro da perspectiva semiótica.....	74
7.2 Estrutura da Norma como fenômeno comunicacional.....	76



<b>8 A NORMA GERAL E ABSTRATA CONSTRUÍDA A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO ART. 231 CAPUT, §§§ 1º, 2º E 6º E ART. 20, XI, DA CF .....</b>	<b>79</b>
8.1. Aspecto semântico da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, <i>caput</i> , §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20, XI, da CF .....	79
8.2. Aspecto pragmático da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, <i>caput</i> , §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20, XI, da CF .....	80
8.3. Aspecto sintático da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, <i>caput</i> , §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20 XI da CF .....	81
<b>9 SUPORTE FÁTICO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL.....</b>	<b>83</b>
<b>10 O FATO JURÍDICO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL .....</b>	<b>85</b>
10.1 O Tempo e o local DO fato jurídico da Ocupação tradicional e o tempo e o local NO fato jurídico da ocupação tradicional .....	88
<b>11 A NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA QUE DOCUMENTA A INCIDÊNCIA DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS.....</b>	<b>94</b>
11.1 A autoridade competente a emitir a norma individual e concreta.....	97
11.2 O aspecto sintático da norma individual e concreta da demarcação .....	98
11.3 O aspecto semântico da norma individual concreta constitutiva da ocupação tradicional .	101
11.4 O aspecto pragmático da norma individual e concreta da demarcação.....	105
<b>12 A TEORIA DAS PROVAS NA CONSTITUIÇÃO DO FATO JURÍDICO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL</b>	<b>107</b>
<b>13 OS EFEITOS CONSTITUTIVOS DA NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA DOCUMENTADA NA DEMARCAÇÃO .....</b>	<b>111</b>
<b>14 A MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA QUE CONSTITUI A DEMARCAÇÃO, À LUZ DO ART. 231 §§ 1º E 6º INCISO XI DO ART. 20 DA CF.....</b>	<b>114</b>
<b>15 A HARMONIZAÇÃO DO ART. 231 CAPUT, §§§ 1º, 2º E 6º O ART. 5º INCISOS XXII, XXIII E XXIV, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>121</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>124</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>129</b>

## INTRODUÇÃO

Durante o curso do crédito “Fundamentos Jurídicos da Incidência”, no segundo semestre de 2014, ministrado pelo professor Paulo de Barros Carvalho, coincidentemente, estava trabalhando nas primeiras e segundas Varas Federais de Dourado. Sobre minha mesa, havia vários processos cujos objetos eram demarcação de terras indígenas, além de presenciar, como juíza naquela região, a intensificação dos conflitos sociais entre “índios” e “não índios”.

A cada aula que assistia sobre a incidência da norma, à medida que avançava na leitura sobre o tema, desvelava-se, para mim, com objetividade matemática, que as premissas em que se baseiam a jurisprudência e a doutrina predominantes para a interpretação da incidência da norma geral e abstrata, construída a partir dos enunciados do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, estavam equivocadas, sendo que esta interpretação errônea desencadeava uma série de outros equívocos, que têm inviabilizado o Poder Judiciário no cumprimento de seu papel de pacificador social nesta questão.

A interpretação doutrinária e jurisprudencial tem sido uníssona no sentido de que o enunciado do § 6º, do art. 231 da Constituição Federal<sup>1</sup> torna nulas e sem efeitos jurídicos todas as relações jurídicas constituídas sobre estas terras, há séculos, sem direito à indenização pelo valor da terra. Mas como harmonizar esta interpretação com o princípio da segurança jurídica com o direito de propriedade?

Se o direito subjetivo originário dos índios tem *status* constitucional, o direito de propriedade também o tem, então aquele teria um valor mais elevado que este? Se o adjetivo originário, presente no enunciado prescritivo do *caput* do art. 231, da CF, remonta à posse imemorial, então todo território nacional seria terra de posse permanente dos índios? Se a própria sanção de nulidade, na declaração de inconstitucionalidade, já tem seus efeitos modulados para preservar as relações jurídicas, constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional, por que as relações jurídicas anteriores à demarcação, constituídas de boa fé, sob o manto da teoria da aparência, estariam inquinadas de uma nulidade *ab ovo*, que impossibilita a indenização do valor da terra?

Na primeira lição sobre a incidência da norma, quando fui levada a refletir que a norma é constituída pela linguagem, que a norma geral e abstrata não incide automaticamente, que necessita de mais linguagem para sua incidência, linguagem construída pela autoridade competente na norma individual e concreta, *eureka!*

---

<sup>1</sup> Doravante, CF ou Constituição.

A interpretação da incidência da norma constitucional, construída a partir dos enunciados do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º, e 6º, da CF, por intermédio da norma individual e concreta documentada na demarcação, impactaria todo o regime jurídico que disciplina a questão. Assim, essa pesquisa tem como propósito suscitar a interpretação da norma do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da Constituição, que trata da demarcação de terras indígenas, a partir da concepção metodológica proposta pelos eminentes juristas e doutrinadores, Lourival Vilanova (2003) e Paulo de Barros Carvalho (2010), em sua escola epistemológica denominada Constructivismo Lógico Semântico.

As premissas metodológicas do Constructivismo Lógico Semântico têm sido desenvolvidas e usadas com sucesso no âmbito do direito tributário. Por que não trazer seus pressupostos teóricos para a demarcação de terras indígenas?

A demarcação como procedimento e como ato normativo, assim como lançamento tributário, atinge o direito de propriedade. Sabemos que o direito de propriedade, em todas as suas irradiações e facetas, está protegido pelo supraprincípio da segurança jurídica. Nessa linha, nesta pesquisa, examinaremos a quebra de paradigma que a teoria da linguagem trouxe para a interpretação do direito, mormente na teoria da norma.

Analisaremos a norma, como unidade irreduzível da linguagem jurídica, como nos ensina Paulo de Barros Carvalho (2010), em seus aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos.

A partir da consideração da norma como um fenômeno linguístico, dotado dos três aspectos semióticos, refletiremos sobre os signos dos enunciados do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º, e 6º, da CF, buscando seu sentido no contexto social.

Analisaremos o precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação dos enunciados do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º, e 6º, da CF, como aspecto pragmático da norma da norma geral abstrata que transcende o texto escrito.

Dissecaremos a norma individual e concreta documentada na demarcação, de modo a examinar as categorias jurídicas: fato jurídico, relação jurídica, direito subjetivo, dever jurídico dentro do invariável esquema lógico-sintático da norma.

Por último, adotando-se a teoria da incidência proposta por Paulo de Barros Carvalho (2010), aferiremos se a posição lógico-sintática do direito subjetivo originário dos índios é compatível com a teoria do indigenato, defendida por João Mendes Jr. (1912), como um direito congênito, cujos refeitos se retroagem à posse imemorial.

Verificaremos se, sob os auspícios do princípio da segurança jurídica, seria possível a desconsideração *tout court* das normas individuais e concretas constituídas por “não índios” anteriormente à demarcação, como se nunca tivessem existido.

Ao final, buscaremos uma interpretação que viabilize a concordância prática do direito de propriedade dos “não índios” com o direito subjetivo originário dos “índios” à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam.

## **1 A URGÊNCIA DE UMA HERMENÊUTICA PARA A NORMA CONSTRUÍDA PELA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DOS ART. 231 CAPUT E §§ 1º, 2 E 6º E ART. 20, INCISO XI, TODOS DA CF/88 PELA LINGUAGEM COMPETENTE E DENTRO DOS LIMITES DE AUTORREFERENCIALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO**

Art. 231

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (BRASIL, 1988, p.1).

De fato, ao se fazer a leitura do dispositivo, a primeira interpretação possível é no sentido de que, havendo o procedimento de demarcação com a declaração da ocupação tradicional da terra pelos indígenas, o proprietário detentor da posse e do título dominial não tem direito à indenização em face da União, salvo no que concerne às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Nessa ótica, os possuidores de boa fé que contam com título, cuja cadeia dominial íntegra remonta a mais de séculos, sequer, podem demandar à União para se indenizarem do valor da terra, como normalmente se faz nas desapropriações para fins de reforma agrária.

Essa realidade jurídica e social coloca em cheque a própria fidúcia do Estado, que outorgou os títulos com base na Lei de Registros Públicos, fato social que vem causando extrema insegurança jurídica ao setor produtivo agrícola nacional. Além da insegurança jurídica que repercute na economia, a situação tem fomentado grave instabilidade social em razão dos conflitos constantes entre os índios e os não índios.

A Constituição assegura aos índios, de forma explícita, os seus direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam, à preservação de sua cultura, de suas tradições e, ainda que não tivesse previsto de forma expressa no *caput* do art. 231, seria uma decorrência da adesão do Brasil à Convenção 169 da OIT. No meio científico e acadêmico, não são poucas as vozes que se erguem a favor da causa indígena; mas, sem apresentar soluções juridicamente adequadas, tudo não passará de poesia e retórica e, enquanto isso, os índios continuam a morrer e também a matar em confrontos violentos com os não índios.

Na esfera jurídica, só vão colaborar para a pacificação desses conflitos construções teóricas que se façam a partir da linguagem jurídica normativa, além de se estabelecer a necessária distinção existente entre o sistema jurídico e o sistema político. Não é possível construir uma solução jurídica com instrumentos de pressão social inerentes ao sistema político. Ademais, toda solução jurídica que se pretenda viável deve harmonizar o direito subjetivo originário dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, com o direito de propriedade previsto no mesmo patamar de direito fundamental no art. 5, inciso XXII, da Constituição.

Enquanto o sistema jurídico tratar a questão a partir de elementos comuns ao sistema político, só aumentará a insatisfação dos grupos sociais envolvidos e a insegurança jurídica, situação que afeta negativamente não só os índios e não índios envolvidos, mas a própria integridade do ordenamento jurídico, na medida em que a insegurança jurídica é o principal fator de descrédito das instituições.

A solução dos conflitos advindos da questão indígena apresenta zonas de interseção nos sistemas políticos e jurídicos, mas a sua correta equalização jurídica impescinde da compreensão do sistema jurídico como sistema normativo e autopoético, fechado do ponto de vista funcional, aberto apenas semanticamente. O conceito de autopoiesi, difundido por Maturana e Varela e transposto para o campo das ciências sociais, incluindo o sistema jurídico, por Niklas Luhmman, é fundamental em nossa proposta hermenêutica. A abordagem deste tema passa necessariamente pela reflexão sobre a posição do sistema jurídico em relação aos demais sistemas (CAMPILONGO, 2011).

Nessa perspectiva, a construção de uma hermenêutica adequada não pode passar ao largo da virada paradigmática trazida pela filosofia da linguagem, em que a norma é concebida, como nos ensina Paulo de Barros Carvalho (2010), como uma unidade irreduzível cuja natureza é linguística e comunicacional.

### **1.1 A relevância da proposta epistemológica do Constructivismo Lógico Semântico em nossa pesquisa**

É de fundamental importância, na pesquisa científica sobre um dado tema, não só o seu recorte, sua delimitação, como também definir a metodologia a ser adotada como norte. Para ilustrar a importância da metodologia, vem-me à mente duas figuras metafóricas: a bússola e a carta náutica. Se o estudante e o pesquisador não têm consciência do método, estarão à deriva em sua jornada e, portanto, podem chegar a qualquer conclusão sem rigor

científico. Igualmente, o esclarecimento do método adotado pelo pesquisador, pelo produtor do conhecimento, é como uma carta náutica, que mostrará aos seus leitores e avaliadores o modo como se chegou às suas conclusões.

Neste trabalho, cujo objetivo é estudar a incidência da norma constitucional do art. 231, *caput*, §§§1º, 2º e 6º, art. 20, XI, todos da CF, a epistemologia proposta pelo construtivismo lógico semântico, desenvolvido por Lorival Vilanova (2003) e Paulo de Barros Carvalho (2010), tem impacto na forma como se concebem os efeitos das relações jurídicas, cujos objetos são as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

O modelo teórico proposto pelo Professor Paulo de Barros Carvalho vem sendo utilizado com muito êxito científico na esfera do direito tributário, e o consideramos como um caminho metodológico seguro também para o estudo das demarcações de terras indígenas, uma vez que ele parte de dois pressupostos muito importantes: i) a norma é criada pela linguagem jurídica; ii) o sistema jurídico é dotado de autorreferencialidade, ou seja, é autopoético.

O método eleva o conhecimento jurídico para um patamar mais atualizado, que, há muito, foi atingido por outras ciências humanas que acompanharam a quebra de paradigma ensejada pela filosofia da linguagem e pela teoria dos sistemas. Trata-se de uma epistemologia que, apesar de ter seu berço no direito tributário, transcende-o para a *Teoria Geral do Direito*, uma vez que influi em um verdadeiro câmbio paradigmático na interpretação de categorias jurídicas fundamentais: norma, fato jurídico, o direito subjetivo, dever jurídico, a relação jurídica e, sobretudo, impacta análise científica dos efeitos no tempo da incidência da norma.

É por essa lente precisa que propomos uma revisão hermenêutica da norma do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º, art. 20, XI, todos da CF, levando em consideração os recursos oferecidos pela semiótica e pela lógica.

## 2 O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO

Da expressão constructivismo lógico semântico, podemos inferir dois sentidos, a saber: a) a escola epistemológica de direito fundada pelos juristas brasileiros, Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova; b) o método de conhecimento desenvolvido pela referida escola (CARVALHO, 2010b).

Consideramos importante abordar inicialmente a epistemologia e o método do Constructivismo Lógico Semântico, pois nossa pesquisa se desenvolve a partir das premissas epistemológicas propostas por este método, cujas raízes estão fortemente assentadas na filosofia da linguagem.

O constructivismo lógico semântico, diferentemente das teorias tradicionais de hermenêutica jurídica que se pautam na corrente ontológica, estabelece uma nova epistemologia, em que a concepção do conhecimento científico fundamenta-se nas premissas do movimento filosófico conhecido como Giro Linguístico. Isso significa dizer que a hermenêutica não parte de um sentido próprio a ser sacado pelo intérprete do texto, mas na construção de um sentido de acordo com os referenciais e com o seu contexto (CARVALHO, 2010b).

Assim como Wittgenstein (1995) propôs em sua obra, *Investigações Filosóficas*, a concepção da linguagem não como uma representação dos fatos do mundo, mas como “jogos de linguagem” – em que se considera o uso, o contexto, ou seja, a linguagem em sua função comunicacional – o método do Constructivismo Lógico semântico concebe a norma como um fenômeno linguístico comunicacional, que é construído na cabeça do intérprete a partir de suas vivências.

Destaca Aurora Tomazini de Carvalho (2010b) que as ferramentas básicas do constructivismo lógico semântico são a filosofia da linguagem, na vertente do Giro Linguístico, a semiótica, a teoria dos valores e uma postura analítica.

O primeiro fundamento epistemológico do método do constructivismo lógico semântico reside no conceito normativista do direito. Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 31) define direito nos seguintes termos: “[...] não é demais enfatizar que o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país”.

Não nos aprofundaremos neste tópico sobre as consequências do recorte metodológico adotado para a definição de direito, mas já podemos inferir, em análise superficial, que a pedra angular na definição de direito é a norma.



O segundo fundamento do constructivismo lógico semântico está em considerar a norma como manifestação linguística, ou seja, “onde houver normas jurídicas haverá sempre uma linguagem (no caso do ‘direito’ brasileiro, uma linguagem manifesta, necessariamente, na forma escrita)” (CARVALHO, 2010b).

O terceiro fundamento é o reconhecimento do direito como resultado do contexto, produto cultural, permeado por valores da sociedade. Neste ponto, adverte Aurora Tomazini de Carvalho (2010b) sobre a necessidade de se distinguir o enunciado prescritivo e a norma jurídica. O enunciado vertido em linguagem prescritiva é a forma na qual o direito se materializa para o intérprete, mas a norma jurídica é construída na cabeça deste e, por isso, permeada pela influência da linguagem em seu contexto.

O Constructivismo Lógico Semântico trata o direito como texto. O direito como um corpo de linguagem deve ser analisado valendo-se das técnicas empregadas pelas Ciências da Linguagem, como, por exemplo, a semiótica. Com a ajuda da semiótica, o intérprete pode decompor a linguagem jurídica estudando-a em três aspectos: a) sintático, que é estrutural; b) semântico, que é o significativo e c) pragmático, que diz respeito ao uso, ao contexto em que a linguagem é produzida.

Com o auxílio da lógica, o intérprete pode perscrutar a estrutura da linguagem jurídica para se evitar contradições, mas a linguagem jurídica está imersa em um contexto social permeado por valores, de modo que além de se empregar o método analítico, o intérprete ainda conta com a técnica da teoria dos valores para a implementação do método do constructivismo lógico semântico.

Em nosso estudo, cujo objeto é a incidência da norma constitucional construída a partir da interpretação do art. 231 *caput* e §§§ 1º, 2º e 6º, art. 20 XI, da CF, o método proposto pelo constructivismo lógico semântico abre a possibilidade de uma nova hermenêutica pautada estritamente na linguagem jurídica e adequada ao fechamento funcional do sistema jurídico, o que nos permitirá alcançar a segurança jurídica, em uma questão essencialmente conflituosa. O conhecimento doutrinário produzido sobre este tema tem se valido da lente da corrente filosófica ontológica que sustenta a incidência da norma constitucional de forma automática e infalível, sem a necessidade de produção de linguagem, isso traz graves consequências na interpretação dos efeitos das relações jurídicas disciplinadas pela norma do art. 231 *caput* e §§ 1º e 6º, art. 20 XI, da CF.

Em verdade, o constructivismo lógico semântico apresenta um novo paradigma no estudo da incidência da norma a partir da linguagem:

Diante desta acepção técnica de “incidência jurídica”, é impreciso e incorreto distinguir aplicação e incidência de normas, pois: i) não há operação lógica fora da linguagem; ii) a linguagem não atua de per se, requer sujeitos emissores e receptores que a produzam; iii) o direito, em semelhança a todos os demais objetos culturais, existe pelo homem e para o homem, e só atua regulando os comportamentos sociais por meio da sua participação (GAMA, 2003, p. 103-104).

Como se vê, a pedra de toque do método reside na noção de que a norma é criada pela linguagem, de modo que, para sua completa compreensão, necessitamos perscrutar sobre a teoria do conhecimento baseada na linguagem.

## **2.1 Conhecimento e linguagem**

As bases filosóficas e metodológicas do Construtivismo Lógico Semântico têm suas raízes no movimento filosófico conhecido por Giro Linguístico, que surgiu no chamado Círculo de Viena.

Na segunda década do século XX, filósofos e cientistas de diversas áreas passaram a se reunir sistematicamente com o objetivo de discutir questões referentes à natureza do conhecimento científico. Buscavam uma epistemologia geral, ou seja, uma teoria crítica com objetivo de estudar e analisar os conceitos, princípios e objetivos do conhecimento científico de uma forma geral. O conceito de epistemologia concebido no Círculo de Viena está contido no conceito de gnosiologia de uma forma mais restrita, tendo em vista que seu escopo não é apenas o conhecimento, mas o conhecimento qualificado como científico.

Como preleciona Paulo de Barros Carvalho (2011), o movimento científico nascido no Círculo de Viena, além de se preocupar em estabelecer critérios seguros ou princípios básicos para a definição de um saber científico, vai além, pois reduz a epistemologia à semiótica, ou seja, à teoria geral dos signos que abrange todos os sistemas de comunicação.

A partir de então, a linguagem passou a ser considerada como um instrumento do saber científico, isto é, sem a precisão linguística, não há como construir o discurso científico. Nessa linha, os chamados neopositivistas lógicos propõem a criação e o aperfeiçoamento das linguagens artificiais, de modo que os termos não precisos fossem substituídos por novos termos criados adrede.

Antes do advento do Círculo de Viena, a teoria do conhecimento limitava-se a investigar a relação entre o sujeito e o objeto. Ora focava no estudo do objeto, é a chamada ontologia; ora no estudo do sujeito, gnosiologia; ou, ainda, no exame da relação entre sujeito e

objeto, na fenomenologia, ou filosofia da consciência, de Husserl<sup>2</sup>. É com a chamada filosofia da linguagem, cujo marco inicial é o *O Tractatus lógico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 1995), que a linguagem ganha relevância no processo de busca do conhecimento, dentro de uma das correntes filosóficas mais importantes do século XX, a filosofia analítica. Wittgenstein “promoveu a investigação da linguagem por um caminho muito distinto: de ‘pai dos formalistas’” (MORA, 2004, p. 3080), tornou-se “pai dos linguistas” (dos filósofos da linguagem corrente):

[...] Numa outra perspectiva, o tema linguagem aparece sobremodo rico e, a rigor, como tema capital da filosofia. Por isso pode-se afirmar, de vários pontos de vista, que o pensamento filosófico atual é principalmente uma “filosofia da linguagem” (que não é apenas uma filosofia linguística, mas a filosofia da linguagem acerca da linguagem) (MORA, 2004, p. 1750).

Oportuno ainda, neste ponto, o esclarecimento de Paulo de Barros Carvalho:

[...] o *Tractatus lógico-philosophicus* é marco decisivo na história do pensamento humano. Até Kant, a filosofia do ser; de Kant a Wittgenstein, a filosofia da consciência; e, de Wittgenstein aos nossos dias, a filosofia da linguagem com o advento do “giro linguístico” e de todas as implicações que se abriram para a teoria da comunicação (CARVALHO, 2011, p. 25).

Em sua primeira fase, a filosofia da linguagem se preocupa em aprofundar o estudo da relação da linguagem como o mundo, tendo em vista que, até então, a linguagem tinha a função representativa do mundo, de modo que, para se alcançar uma representação fiel, era necessário um maior aperfeiçoamento da linguagem para se eliminar as imprecisões e incertezas da linguagem comum.

Na busca por uma linguagem perfeita, Wittgenstein (1995) desenvolve um método a partir de importantes delimitações: exclusão da linguagem científica das questões metafísicas, insusceptíveis de comprovação empírica. A linguagem, em si, na sua função representativa do mundo, deveria apresentar dois aspectos, a saber: um sintático e outro semântico. O aspecto sintático organiza as proposições de acordo com as regras lógico-sintáticas. O aspecto semântico visa a garantir que as proposições possam representar os chamados fatos do mundo possíveis ou reais (MENDES, 2007).

Enfim, para o positivismo lógico ou empirismo lógico, as regras do jogo da linguagem científica deveriam pautar-se em algumas premissas (CARVALHO, 2010b, p. 38): a) comprovação empírica das proposições científicas; b) são admissíveis os enunciados não

---

<sup>2</sup> Conferir Mendes (2007)

verificáveis empiricamente concernentes às tautologias, que não fazem afirmações a respeito da realidade, estão neste campo a matemática e a lógica; c) convergência dos enunciados para um mesmo campo temático; d) a linguagem científica deve estruturar-se em uma rígida organização sintática, de modo a obedecer às regras lógicas, aos princípios da identidade, terceiro excluído e não contradição; e) a significações dos enunciados devem ser unívocas e, quando assim não forem, devem se submeter ao procedimento de elucidação proposto por Rudolf Carnap.<sup>3</sup>

Antes do advento da filosofia da linguagem, o conhecimento pautava-se em uma relação entre o ser cognoscente e o objeto, sendo que a linguagem era apenas um elemento de mediação entre o sujeito cognoscente e o objeto, com o advento do novo paradigma filosófico proposto por Wittgenstein, sob a influência de Gotlob Frege e Bertrand Russel<sup>4</sup>, a linguagem passa a ser elemento constitutivo da realidade: "os limites da minha linguagem significam os limites do mundo" (WITTGENSTEIN, 1995, p. 5-6).

Essa mudança paradigmática influenciará doravante todos os ramos das ciências de forma substancial, pois antes da linguagem não há compreensão, como assinala Tácio Lacerda Gama.

[...] se torna difundida a ideia de que toda e qualquer forma de compreensão se dá na linguagem e segundo os seus limites. Conhecer algo é antes conhecer a linguagem que torna esse algo compreensível. De forma inversa, antes da linguagem não há compreensão. Trata-se, pois, de uma completa reviravolta na concepção do que é conhecer algo, bem como na importância que a linguagem exerce nesta tarefa (GAMA, 2003, p. 99-100).

A concepção do mundo construído a partir da linguagem ficou conhecida como Giro Linguístico.

## 2.2 O movimento do Giro Linguístico

Para facilitar a compreensão do conteúdo, amplitude e impacto do movimento chamado Giro Linguístico, demonstra-se fundamental, primeiramente, a abordagem, ainda que de forma sucinta e superficial, do conhecimento produzido por Wittgenstein (1995). A trajetória de Wittgenstein é distinguida em dois períodos: o primeiro, quando escreveu o paradigmático *Tractatus lógico-philosophicus* e o segundo, com a obra *Philosophischen Untersuchungen* (Investigações Filosóficas), conhecidas respectivamente como "o primeiro Wittgenstein" e "o último Wittgenstein". Entretanto, isso não quer dizer que entre um período

<sup>3</sup> Cf. Carvalho (2011, p. 22).

<sup>4</sup> Cf. Mendes (2007, p. 9-47).

e outro não tenha havido uma relação, mesmo porque o último período começou a surgir nas reflexões do filósofo assim que terminou de escrever seu *Tractatus*.

Na segunda fase, passa a considerar o *Tractatus* insatisfatório, nas palavras de J. Ferrater Mora:

Esta conclusão não foi em Wittgenstein resultado de uma nova argumentação mediante a qual mostrara que o *Tractatus* era errôneo, foi resultado de um novo modo de ver pelo qual o anterior parecia como que uma superstição. De resto, essa superstição sobre a linguagem fora produzida pela própria linguagem. Pois a linguagem gera superstições, das quais temos de nos desfazer. A filosofia tem agora uma missão diferente – embora também de natureza esclarecedora - ela deve ajudar-nos a escapar do “enfeitiçamento de nossa inteligência” mediante a linguagem. Mas, só podemos conseguir isso quando virmos claramente “a linguagem”, em vez de nos iludir sobre ela procurando sua essência. Não há nada “oculto” na “linguagem”; há que abrir os olhos para ver, e descobrir como ela funciona. Ora, a linguagem funciona em seus usos. Não cabe perguntar, portanto, pelas significações; cabe perguntar pelos usos. Mas esses usos são múltiplos, variados; não há propriamente linguagem, mas linguagens e estas “são formas de vida”. O que chamamos “linguagem” são “jogos e linguagem” (MORA, 2004, p. 3079).

Em sua última fase, Wittgenstein consolida a mudança de paradigma na filosofia da linguagem. Até então, desde Frege, a função da linguagem na ciência era verificacional, ou seja, a linguagem servia para representar os fatos do mundo. Em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein (1995) aborda a função comunicacional da linguagem. É a partir daí que começa a destacar a importância de se examinar o uso e o funcionamento da linguagem para conhecê-la, portanto, desloca seu foco de pesquisa das significações para os jogos de linguagem, ou seja, para o uso da linguagem.

Na referida obra, que pode ser considerada um importante marco do movimento conhecido como Giro Linguístico, Wittgenstein (1995) defendeu a insuficiência da linguagem lógica, superou o isomorfismo e passou a abordar os jogos da linguagem comum, explicando que o significado da linguagem decorre dos usos. A partir desta fase, o autor deixou de ressaltar a função meramente representativa da linguagem, em que as proposições serviam apenas para representar os fatos do mundo, e começou a desenvolver a teoria dos “jogos de linguagem”, isto é, a linguagem é usada também para outras funções, como por exemplo, dar ordem, fazer promessas, rezar etc., de modo que a linguagem e os jogos de linguagem não teriam limites. Wittgenstein rompeu com o paradigma tradicional que perscrutava o sentido da palavra na coisa por ela representada, sem levar em conta o contexto e o uso da palavra, e defendeu a ideia de que o sentido de uma palavra está em seu uso, no seu contexto, ou seja, nos jogos de linguagem (MENDES, 2007, p. 61-64). Exatamente, nesta quebra de paradigma, surge o movimento filosófico chamado Giro Linguístico.

Esse segundo momento do pensamento de Wittgenstein originou um movimento designado de “Filosofia Analítica Inglesa”, seguido por acadêmicos de Cambridge e Oxford. Destacou-se neste grupo John Langshaw Austin com sua Teoria dos Atos de Fala. Austin influenciou profundamente a filosofia da linguagem e o próprio Direito, tendo em vista que Hart (1986 *apud* MENDES, 1986), inspirado pela teoria de Austin, passou a defender a análise das regras jurídicas a partir do seu uso (MORA, 2004, p. 3078).

Segundo Sonia Maria Broglia Mendes:

[...] podemos falar que da mesma forma que ocorreu um giro lingüístico, também na teoria do direito ocorreu uma mudança semelhante, de uma busca pela pureza científica a um reconhecimento de que o uso e o contexto podem modificar o entendimento das regras jurídicas (MENDES, 2007, p. 74).

Percebe-se que o movimento denominado de Giro Linguístico representou uma virada na teoria geral do conhecimento. Enquanto o positivismo lógico se preocupava, sobremaneira, com a pureza e precisão da linguagem para o desenvolvimento de uma epistemologia segura, pois, em sua ótica, a linguagem tinha uma função representativa, verificacional do mundo, o Giro Linguístico vai além e abre os olhos para a compreensão da linguagem no contexto de seu uso. Isso significa dizer que uma palavra não pode ser compreendida de forma descontextualizada do uso e costume dos utentes da língua. Além disso, dentro dessa nova visão, a linguagem deixa de ser meramente representativa, para ser criadora.

Isso revolucionou vários ramos da ciência e também o direito, conforme veremos no próximo tópico.

### **2.3 A influência da semiótica na interpretação do direito**

O método do constructivismo lógico semântico, ao considerar o direito positivo como um fenômeno linguístico, vale-se da semiótica como importante instrumento para o estudo do direito positivo. Clarice Von Oertzen de Araújo oferece significativo estudo sobre a semiótica jurídica:

[...] a semiótica jurídica, com seu aparato metodológico permite perceber o processo de positivação normativa como fenômeno do discurso (sem, contudo, limitar ou reduzir o direito unicamente ao fenômeno discursivo, como enunciação, como fato de linguagem [...]) O discurso legal revela aquilo que uma sociedade está preparada para assumir e empreender a título de ações e posturas jurídicas, no caso de certas condutas serem ou não adotadas pelos indivíduos. Em nível designativo, o discurso legal denota o corpo de leis que determina as práticas segundo as quais a comunidade se comprometeu a controlar os comportamentos sociais adotando o uso da força institucionalizada pelo direito (ARAÚJO, 2014, p. 126-127).

A autora baseia-se na teoria de Charles Morris, que trata da segmentação dos processos semióticos ou da semiose nos seus três aspectos: semântico, sintático e pragmático. Morris considerava que o signo, para as ciências humanas, era uma unidade fundamental, análoga ao átomo e à célula, para as ciências físicas e biológicas, de modo que a valorização do estudo da semiótica não teria como escopo apenas o aprimoramento e engrandecimento desta ciência em si, mas também a contribuição decisiva como instrumento epistemológico para a pesquisa científica nas ciências humanas.

A dimensão sintática da semiótica desenvolvida por Charles Morris diz respeito à estrutura lógico-gramatical da linguagem. Podemos entender que está no campo de estudo da sintaxe a estrutura formal dos signos, as regras de combinação para a geração de signos compostos e as relações formais que os signos mantêm entre si, sendo que as regras da sintaxe se aproximam das regras do cálculo.

No Brasil, Lourival Vilanova dedicou-se profundamente ao estudo científico da estrutura sintática da norma jurídica:

O caminho a seguir para fazer lógica jurídica é procurar a linguagem em que o universo do direito encontra expressão. Ocorre esta particularidade: no objeto físico não encontramos a linguagem como integrante de sua constituição. A linguagem está na ciência que é a física. Mas o direito, como objeto, contém a linguagem como parte do seu ser.

E linguagem-de-objetos, linguagem como referência a situações e a condutas humanas. Linguagem como todas as dimensões semióticas (como sintaxe, como semântica e como pragmática). Então, a linguagem do direito (positivo) é o ponto de partida para a formalização, pois na linguagem está o suporte material das formas lógicas (VILANOVA, 2003, p. 19)

Tàrek Moyses Moussallem explica didaticamente o caráter sintático da linguagem do direito na vertente metodológica do constructivismo lógico semântico. Vejamos:

A lógica exerce papel fundamental na teoria conhecida como “Constructivismo Lógico Semântico” por trazer à tona o aspecto sintático da linguagem do direito. Sintático aqui não no sentido gramatical-semântico (como a Gramática da Língua Portuguesa, por exemplo), mas como lógica formal.

Isso, contudo, não significa reduzir o estudo do direito positivo à Lógica. A Lógica não esgota a análise do discurso do direito positivo. Trilhar tal caminho é logicismo, tal como limitar o direito ao fato (sociologismo), ou restringi-lo à norma (normativismo).

Como já afirmado, o direito positivo é fato cultural apreendido pelo investigador mediante o ato de compreensão. Compreender é interpretar. Interpretar é atribuir sentido aos suportes físicos em que o objeto lingüístico se manifesta. No ato de interpretação o sujeito vai do enunciado à norma num espiral hermenêutico, como bem anotou Paulo de Barros Carvalho.

Daí uma teoria lógica aplicada ao direito careceria de função se não fosse aliada a uma teoria da interpretação.

Aqui reside o avanço do constructivismo Lógico-Semântico: “buscar saturar as variáveis das formas lógicas mediante o ato de interpretação dos textos do direito positivo” (MOUSSALLEM, 2014, p. 1666-167).

Vê-se, de conseguinte, que o aspecto sintático da semiótica na ciência do direito se ocupa da dimensão formal do direito: a) a homogeneidade lógica da estrutura das normas jurídicas; b) o estudo da relação entre as normas primárias e secundárias; c) as relações de coordenação e subordinação entre normas; d) a questão do fundamento de validade concebido por Kelsen; e) o procedimento de imunização; f) as fontes normativas; g) os procedimentos adequados de produção normativa (ARAÚJO, 2014).

Ensina-nos Paulo de Barros Carvalho que, na dimensão sintática da linguagem jurídica, temos uma homogeneidade lógica das unidades do sistema, ou seja, todas as regras jurídicas apresentam a mesma esquematização formal:

[...] quer dizer, em todas as unidades do sistema encontraremos a descrição de um fato “F” que, ocorrido no plano da realidade físico-social, fará nascer uma relação jurídica (S’ R S”) entre dois sujeitos de direito, modalizada com um dos operadores deônticos: obrigatório, proibido ou permitido (O,V ou P) (CARVALHO, 2010, p. 29).

A dimensão semântica, por sua vez, também instituída por Morris (1977 *apud* ARAÚJO, 2014), diz respeito à relação entre os signos e os objetos que os signos denotam. Pierce (2003) tratou dessa relação entre signo e objeto no campo da lógica. Interessa-nos analisar o caráter semântico das normas jurídicas porque este é fundamental no processo de interpretação, momento em que o intérprete preenche os esquemas sintáticos com conteúdo, valendo-se da orientação trazida pelos valores adotados pelo sistema jurídico.

A semântica das normas jurídicas está na relação entre as normas e as condutas intersubjetivas, relações que são o objeto do signo normativo. Enquanto o aspecto sintático é formal e homogêneo, o aspecto semântico é dotado de necessária heterogeneidade, pois os conteúdos das unidades normativas são os mais variados possíveis, de modo a cobrirem todos os setores da vida social (CARVALHO, 2010).

A dimensão pragmática da linguagem jurídica está inserida no aspecto semiótico que leva em conta a origem, o uso e os efeitos dos signos. É neste ponto que reside a relação entre o signo e o seu intérprete, ou seja, aquilo que o signo expressa.

Para Araújo (2014, p. 146), no estudo da dimensão pragmática da linguagem da ordem jurídica, dirigimo-nos para o aspecto mais positivo e concreto, pois considera que o estudo da



incidência apresenta uma dimensão pragmática. A autora ressalta que “a dimensão pragmática de uma ordem jurídica cresce em razão direta à sua positivação”.

Em nosso estudo, os aspectos semânticos e pragmáticos da linguagem jurídica são sensivelmente relevantes na medida em que a norma do art. 231 *caput* da CR’88 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Assim, o intérprete, ao construir a norma, deverá buscar o conteúdo do significado desses descritores na realidade social e histórica dos índios. Dentro do conceito de semiose adotado pela teoria comunicacional da norma a esse contato do sistema jurídico com os demais sistemas, na busca do conteúdo dos significados, dos valores, está a abertura semântica. Sem essa abertura, não é possível atingir o objetivo proposto pelo Poder Constituinte Originário.

#### **2.4 A autopoiesi do sistema jurídico**

Como já dito, o caminho para uma interpretação adequada não pode ignorar o conceito de sistema jurídico. A reflexão sobre o conceito de sistema jurídico, necessariamente, nos remete à teoria de Hans Kelsen (2014), para quem, da mesma forma que o caos das sensações do mundo físico e natural é ordenado pelas ciências naturais, a pluralidade caótica das normas gerais e individuais é ordenada por intermédio da ciência jurídica, que transforma esse “caos” normativo em um sistema unitário isento de contradições, isto é, em uma ordem jurídica. Veja-se:

Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelo ordenamento jurídico, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gneseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do direito pela autoridade jurídica (KELSEN, 2014, p.81-82).

Lorival Vilanova (1977), ao comentar esse trecho da obra de Kelsen, pontua que o mestre de Viena tomou o sistema como método de síntese ou como ordenação de dados da experiência, de modo que, na concepção de Kelsen, o conhecimento seria constitutivo de seu objeto (direito positivo). Vilanova discorda de Kelsen e pondera:

O conhecimento científico do direito positivo não produz normas jurídicas, nem a totalização dessas normas na forma de sistema. A sistematização provém do

legislador, no sentido amplo da palavra, ou das fontes normativamente indicadas no ordenamento para produzir regras de conduta na espécie de um todo de regras jurídicas (VILANOVA, 1977, p. 176-177).

O autor sustenta, ainda, que o sistema do direito positivo é uma imperfeita construção normativa e que a sistematização em um código ou em todo o ordenamento é um ato de vontade e não um ato de conhecimento.

Lourival Vilanova (1977), em sua obra, *Estruturas Lógicas e Sistema de Direito Positivo*, já preconizava a abertura semântica do sistema de direito positivo e o seu fechamento sintático. Vejamos:

[...] o sistema jurídico é um sistema aberto, em intercâmbio com os sub-sistemas sociais (econômico, político e ético, sacando seu conteúdo de referência desses sistemas que entram no Sistema-direito através dos esquemas hipotéticos, os descritores de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a função prescritora da norma de direito (VILANOVA, 1977, p. 176-177).

Esse trecho do mestre pernambucano é marcado por singular lucidez teórica e merece profunda reflexão. Naquele tempo, Vilanova já posiciona o direito como um subsistema social, mas que não se confunde com os sistemas político e econômico. Quando trata da abertura do sistema do direito positivo, estabelece uma abertura semântica, na medida em que diz que a norma saca conteúdo de seus descritores nos outros subsistemas. Na mesma obra, no capítulo XI, Vilanova aborda o fechamento e completude do sistema, antes mesmo desta questão ser amplamente difundida na obra de Niklas Luhmann, influenciado do Maturana e Varela (CAMPILONGO, 2011). Em *Estruturas Lógicas e Sistema de Direito*, de 1977, na abordagem da temática do fechamento e da completude do sistema, já é possível vislumbrar o conceito de autopoiesis no sistema jurídico que Luhmann desenvolverá nas ciências sociais a partir da década de oitenta. Veja-se:

Tomemos por analogia, a potenciação  $X$ , sendo  $x$  número natural e  $n$  expoente inteiro e positivo. Qualquer que seja o valor da base e qualquer que seja o valor do expoente, com a limitação acima referida, o resultado da operação é sempre um número natural. Há fechamento para a operação potenciar dentro do universo dos números naturais. Com o sistema de proposições jurídicas ocorre algo análogo. Qualquer proposição normativa provém da proposição normativa, com a interpolação de ato cujo sentido objetivo (Kelsen) é norma. Proposição normativa vem de proposição normativa, não de proposição factual. Um fato é desconstitutivo ou constitutivo de norma, porque está qualificado por outra norma do sistema como fato constitutivo e desconstitutivo. [...] O fechamento tão só exprime a continuidade normativa, a sucessividade dos níveis de proposições deonticas do sistema. Tão-apesas exprime que dever-ser provém de dever-ser (VILANOVA, 1977, p. 176-177).

Veja-se que Lorival Vilanova já preconizava o sistema de direito positivo como um sistema autorreferencial, tendo em vista que sustentava o fechamento sintático e abertura semântica do sistema. Importa-nos, sobremaneira, esse aspecto, tendo em vista que nossa pesquisa foca o estudo da norma como fenômeno comunicacional. Por consequência, devemos examinar o sistema jurídico a partir da visão semiótica da concepção de sistema.

Campilongo (2011) explica, com maestria, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, em sua obra: *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, esclarecendo os pontos de fechamento e a abertura do sistema:

Já o código próprio do sistema jurídico é direito/não direito. O sistema jurídico consegue seu fechamento operativo por meio dessa diferença. Nenhum outro sistema pode operar com este código. Os programas do sistema jurídico são normativos. Incluem textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e práxis jurisprudenciais. Assim como os programas políticos, também os programas jurídicos podem ser alterados. Aliás, a característica do direito positivo, para Luhmann, é exatamente sua variabilidade. O sistema jurídico deve organizar sua validade enquanto símbolo circulante e em contínua mudança de conteúdo (CAMPILONGO, 2011, p. 77).

O fechamento do sistema está em sua homogeneidade sintática, isto é, para que um fato possa vir a ser fato jurídico, ele deverá ser vertido em uma linguagem jurídica, cujo modelo sintático já está previamente estabelecido. Já a abertura, necessária à constante renovação, ocorre no aspecto semântico, que pinça no sistema social as estruturas fáticas que foram valoradas como de interesse do direito.

Diz-se que o sistema jurídico é autopoético porque ele se retroalimenta, uma norma gera outra norma. O sistema jurídico não pode se alimentar pelas influências diretas de seu ambiente. Em outras palavras, a linguagem dos sistemas econômico e político não podem interferir diretamente no sistema jurídico.

Sobre o caráter autopoético do sistema jurídico, vale trazer a lume a citação feita por Paulo de Barros Carvalho (2010) da obra de Gunther Teubner. Vejamos:

De facto, a teoria dos sistemas autopoéticos está ausente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema derivam da característica fundamental de autorreferenciabilidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial. A idéia de autoreferência e autopoiesis pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento dos sistemas residem, não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas afinal no próprio seio sistêmico.

O Direito constitui um sistema autopoético de segundo grau, autonomizando-se em face da Sociedade, enquanto sistema autopoético de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação deste num hiperciclo (TEUBNER, 1989, *apud* CARVALHO, 2010, p. 158-159).

Ao discorrer sobre este tema, ensina-nos Paulo de Barros Carvalho (2010) que os sistemas autopoéticos apresentam a chamada “clausura organizacional”, ou seja, são fechados do ponto de vista operacional, mas abertos em termos cognitivos. A abertura cognitiva está na comunicação do direito com os outros subsistemas sociais, isso se dá justamente nos aspectos semânticos e pragmáticos da norma. Entretanto, do ponto de vista sintático, o direito é um sistema enclausurado. Esse fechamento sintático do direito reside no fato de operar pela combinação dos três modais deônticos: permitido, proibido e obrigatório. Nessa linha, pontua ainda que, devido a esse fechamento autopoético, o direito só pode ser interpretado a partir de suas estruturas, categorias, processos e formas, de modo que não se demonstram adequadas as interpretações do direito com base no sistema econômico, histórico.

A compreensão do sistema de direito positivo como sistema autopoético operacionalmente fechado em relação aos sistemas políticos e econômicos é pressuposto conceitual indispensável para a correta interpretação da norma construída a partir dos enunciados do artigo 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º, art. 20, XI todos da CR’88, tendo em vista que a questão relativa à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios reverbera fortemente nos sistemas jurídico, político e econômico.

Quando se defende esse fechamento funcional do sistema jurídico na solução dos conflitos envolvendo índios e não índios, não estamos a defender que se ignorem os aspectos históricos, políticos e econômicos que irradiam dessa questão, de modo que é oportuna, neste ponto, a explicação de Campilongo sobre a noção de autoreferenciabilidade:

Um sistema autorreferencial não é um sistema que vive independentemente do ambiente. Por isso, os contatos e a exposição do sistema jurídico ao sistema político, e vice-versa, são inerentes à ordem diferenciada funcionalmente (CAMPILONGO, 2011, p. 167).

A zona de contato de um sistema com o outro é justamente pelo aspecto semântico. Nessa linha, para uma hermenêutica adequada da norma enunciada no artigo 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º, art. 20, XI todos da CR’88, demonstra-se imprescindível a compreensão do significado de “ocupação tradicional”, “índios”, “crenças e tradições” na linguagem do sistema jurídico, mas a partir do ponto de contato com os demais subsistemas sociais em que

estão inseridos os índios, de modo que o primeiro passo esteja justamente na busca do sentido, da significação no aspecto semântico da semiose normativa .

### **3 A NECESSIDADE DE DEFINIR OS ELEMENTOS CONTIDOS NO ENUNCIADO DO CAPUT DO ART. 231, §§§ 1º, 2º E 6º E ART. 20, XI, DA CF**

Por que definir? Como já dito, a norma em exame irradiará seus efeitos no sistema social permeado por agudos conflitos de interesse entre grupos sociais historicamente em posições antagônicas, de modo que a ambiguidade e a vagueza só potencializam a insegurança jurídica, tornando o terreno mais movediço, tão movediço que pode tragar a própria credibilidade do Estado de Direito.

Assim, delimitar a esfera de irradiação semântica de cada significado é fundamental para reduzir a complexidade do problema. Nesse sentido, vale trazer a definição do significado do ato de definir, estabelecida por Lucas Galvão de Britto (2014), em sua obra, *O Lugar e o Tributo*:

Definir; portanto, é o nome dado ao processo pelo qual, linguisticamente, imputa-se a um termo, os limites em seu campo de irradiação semântica. É pelo seu conhecimento que é possível empregar as expressões de uma certa linguagem para referir-se a um ou outro objeto e, assim, comunicar-se (BRITTO, 2014, p. 4).

Definir em esferas em que o conflito de interesses políticos e a insegurança jurídica são mínimos é tarefa bastante simples e, neste caso, uma semântica objetiva é suficiente; entretanto, quando o intérprete se depara com terrenos hermenêuticos movediços permeados por insegurança jurídica, por forte carga emocional e ideológica, antagonismo político, a busca do sentido já não mais é satisfeita pela simples definição objetiva, de modo que nestes casos, o intérprete deverá buscar a legitimação. Nesse sentido, oportuna é a lição de Tácio Lacerda Gama (2009, p. 232), em seu artigo, *Sentido Consistência e Legitimação*: “[...] os problemas de sentido não são superados pelas definições, mas sim pelas técnicas de legitimação que empregamos para que uma seja aceita por interlocutores no lugar da outra”.

Gama (2009) enfatiza ainda que, na busca do sentido, o intérprete se depara com dois vetores fundamentais: o texto e o contexto. Nessa linha, o autor explica que, inicialmente, o intérprete se depara com o “termo” ou “signo”, isto é, o suporte físico, denominado de significante, a partir de então se construirá um significado que se relaciona com a parte ausente e, em seguida, surge a significação sobre o seu significado. A significação é o conceito, a ideia suscitada pelo contato com o termo. Dessa forma, as relações de significação são construídas a partir dos elementos do triângulo semiótico: significante, significado e significação. Cita como exemplo o contato de um sujeito com o signo “casa”, imediatamente

este sujeito pensa em prédio, construído para habitação. Assim, ao “termo” ou “signo” que é a parte presente grafada na superfície do papel, dá-se o nome de significante. Já à ideia de habitação, projetada pelo sujeito e que é a parte ausente, dá-se o nome de significado.

Existe, ainda, o terceiro elemento, uma projeção subjetiva que variará de ser humano para ser humano, que está sujeita à influência da cultura, do meio, esta é a significação, ou seja, o modo de relacionar o significante ao significado. Por exemplo, dependendo das condicionantes culturais, sociais e valorativas do utente do signo “casa”, o modo de relacionar este significante ao significado terá uma projeção subjetiva diferente, poderá ter uma significação mais emocional e afetuosa, mais objetiva, etc. Esses fatores subjetivos também integram o texto e dão forma ao que se chama contexto. Nessa ordem de ideia, Gama (2009) ressalta que a mudança do contexto enseja alteração na forma de justificar o sentido de uma expressão:

Esses esclarecimentos evidenciam a circunstância de existirem dois vetores fundamentais para a construção do sentido: o texto e o contexto. No primeiro, identificamos os significantes, em relação sintagmática, organizados segundo o que prescreve a gramática vigente e as regras semânticas. No segundo, porém, a pesquisa é externa ao texto, e busca apreender os fatores que podem influenciar as relações de significação, marcadamente naqueles pontos que têm a ver com os valores aceitos e praticados num grupo social.

Por fim, ressaltamos que **a conjugação entre texto e contexto oferece repostas úteis à construção de uma teoria sobre a legitimidade dos sentidos, ou melhor, sobre a forma de definição dos sentidos.** A análise do contexto possibilita a percepção dos valores vigentes numa sociedade, do conjunto de crenças partilhadas pelos sujeitos de uma comunidade. **Essa percepção é, por sua vez, imprescindível para que se consiga aceitar como legítima a definição de termos presentes num texto. Noutras palavras, a produção do sentido é fruto do diálogo entre texto e contexto e só a conjugação entre eles possibilita construções de sentido que sejam prevaletentes entre aqueles a que se destina** (GAMA, 2009, p. 243-244, grifos nossos)

Como se vê, no ato de conceituar, que consiste em buscar sentido entre os significantes e os significados, o intérprete deve considerar o contexto, estabelecendo um diálogo entre o sistema jurídico e outros sistemas envolvidos. Esse diálogo que ocorre na construção da norma pela abertura semântica do sistema é que propiciará a legitimação necessária para a segurança jurídica e a pacificação social.

É a partir dessa ideia de diálogos entre textos que permitam buscar o sentido legítimo dos significantes contidos no enunciado prescritivo do texto do art. 213 *caput* e parágrafos da constituição que perscrutaremos sobre os conceitos de índio, comunidade indígena e terras indígenas.

### 3.1 O significado dos signos “índio” e “comunidade indígena”

Da perspectiva da lógica, como pontua Britto (2014), a operação de definir está muito próxima ao ato de classificar, pois, quando definimos um termo, estamos estabelecendo classes e explicitando critérios para regular a pertinência dos elementos a um conjunto. Assim, antes de buscar o sentido, a significação do signo “índios” dentro da linguagem do sistema jurídico, demonstra-se necessária a definição de comunidade indígena, tendo em vista que a significação do signo “índio”, nos termos em que prevista no Estatuto do Índio e na Convenção 169 da OIT, só pode ser construída a partir de uma relação de pertencimento do índio com a sua comunidade indígena.

Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 26) dá a seguinte definição à expressão comunidade indígena: “aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas”. O art. 1º do Estatuto do Índio<sup>5</sup> usa o termo comunidade indígena, já o art. 3º, II da Lei n. 6.001/73 define comunidade indígena da seguinte forma:

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Como se observa, o referido dispositivo legal excluiu do conceito de comunidade indígena as chamadas comunidades integradas, sendo que no art. 4º, inciso III, o Estatuto define o que é índio “integrado” como “os índios incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício de seus direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura”.

Cunha (1987) adverte que a exclusão dos índios “integrados” do conceito de comunidade indígena é bastante nociva aos seus direitos, tendo em vista que a integração é a interação, articulação do índio com a sociedade de não índios, com a qual se relaciona em uma situação de extrema desigualdade. Essa integração não pode ser, assim, confundida com assimilação, isto é, diluição da comunidade indígena na sociedade em volvente.

Corroborando a linha de pensamento de Cunha (1987), também considero que o fato de um grupo indígena estar produtivamente integrado com a comunidade de não índios que o circunda, pelo comércio de alimentos e outras atividades culturais – como frequentar

<sup>5</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>referência> Acesso em: dez 2015.



universidades, igrejas – não descaracterizaria o seu vínculo histórico e cultural pré-colombiano e, tampouco, sua identidade de comunidade indígena, de modo que o Estatuto nesta parte não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Villares (2013, p. 32) assim define comunidade indígena:

Uma comunidade indígena é tão-somente um contingente populacional formado por índios que possuem uma ou diversas características geográficas (habitam um mesmo território), econômicas (desenvolvem formas de economia compatíveis), culturais (têm semelhantes formas de organização, falam a mesma língua, celebram de forma idêntica certos marcos da vida, cultuam os mesmos Deuses etc.).

Isaias Montanari Junior (2013) ressalta que nas discussões anteriores à Convenção 169 da OIT, o Brasil se opôs à aprovação do termo “povos indígenas”, pois se entendeu que a referida expressão conotava autonomia e autodeterminação.

De fato, a expressão “comunidade” foi historicamente preferida à expressão “povos”, tanto que foi adotada pelo Estatuto do Índio e posteriormente agasalhada pela Constituição de 1988, ao recepcionar em parte o inciso II do art. 3º da Lei n. 6.001/73. Entendo que o referido dispositivo foi recepcionado apenas em parte porque a exclusão dos grupos de índios integrados do conceito de comunidade indígena, conforme já assinalado, não atende aos ditames protetivos da Constituição Cidadã aos índios.

A adoção pelo nosso ordenamento jurídico do conceito de comunidade, em oposição ao conceito de “povos”, é corroborado pelo conteúdo semântico adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, quanto à expressão “terras indígenas” de modo a reforçar a inexistência de autonomia e autodeterminação das comunidades indígenas. Vejamos:

As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional”.(Inciso I do art. 1º. Da CF).

Essa fala da Suprema Corte confirma, ainda que indiretamente, a recepção parcial do art. 3º, inciso II da Lei n. 6.001/73 na parte que define comunidade indígena, de forma a afastar qualquer pretensão de autonomia e autodeterminação em territórios sob a posse permanente dos índios.

Nessa linha, ressalvadas as pretensões de autodeterminação, que são incompatíveis com os princípios que regem a República Federativa do Brasil, mormente, o princípio da

soberania, deve-se interpretar o conceito de comunidade indígena da forma mais ampla possível, tendo em vista que a Constituição Federal reconhece às Comunidades Indígenas o direito de ingressarem em juízo em defesa de seus interesses. Essa norma constitucional é de fundamental importância, pois garante às comunidades indígenas o acesso à justiça, que é condição basilar para assegurar-lhes a isonomia de tratamento em relação aos não índios.

Delineado o conceito de “comunidade indígena”, passemos ao conceito de “índio”. Para se examinar a dimensão jurídica da definição de “índio”, devemos examinar o *status* constitucional e legal do índio em nosso ordenamento. Os artigos 231 e 232 da Constituição usam o termo “índios” no plural. O Ministro Carlos Britto, em seu voto no caso Raposa Serra do Sol, explica que a Constituição usou o substantivo no plural com o mesmo sentido que a palavra tem na linguagem coloquial. Veja-se:

Logo, o termo traduz o coletivo de índio, assim entendido o “Indígena da América” (Enciclopédia e Dicionário Koogan e Houaiss da língua portuguesa, Edições Delta, 1994). Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o “nativo”, o “aborígene, o “autóctone”, na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano.

[...]

Acrescente-se que, versado assim por modo invariavelmente plural, o substantivo “índios” é usado para exprimir a diferenciação dos nossos aborígenes por numerosas etnias. Compreendendo-se por etnia todo “Grupamento humano homogêneo quanto aos caracteres lingüísticos, somáticos e culturais” (conforme Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, ano de 1983). No caso brasileiro, etnias aborígenes que se estruturam, geograficamente, sob a forma de aldeias e, mais abrangente, vilarejos. Aldeias e vilarejos em cujo interior se constroem suas habitações (por vezes chamadas de “ocas”) e se relacionam tribos, comunidades, populações. Não sendo por outra razão que o art. 231 fala de “línguas indígenas” (esse primeiro traço de identidade de cada etnia) e o art. 232 saca de expressões como “os índios e suas comunidades e organizações”. Isso de parelha com o fraseado “ouvidas as comunidades afetadas”, constante do § 3º do art. 231, revelador do propósito constitucional de retratar uma diversidade aborígene que antes de ser interétnica é, sobretudo, intraétnica.

Parece-nos que a Constituição, ao se referir a índios no plural, quis reconhecer, na diversidade étnica de índios que habitam o território brasileiro, uma especial proteção de sua cultura e de seus direitos, no sentido de se assegurar a perpetuação de suas línguas, de suas organizações sociais, religiões, enfim, de sua mundividência.

Como assinala Paulo Thadeu Gomes da Silva (2015, p. 77), o art. 231 da Constituição positivou vários direitos fundamentais como uma forma de especificar o direito fundamental geral à diferenciação social, que, em seu entendimento vem de duas ordens: i) uma que deriva da vulnerabilidade das sociedades indígenas; ii) outra que deriva da condição dos índios de primeiros habitantes das terras brasileiras.

A Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973<sup>6</sup> prevê, no art. 3º, uma definição para “índio” nos seguintes termos:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

O referido dispositivo legal conjuga os critérios da autoidentificação, da identificação e da origem ou ascendência pré-colombiana. Isto significa dizer que, para ser considerado índio, a pessoa deve se identificar como tal e ser também identificada como descendente dos povos que habitavam a América antes da colonização.

Luiz Fernando Villares (2013) pontua que o art. 3º, da Lei 6.001/73 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que se adéqua perfeitamente à Convenção 169 da OIT, pois o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da OIT apresentam os seguintes pontos de contato na definição de “índio”: origem pré-colombiana, consciência da identidade indígena ou tribal, características culturais distintas.

José Afonso da Silva explica que:

O sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro (SILVA, 2010, p. 886).

Na mesma vertente, Roberto Lemos dos Santos Filho (2005), em sua obra, *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*, cita a definição de Helder Girão Barreto (*apud* FILHO, 2005, p. 67): “índio é todo ser humano que se identifica e é identificado como pertencente a uma comunidade indígena[...]”

Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 34-35) define “índios” nos seguintes termos: “É índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro”. A autora ressalta que esse vínculo de ascendência pré-colombiana, previsto no art.

<sup>6</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em: dez 2015

3º, inciso I do Estatuto do Índio, não é um critério “racial”, mas a consciência de vínculo histórico com comunidades pré-colombianas que vai sendo transmitida ao longo das gerações.

Quanto à distinção cultural de que trata a letra do inciso I, do art. 3º, observa Cunha (1987, p. 24-25) que esta “distinção cultural” deve ser interpretada adequadamente, eliminando-se dois pressupostos implícitos: i) “o de tomar a existência dessa cultura como uma característica primária”, pois assim como nós não temos as mesmas técnicas e valores dos nossos antepassados, os índios também não os têm; ii) o segundo engano apontado pela autora seria “o de supor em particular que essa cultura partilhada deva ser obrigatoriamente a cultura ancestral.” Explica a autora que um mesmo grupo étnico poderá apresentar traços culturais diferentes, influenciados por fatores externos, como a situação ecológica e social em que se encontram. O tão só fato de um mesmo grupo étnico localizado em lugares diferentes apresentar traços culturais diversos, por influência de circunstâncias ambientais, não lhe retira a identidade própria.

Considero que o entendimento de Villares (2013), acrescido das ponderações feitas por Cunha sobre o significado de vínculo histórico e cultural no art. 3º, inciso II, da Lei n. 6001/73, apresenta-se o mais técnico e adequado para a definição jurídica de “índio”. Com efeito, a simples autoidentificação poderia conduzir-nos ao absurdo de uma pessoa sem origem indígena se autoidentificar como índio. Assim, à autoidentificação deve somar também a identificação pela comunidade que se distingue culturalmente por ter origem pré-colombiana. Veja-se:

Tanto a Convenção 169 da OIT como o Estatuto do Índio definem que a origem histórica, a auto-identificação, a identificação pela comunidade e a conservação de determinadas características culturais e institucionais são necessárias para definir o índio. Não me parece que a Convenção 169 estabeleça a auto-identificação como o único critério prescrito. Para a Convenção, “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para os grupos”. Ora, se é um critério fundamental, é o critério imprescindível, sem o qual uma pessoa não pode ser considerada como índio, então existem outros não fundamentais, mas que são válidos. Por prever e permitir a existência de outros critérios, a Lei n. 6.001/73 não foi revogada (VILLARES, 2013, p. 31).

Além da conjugação dos critérios previstos no Estatuto do Índio e na Convenção 169 da OIT, para identificação, devemos considerar que o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet. 3.388/RR, firmou-se no sentido de que a Constituição usou o substantivo no plural, “índios”, com o propósito de retratar a diversidade indígena interétnica e intraétnica e, o mais importante, o processo de aculturação não retira do índio sua identificação como tal, para fins da proteção constitucional.

Ficou assente, naquele julgamento paradigmático, um ponto extremamente relevante e que deve ser aqui ressaltado: a proteção diferenciada para o indígena prevista na Constituição não tem como destinatários apenas os silvícolas, ou seja, os índios ainda em primitivo estágio de habitantes de selva. Este ponto do julgamento da Suprema Corte é muito relevante, pois garante ao índio que está em processo de aculturação os seus direitos como membro das comunidades indígenas, uma vez que o índio não pode ser obrigado a viver de forma primitiva para continuar a ser considerado índio. É um processo natural a adaptação do ser humano às oportunidades sociais, aos aspectos culturais de outros grupos, mas isso não lhe retira a sua identidade.

A manifestação da Suprema Corte, nesse sentido, confirma a interpretação de Manuela Carneiro da Cunha sobre a regra do inciso II do art. 3º do Estatuto do índio, no sentido de que a integração do indígena tem significado diferente de assimilação e não pode ser invocada como justificativa para negar-lhe o feixe de direitos fundamentais, que a Constituição lhe confere como decorrência do direito fundamental geral à diferenciação social de que trata Paulo Thadeu Gomes da Silva (2015).

### 3.1.1 Definição de Terras Indígenas

Ponto muito importante para nossa pesquisa é a definição dos signos “terra” e “indígena”, uma vez que é a partir da relação do índio com a terra que se pode compreender a sua mundividência. A busca do sentido do signo “terra”, da sua significação para o “índio” é o ponto de partida para interpretação de todas as normas que compõem o seu *status* jurídico diferenciado.

Darcy Ribeiro (1977), em *Os Índios e a Civilização*, assevera:

A posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios. Tanto quanto todas as outras medidas protetórias, ela opera porém como barreira à interação e à incorporação. Permitindo ao índio refugiar-se num território onde pode garantir ao menos sua subsistência, faculta-lhes escapar às compulsões geradas pela estrutura agrária vigente, as quais, de outro modo, o compeliriam a incorporar-se à massa de trabalhadores sem terra, como seu componente mais indefeso e miserável (RIBEIRO, 1977, p. 197).

A afirmação acima demonstra uma superfundamentalidade do reconhecimento do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam os índios. O reconhecimento do direito à terra é a espinha dorsal do Estatuto do Índio, na sua concepção mais ampla, cujo

texto em parte escrito na Constituição, nos enunciados prescritivos do art. 231 *caput* e parágrafos e, em parte, no texto da realidade social. É do diálogo entre esses textos que o intérprete construirá o sentido legítimo do direito originário às terras que os índios tradicionalmente ocupam.

O Estatuto do índio, Lei n. 6.001/73, nos dispositivos recepcionados pela Constituição diferencia as terras indígenas em três categorias, com diferentes regimes jurídicos: i) as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios, cujo regime jurídico tem seu fundamento no art. 231 da Constituição; ii) as áreas reservadas previstas no art. 26, com a seguinte redação:

A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

iii) as terras adquiridas na forma da lei civil por indígenas ou por comunidade indígena, inclusive, mediante usucapião. Esta categoria é disciplinada pelo Código Civil e está dentro da seara de abrangência do direito privado (artigos 32 e 33, da Lei n. 6.001/73).

Villares (2013) sustenta que esta diferenciação é apenas quanto ao procedimento de constituição da terra indígena, uma vez que também as modalidades de terras indígenas prevista nos artigos 26, 32 e 33 da Lei n. 6.00/73 seriam abarcadas pelo regime jurídico de especial proteção do art. 231 *caput* e parágrafos da Constituição.

O recorte de nossa pesquisa concentra-se na no estudo da natureza jurídica do procedimento de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, de modo que não adentraremos ao exame das demais categorias. O regime jurídico que disciplina as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios no Brasil está delineado na Constituição Federal, no artigo 231 *caput* e seus parágrafos, portanto, é nestes dispositivos que se concentra o foco de nossa pesquisa e reflexão.

#### 4 TEORIA DO INDIGENATO E COSMOGONIA DO ÍNDIO A PARTIR DE SEU VÍNCULO COM A TERRA

Inicialmente, é necessário compreender que o direito é feito por textos, o texto do direito positivo incide sobre o texto da realidade social, para convertê-lo em texto jurídico. Tudo é texto, porque o mundo é construído pela linguagem, não existe fato sem linguagem, de modo que um evento é convertido em fato pela linguagem social, então temos um texto. Sobre este texto, incidirá o texto do direito positivo, para constituí-lo em fato jurídico. Entretanto, não se pode olvidar que o texto do direito positivo não se limita ao texto escrito, o texto escrito do direito positivo não é completo, para sua compreensão, é necessário alcançar a parte do texto não escrita e que se encontra no contexto social.

Gabriel Ivo (2014), em artigo intitulado *O Direito e a Inevitabilidade do Cerco da Linguagem*, ao pontuar sobre a incompletude do texto do direito positivo no enunciado escrito, cita o seguinte trecho de Gregorio Robles sobre o tema:

El Derecho no sólo está em los textos escritos sino también em los ‘textos de La realidad social’. Es mas, El texto escrito casi nunca ES um texto completo, sino que su comprensión integral solo suele ser posible si se Le conecta com su parte escrita. Uma regla jurídica escrita ni puede ser entendida si no se La conecta hermenéuticamente com La realidad social a La que va dirigida, integrando dicha realidad como parte Del texto completo de La regla em cuestión (ROBLES, 2010, *apud* IVO, 2014, p. 89).

Nessa linha, toda hermenêutica sobre a significação de “ocupação tradicional” a partir do texto escrito do enunciado do art. 231 *caput* da CF/88, deve ser feita, buscando a parte do texto que não está escrito no enunciado, este texto não escrito, o encontraremos na cosmogonia dos povos indígenas. O texto escrito no enunciado é apenas um ponto de partida.

A cosmogonia do índio, a sua existência como tal, está visceralmente ligada à terra, à maneira peculiar de se relacionar com ela, sendo que, na mundividência indígena, a terra não está na categoria jurídica de coisa, mas de extensão da personalidade do próprio índio, porque se trata de um vínculo espiritual, transcendente.

Enquanto o não índio considera a terra como um bem da vida, do ponto de vista do índio, como nos ensina Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 34), “a terra não é mercadoria, mas território, condição de sua reprodução não só física, mas social.”. Ressalta ainda a autora que a terra indígena deve ser vista como “*habitat* de um povo”.

Esse é o ponto de partida semântico para a interpretação das várias normas que podem ser construídas a partir do enunciado do art. 231 *caput* e parágrafos, da Constituição.

Contudo, não podemos descurar da necessidade de tratar o tema dentro da linguagem adequada, isto é, a linguagem jurídica, e, harmonizando-o com as demais normas constitucionais.

Os aspectos históricos, sociológicos, antropológicos que compõem o texto não escrito, o contexto, são extremamente relevantes, mas devem ingressar no sistema jurídico, quando convertidos em linguagem jurídica pela via dos procedimentos legais previstos como mecanismos de abertura semântica entre o sistema jurídico e os demais subsistemas. Por exemplo, a linguagem antropológica é de suma importância, mas só é válida quando convertida em linguagem jurídica pelo procedimento probatório da perícia.<sup>7</sup>

A partir da interpretação do art. 231 *caput* e parágrafos, da CF, o intérprete pode construir várias normas de proteção aos índios. O recorte de nossa pesquisa, contudo, restringe-se ao reconhecimento das terras que os índios tradicionalmente ocupam. Vejamos o texto escrito na Constituição.

Art. 231.

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações

<sup>7</sup>Neste ponto é oportuno recordar a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, dissecada por Celso Fernandes Campilongo no exame detalhado do sistema jurídico, apontando o fechamento funcional do sistema jurídico devido a sua natureza autopoética, ou seja, o sistema jurídico opera fechado do ponto de vista sintático, mas apresenta uma abertura semântica e pragmática para os demais sistemas. Essa abertura semântica reside justamente na hipótese fática da norma, que colhe no sistema social os suportes-fáticos que foram valorados pelo legislador como aptos a ingressarem no sistema jurídico, mediante os procedimentos adequados também previstos nas chamadas normas de estrutura (CAMPILONGO, 2011, p.77-82).



contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Como se depreende da análise do *caput* do art. 231, além de a Constituição dispensar especial proteção à organização social, aos costumes e às línguas, crenças e tradições dos índios, reconhece de forma expressa os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, isso porque a terra é pressuposto indispensável para que as comunidades indígenas se mantenham, desenvolvam e perpetuem sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições.

Nessa vertente, é importante a compreensão do que significa a expressão “terra tradicionalmente ocupada”. José Afonso da Silva (2010, p. 888-889) pontua que a base da definição foi dada pela própria Constituição, no parágrafo primeiro do art. 231, que estabelece quatro condições, sendo todas elas necessárias para a configuração da ocupação tradicional: i) serem por eles habitadas em caráter permanente; ii) serem por eles utilizadas para sua atividade produtiva; iii) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; iv) serem necessárias à sua reprodução física e cultural. Para o autor, terras tradicionalmente ocupadas não se referem à ocupação imemorial. Observa que as expressões “tradicionalmente” e “posse permanente” não são empregadas em função de usucapião imemorial a favor dos índios, pois “tradicionalmente” não diz respeito a uma circunstância temporal, mas a um modo de viver, o modo pelo qual os índios ocupam e utilizam suas terras para produzirem seu sustento.

Na mesma linha, Tércio Sampaio Ferraz Jr (2007) explica:

A expressão tradicionalmente tem o sentido de modo tradicional, ou ocupação de modo tradicional, vale dizer, conforme sua própria tradição. Ciente, porém, de eventual dificuldade na apreensão desse termo, o próprio constituinte cuidou de delimitar-lhe o sentido no §1º do art. 231 (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 505).

A ocupação tradicional, portanto, nada tem a ver com o tempo, mas com o modo de relação do índio com a terra, com sua cosmogonia. Da mesma forma, a expressão, “habitadas em caráter permanente”, constante do § 1º do art. 231 não pode ser interpretada na acepção do direito privado, mas deve ser compreendida pela lente do conceito de *habitat* (SILVA, 2010).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece o sentido de *habitat* para fins do § 1º, do art. 231, da CF/88:

Obviamente, o termo, mesmo assim entendido, coloca um problema de delimitação espacial. Afinal, o sentido usual de *habitat* não deixa de apontar para uma localidade ou circunstância (*circum stare*) em que o ser vivo cresce naturalmente (Aulete, verbete habitar). Além do mais, o texto constitucional fala habitadas, expressão portuguesa, de origem latina. *Habitare* é verbo freqüentativo de *habeo*, que significa ter, possuir, e que adquire assim o sentido de ter muitas vezes, donde a idéia de pousar, demorar, povoar (Novíssimo dicionário Latino-Portuguez, Santos Saraiva, Paris, s.d. verbete *habitare*). Então, mesmo que se recorra à noção de *habitat*, a expressão constitucional não deixa de ter o sentido de localidade em que a comunidade está (onde vive e cresce naturalmente) de modo não-ocasional no momento em que se promulga a Constituição. Não se trata de *habitat* como lugar indefinido ou qualquer lugar próprio ao crescimento natural (integrado). Assim, de modo não ocasional (“em caráter permanente”) significa estar ali, em 05 de outubro de 1988, por razões próprias, próprias de sua cultura e não por razões externas [...] (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 506).

O advérbio tradicionalmente está no texto constitucional a modificar o verbo ocupar, de modo que é essencial a compreensão do sentido deste verbo na norma que se constrói a partir do enunciado do art. 231 *caput* e parágrafos da Constituição. O ponto de partida interpretativo é a peculiar relação do índio com a terra, que já foi pontuada anteriormente. Se o índio tem a terra em categoria jurídica diferente de coisa, não se pode construir a significação do signo “ocupar” com os recursos semânticos disponíveis ao repertório do não índio. Dessa forma, não se pode buscar o conceito de ocupação no código civil, por exemplo.

A significação do signo “terra” no enunciado do art. 231 *caput* deve levar em consideração o contexto semântico deste signo na cultura do índio. Para esta compreensão, buscamos, a título de exemplo, na etimologia dos Guaranis Kaiowá a riqueza do signo *Tekoha*, equivalente ao signo “terra” na língua portuguesa. Este signo da língua guarani de riquíssima significação nos permitirá um vislumbre do campo semântico do signo “terra” na norma constitucional.

Com base na classificação das línguas feitas por Vilém Flusser (*apud* SILVA, 2009, p. 288) em: i) flexionais ii) aglutinantes; iii) isolantes, podemos dizer que o Guarani Kaiowá é uma língua flexional, cujo repertório é aproximadamente semelhante ao da língua portuguesa, de modo que é possível fazer uma tradução do signo *tekoha* para o signo “terra” em português, mas observando que a significação de *tekoha* para o índio é muito diferente da significação de “terra” para o não índio.

Adilson Crepalde (2014), em sua tese, *A Construção do Significado de Tekoha pelos Kaiowá do Mato Grosso do Sul*, estuda profundamente o aspecto semântico do signo *Tekoha*, a partir de uma análise linguística e semiótica. Do exame de sua pesquisa, coletamos os seguintes trechos sobre o signo *tekoha*, que são dignos de reflexão por quem interesse estudar o direito indígena:

i) um espaço construído por um ethos, um conjunto de regras implícitas que são praticadas somente por aqueles que as corporificaram;

ii) noções de fronteiras, de dentro e fora são redimensionadas em decorrência dos jogos de alteridade.

iii) referiam-se a superfície da terra como *yvy ape* (face da terra e suporte) sobre o qual e com o qual estabelecem uma simbiose e uma semiose que fazem vir a ser o *tekoha* no espaço.

iv) A superfície da terra é conceptualizada como uma face (*ape*) e também como um corpo que tem um umbigo (*yvy mbyte*), púbis (*yvy rymypy*), tem *akã* (cabeça) e *apy* (limite fim), expressão formada por *py* (pé), e os rios são conceptualizados como veias nas quais correm *y* (água, seiva da terra).

v) A *yvy* é metaforicamente conceptualizada como mãe e como matéria da qual o corpo humano constitui-se. Nas entrevistas, conceberam-se como *ra'y* (filhos, rebentos) da terra que signifazem-se no contato freqüente com ela, construindo um significado corporificado, na fricção entre o ser e o meio, o que os constitui como *yvyppóra* (habitantes e filhos da terra).

vi) A terra, segundo os participantes, tem um espírito que a sacraliza com o qual estão fortemente ligados pela palavra, pela reza (*mbo'e*). Para interagir com ela, é preciso saber dialogar com o *yvyjára* (espírito da terra)."

vii) Desse contato, surge o esquema de imagem que estrutura a noção de base, de um suporte para que outro elemento exista, a noção de estar *yvyari* (sobre a terra) e também de *yvy py'ri*, *yvy reheve*, *yvy ondine* (com a terra, junto a terra) e *yvy pegua*, *yvy ypy* (da terra, originário da terra), pois é da integração de *yvy* e dos *yvyppóra* que *opu'ã* (levanta-se) o *tekoha*.

Viii) A pesquisa permite dizer que, para os Kaiuiowá, tudo emana de um ponto de referência no espaço (*yvy*), um ponto de ferencia emocional representado pela *cy* (mãe), pela *oga* (casa) pelo pai (*Ru*) e pelos irmãos mais velhos e um ponto de referência social, os chefes de família tamboi e *jar'yi* (avós). Todos ligados por *sã* (fio) que os liga, formando o *te'yi* – grupo macro familiar -, um noção elaborada desde o *membyryru* (útero) onde o bebê está ligado à mãe pelo *puru'asã* (cordão umbilical). Essa configuração terrena é a reprodução de uma estrutura sobrenatural à qual a estrutura terrenal está ligada por meio de *ñe'ẽ* (palçavra alma) concebida como o fio que mantém todos os elementos ligados e fundamenta o *teko joa* (modo de ser coletivo).

ix) "O rompimento desses laços, segundo as explicações dos participantes, significa a quebra do equilíbrio, gerando doença, tristeza, silencia e morte. Há muitos relatos que narram um estado mental, denominado *ñemyrõ* (sentimento de morte) provocado pela quebra do vínculo. Nesse estado, a pessoa não conversa, não tem disposição para mover-se, está afastada dos irmãos do *yvaga*, pois seu nome sua ligação está enfraquecida."

x) "Esse modelo foi cognitivo foi empregado em todas as entrevistas para dar explicações sobre a construção do *tekoha* conceptualizado metaforicamente como uma tessitura, um todo interligado, que necessita de cuidados diários."

xi) A mesma lógica que liga o *tekoha* e o céu liga o ser humano e a terra, e dessa interação vem ser o *teko*, enquanto conhecimento construído na experiência, mas concebido como resultado de forças sobrenaturais. A expressão *tekoha*, nesse sentido, é uma metáfora linguística que evoca uma metáfora conceitual complexa estruturada pelo esquema de imagem ligação..."

xii) Nesse sentido, *tekoha* é exemplo de um modelo de todo interligado a começar do esquema de ligação, um modelo cognitivo que gera inúmeros domínios elaborados segundo a lógica *kaiowá* de interligação e dependência que são evocados por expressões linguísticas que demonstram essas articulações, como é o caso da expressão *tekora* (CREPALDE, 2014, p. 107-110).

Podemos inferir do texto de Crepalde que toda a concepção de mundo do índio surge da noção de *tekoha*, uma vez que seu processo cognitivo e sua autorreferência se dão a partir da ligação com a terra. *Tekoha* ocupa um lugar no espaço, é a sua base, sua fonte existencial, sua identidade, seu equilíbrio. Trata-se de uma relação visceral, tão visceral que o seu rompimento leva ao *ñmyrõ* (estado de morte).

Enquanto a terra para o não índio é propriedade, coisa para ser usada para a subsistência e o proveito econômico, o vínculo puramente utilitarista, para o índio Guarani Kaiowá é *tekoha*, o elemento a partir do qual se desenvolve sua cognição, sua visão de mundo, sua autorreferência, sua cosmogonia. Veja-se que a própria linguagem Guarani Kaiowá é concebida de forma corporificada a partir da relação com terra: “a terra, segundo os participantes, tem um espírito que a sacraliza com a qual estão fortemente ligados pela palavra, pela reza (mbo’e)” (CREPALDE, 2014, p. 108).

A reflexão sobre a profundidade e amplitude do significado de *tekoha* nos permite inferir que o índio se vê, se identifica como uma projeção da própria terra, de modo que, fora da *tekoha*, há uma anulação, um “não ser”, que lhe retira totalmente a dignidade.

O Ministro Victor Nunes Leal<sup>8</sup> já fazia essa distinção da diferença da significação do termo “terra” para o índio quando do julgamento do RE nº 44.585:

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.  
Se os índios, na data da constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência

O conceito de ocupação da terra pelo índio ainda deve levar em conta a forma de subsistência de cada etnia. A maioria das etnias é nômade e vive da coleta de frutos, sementes e da caça.

Darcy Ribeiro (1977), em sua obra, *Os Índios e a Civilização*, narra a dinâmica da ocupação pelos Bororos de forma a nos permitir um lampejo de como a ocupação da terra pelo índio é regulada pelos elementos da natureza.

---

<sup>8</sup> Cf. Villares (2013, p.116-117).

A sul do território Bororo, no extremo sudoeste do Mato Grosso, se estende o Pantanal, região de campos baixos, alagadiços, que rio Paraguai inunda cada ano durante vários meses. A vegetação do Pantanal caracteriza-se pela concentração da mesma espécie de palmeira, árvore ou gramínea, formando extensos bosques homogêneos em meio à campinas. São os carandazais, buritizais, paratudais etc. Toda a vida da região é marcada pelo fluxo e refluxo das águas do Paraguai. Quando elas sobem, inundando os campos, a caça e os caçadores indígenas se deslocam para terrenos mais altos; quando baixam, caça e caçadores descem também porque a terra pouco antes inundada, resseca-se rapidamente [...] (RIBEIRO, 1977, p. 81).

Veja-se que o ir e vir do índio, em seu território de ocupação, foge da lógica cartesiana de subsistência e produção do “não índio”, está sujeito a fatores naturais, como, por exemplo, o fluxo e refluxo das águas, de modo que o conceito de ocupação indígena prescinde de elementos como plantação de bens de raiz e edificações. Enquanto para o não índio, o verbo “ocupar”, para fins do direito civil, denota fixação, dominação e transformação do ambiente por aquele que ocupa, como, por exemplo, a plantação de bens de raiz, a construção de edificações; para o índio, ocupar a terra é simplesmente estar nela como uma mera extensão, é “ser com a terra”, o seu *tekora*.

Os sinais deste “ser com a terra” são bastante sutis e podem ser identificados pela arqueologia e pela antropologia, e convertidos em linguagem jurídica por intermédio da linguagem das provas.

A primeira voz nas Américas a se levantar na defesa desse vínculo genuíno entre o índio e a terra, em sua acepção de *habitat*, foi o Frei Dominicano, Bartolomé De Las Casas. Bartolomé foi Bispo de Chiapas, no México, e travou intenso confronto intelectual, filosófico com os seus contemporâneos nos domínios da Coroa Espanhola para defender o modo de viver dos índios e sua soberania diante do Império. Em obra de grande envergadura filosófica, Las Casas rechaçou seu grande opositor, Ginés de Sepúlveda, cronista do Imperador espanhol que defendia o domínio de Espanha sobre os povos pré-colombianos.

Las Casas em seu texto *Princípios para Defender a Justiça dos Índios*, lastreado na filosofia de São Tomás de Aquino e nos comentários de Baldo a *De rerum divinarum, § Fere; a Lei Ex hoc iure, do Digesto, De iustitia ET iure; Instituta, De Libertinis, § 1 e o Código de Probationibus, lei Sive possidetis*, defende a liberdade dos índios e sua não sujeição jurídica ao Império. Veja-se:

Deste terceiro princípio infere: Quaisquer nações e povos, por infiéis que sejam, possuidores de terras e de reinos independentes, nos quais viveram desde o início, são povos livres e que não reconhecem fora de si nenhum superior, exceto os seus próprios, e este superior ou teste superiores têm a mesma pleníssima potestade e os

mesmos direitos do príncipe supremo em seus reinos, que agora possui o imperador em seu império (LAS CASAS, 1992, p. 21).

A partir deste pensamento de Las Casas, surge a concepção do direito dos Índios às terras, que tradicionalmente são tidas como um direito congênito. No Brasil do século passado, Mendes Junior (1912), ao estudar o Alvará Régio de 1680, em interpretação sistemática com a Lei de 6 de junho de 1755, cria a teoria do indigenato, em sua famosa obra *Os Indígenas do Brazil*, seus direitos individuais e políticos:

Tanto o indigenato como o colonato, podem ser preliminares de municipalização. Os próprios Romanos que se constituíram por conquista e que davam tanta importância ao dominium ex jure quiritium, tiveram de reconhecer estes efeitos (Savigny Hist. Dir. Rom. Na idade média; Mainz, Dir. Rom., notas ao § 75). As leis portuguesas dos tempos coloniais apprehendiam perfeitamente estas distincções: dos índios aborígenes, organizados em hordas, pode se formar um aldeamento mas não uma colônia; os índios só podem ser constituídos em colônia, quando não são aborígenes do lugar, isto é, quando são emigrados de uma zona para serem imigrados em outra. Não quero chegar até o ponto de afirmar, como P.J. Proudhon, nos *Essais d'une Philo. Populaire*, que – “o indigenato é a única e verdadeira fonte jurídica da posse territorial” mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um direito adquirido. Conquanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. De 1º. De Abril de 1680, “a primaria, naturalmente e virtualmente reservada” ou, na phrase de Aristoteles (Polít. I, n.8) – um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento”. Por Consequente, o indigenato não um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende dos requisitos que a legitime.

O indígena primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig.,titul. De acq. Vel. Amitt. Possess., LI) a que se refere Savgny, Molitor, Mainz e outros romanistas ; mas o indígena, além desse jus possessionis, tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o alvará de 1º. De abril de 1680, como dieito cõgenito. Ao indigenato, é que melhor se applica o texto do jurisconsulto Paulo: - quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit (MEDES JÚNIOR, 1912, p. 58).

Seguindo a doutrina de Mendes Júnior (1912), todos os demais grandes juristas que escreveram sobre direito indígena no Brasil passaram a conceber o direito do índio à terra como um direito originário e congênito.

Nesta linha, José Afonso da Silva (2010) entende que, ao reconhecer ao índio o “direito originário” sobre as terras, o constituinte consagrou e consolidou o indigenato, nos termos propostos por Mendes Júnior, ou seja, com base no estudo da legislação do Brasil Colonial, quando o Alvará expedido em primeiro de abril de 1680, posteriormente confirmado por uma Lei de 6.6.1755, firmara como princípio que nas terras outorgadas a particulares seriam sempre reservados os direitos dos índios, primários e naturais senhores delas.

É justamente nesta mitigação ao direito de propriedade dos particulares, para proteger o direito dos índios à terra como seus senhores naturais, que se funda toda a construção da teoria do indigenato.

Villares (2013, p. 105) defende que o indigenato está albergado na Constituição de 1988, tendo em vista que o texto constitucional usou o verbo reconhecer. Diz ele: “[...] ou seja, terras indígenas são aquelas de ocupação tradicional, um vínculo de fato, independente do Estado e da legitimação do processo demarcatório, criações jurídicas”.

Nesta concepção defendida por Villares (2013), o verbo reconhecer presente no enunciado do art. 231 *caput* atribui um efeito meramente declaratório de uma situação fática que remonta a tempos imemoriais, que prescindiria, inclusive da legitimação do processo de demarcação, entendimento do qual discordo e que mais a frente, demonstraremos o porquê.

Os adeptos da teoria do indigenato defendem que este não se confunde com posse ou ocupação, mas que se trata de uma fonte primária e congênita da posse territorial. Diferencia-se de simples posse, pois esta é assegurada por direito adquirido, já o indigenato é direito congênito, é o próprio título que assegura o direito dos índios às suas terras.

Villares (2013) afirma que o indigenato foi acolhido pela Constituição de 1988 pelo simples fato de a constituição reconhecer aos índios o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, pois, na expressão “direito originário”, repousaria o reconhecimento de um direito congênito.

#### 4.1 Contraponto proposto por Tércio Sampaio Ferra Jr. para o conceito de Indigenato

Tércio Sampaio Ferraz Jr.(2007) Interpreta o instituto do indigenato conferindo-lhe contornos mais sofisticados, de modo que aprimora a fala do grande jurista Mendes Júnior em sua histórica conferência, ao harmonizar o indigenato com outros institutos de *status* constitucional, igualmente relevante, como o direito de propriedade. Vejamos:

Cabe aqui a noção de indigenato, entendida por Mendes Junior (p.49) como título distinto da ocupação e que tem por base a noção de habitat, equilíbrio ecológico entre o homem e o seu meio. Desse modo, não é fato dependente de legitimação, ao fato que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que o legitimem. Note-se, porém, **que o indigenato é título, capaz e explica o caráter originário dos direitos, mas estes não se reduzem àquele.** Como a Constituição fala em direitos, não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica. Da estrutura do direito subjetivo fazem parte o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção (Ferraz Jr., 2003, p.151). O sujeito é o titular do direito, aquele a quem se atribui um título capaz de legitimar o seu exercício. O conteúdo tem a ver com faculdade (de dispor, exigir, constranger, etc). O objeto diz respeito ao bem protegido. E a proteção aponta para a possibilidade de fazer valer a faculdade diante do objeto, em especial para ação processual.

Ora, o indigenato é título de legitimidade, caracterizador do sujeito como titular. Legítima, assim, no caso, a faculdade (faculdade de usufruir, usufruto) e o objeto – terras- terras que tradicionalmente ocupam-, mas não os define. Como título tem, pois, a ver com ius possessionis, mas, sobretudo com ius possidendi, ou seja, é reconhecido preliminarmente legitimidade da posse. Mas não lhe explica o objeto, razão pela qual a Constituição cuidou de defini-lo no §1º. Do art. 231. É dizer a noção de habitat, base do indigenato, serve para legitimar a posse (das terras que os índios tradicionalmente ocupam), mas não para definir-lhe o limite e a extensão. **O mesmo se passa com a propriedade, cujo título legitimador está no reconhecimento constitucional, mas cuja extensão, cujos limites (faculdade de usar, dispor, fruir, e determinação do bem protegido) dependem de comprovação com base em fatos objetivos e relações intersubjetivas.**

Direitos originários, portanto, são direitos cuja fonte está no habitat natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas, como logo perceberam a doutrina e a jurisprudência, nada tem a ver com posse imemorial, anterior ao descobrimento. Ou seja, não revelam uma relação temporal, não se referindo a terras imemorialmente ocupadas, terras ocupadas desde épocas remotas (usucapião imemorial), pois apontam apenas para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a eles. (Silva, 1999, p.827)

Quanto ao seu objeto, passível de comprovação, fala a Constituição em terras que tradicionalmente ocupam (art.231). Terras são o bem protegido. O complemento restritivo as delimita: que tradicionalmente ocupam. A expressão tradicionalmente tem o sentido de modo tradicional, ou ocupação de modo tradicional, vale dizer, conforme a própria tradição.

[...]

A interpretação do vocábulo exige razoabilidade: do mesmo modo que o direito originário não significa imemoriais [...] (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 506-507, grifo nosso).

Esta interpretação de Ferraz Jr. (2007, p. 507) merece reflexão, pois aborda a questão em seu cerne quando faz a seguinte advertência: “Note-se, porém, que o indigenato é título capaz de explicar o caráter originário dos direitos, mas este não se reduz aquele. Como a Constituição fala em direitos, não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica”. Desse parágrafo, extrai-se, em primeiro lugar, a necessidade da utilização da linguagem adequada, a linguagem jurídica. Em segundo lugar, apesar de o indigenato ser o título legitimador, que confere ao índio faculdade de usufruir da terra que tradicionalmente ocupa, subsiste a necessidade de se definir o objeto do direito, ou seja, as terras que são tradicionalmente ocupadas precisam ser delimitadas. O direito originário à terra é reconhecido, mas a determinação do objeto desse direito há que ser constituída pela linguagem das provas dentro do procedimento de demarcação, tanto é assim que a própria constituição estabelece no § 1º do art. 231 os parâmetros para a delimitação do objeto deste direito.

Ora, se a Constituição assegura aos índios as terras que tradicionalmente ocupam como um direito originário, não há que se falar de vínculo de fato, temos aí um vínculo jurídico, constituído posteriormente ao reconhecimento do fato jurídico de ocupação tradicional.



Ocupação tradicional é um fato que pode ser vertido em várias linguagens: na linguagem política pertinente ao sistema político; na linguagem histórica do sistema social, na linguagem antropológica, mas só ingressará no sistema jurídico, em que reside a norma geral e abstrata no art. 231 da Constituição, quando vertida em linguagem jurídica, o que será feito por intermédio do procedimento legal da demarcação, que se vale da linguagem antropológica dentro dos procedimentos probatórios.<sup>9</sup>

#### **4.2 Uma releitura do instituto do indigenato no ordenamento jurídico contemporâneo à luz da teoria da linguagem**

Se pretendemos tratar o instituto do indigenato como uma categoria do sistema jurídico, não se pode construir sua interpretação com elementos da linguagem do sistema social. Qualquer hermenêutica que se construa sobre este instituto que não se valer da linguagem estritamente jurídica não é válida. Por mais que o fim almejado pelos seguidores da teoria do indigenato seja legítimo, a sua existência como categoria jurídica se passa dentro de uma relação de pertencibilidade com o sistema jurídico, de modo que é essencial a sua materialização na linguagem jurídica, pois esta é criadora de todo e qualquer direito.

Com efeito, Lourival Vilanova (2003, p. 176, grifo nosso) nos ensina que “no objeto físico não encontramos a linguagem como integrante de sua constituição. A linguagem está na ciência que é a física. **Mas o direito, como objeto, contém a linguagem como parte de seu ser**”. Essa afirmação desnuda a natureza linguística do direito, a sua criação a partir da linguagem. O direito é criado e reproduzido pela linguagem jurídica dentro de um sistema autopoético. Essa natureza comunicacional do direito irradia efeitos sobre toda a *Teoria Geral do Direito*, principalmente sobre o conceito de sistema jurídico, como um subsistema social, que opera funcionalmente fechado, valendo-se de um conjunto de signos próprios (CARVALHO, 2010a).

Nessa linha, assiste razão a Ferraz Jr. (2007) quando situa a interpretação do instituto do indigenato como título que explica o caráter originário do direito subjetivo dos índios à posse da terra, composto estruturalmente pelos mesmos elementos que integram o conceito de

---

<sup>9</sup> “Isto posto, o repertório desse sistema é formado por atos de comunicação (que pressupõem necessariamente a linguagem), articulados recursivamente, que se autoreproduzem à luz daquele código binário (lícito/ilícito), construindo seu meio envolvente próprio (realidade jurídica) e demarcando os limites do território do direito. Opera por métodos que lhes são exclusivos, mas troca informações com outros subsistemas, emitindo atos comunicativos (normas) e, ao mesmo tempo, recebendo de outros subdomínios as notícias por eles produzidas. Fazendo cabedal de sua autonomia, como subsistema, o direito processa apenas as informações que lhes interessam, submetendo-as, então, aos critérios metodológicos de formação de normas” (CARVALHO, 2010, p. 158).

direito subjetivo. Em se tratando de direito subjetivo, sua estrutura é idêntica a todos os direitos subjetivos: sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção.

Em que pese o truísmo, sabemos que a categoria direito subjetivo é comum às searas do direito privado e público, de modo que o fato de situar o direito originário à posse da terra pelos índios fora do âmbito de incidência do direito civil, como nos ensinou Victor Nunes Leal (1964), não impede o exame deste direito a partir das estruturas peculiares à categoria direito subjetivo, tema que se encontra no âmbito da *Teoria Geral do Direito*.

Nessa linha, Ferraz Jr., assim como José Afonso da Silva (2010), não nega a natureza de título do instituto do indigenato, fundado na noção de *habitat*; portanto, fato jurídico que independe de legitimação. Entretanto, Ferraz Jr. dá um passo à frente, ao ressaltar que o indigenato, embora explique o caráter originário do direito, não se confunde com esse direito. Essa é a pedra de toque de sua hermenêutica, pois distingue o indigenato como título que legitima o titular do direito a exercê-lo, mas que não é suficiente para explicitar o objeto deste direito, tanto que o próprio Constituinte cuidou de elencar de forma expressa, no §1º do art. 231 da CF/88, os contornos do objeto desse direito, cujos requisitos devem ser interpretados de forma conjuntiva. Ora, há o reconhecimento constitucional do direito originário, congênito, como ressalta Mendes Júnior, mas para o seu exercício, por força dos requisitos que necessariamente os caracterizam, previstos no §1º do art. 231, da Constituição, devem ser estabelecidos a extensão, os limites, a “comprovação com base em fatos objetivos e relações intersubjetivas” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 505), de forma que não é possível interpretar a norma do art. 231 e parágrafos fora das categorias próprias linguagem jurídica, valendo-se apenas de linguagem política e histórica.

O pensamento de Ferraz Jr., corroborado pelos argumentos hermenêuticos do Ministro Menezes Direito, em seu histórico voto vista, no caso Raposa Serra do Sol, acena-nos uma nova perspectiva hermenêutica para questão indígena, na medida em que não rompe com a tradição jurisprudencial brasileira que, desde Victor Nunes Leal, tem entendido que o conceito de posse indígena difere do conceito de posse civil; todavia, traz a questão para linguagem jurídica.

De fato, quando o ministro Menezes Direito propôs tratar do tema como fato jurídico, avançou enormemente do ponto de vista técnico e científico no que concerne à incidência da norma constitucional, pois o fato jurídico está no antecedente da norma individual e concreta, indispensável para a incidência da norma geral e abstrata. Como nos ensina Paulo de Barros Carvalho (2010a), este fato é reconhecido no antecedente da norma individual e concreta pela linguagem das provas.

O voto do Ministro Menezes Direito adéqua-se perfeitamente, pois propõe o reconhecimento, a declaração do fato indígena dentro do procedimento de demarcação administrativa, pelas provas produzidas, mormente a perícia antropológica. Do reconhecimento deste fato, surge o direito subjetivo originário à posse pelo índio, surge como um *posterius* desse fato (MIRANDA, 1970), este direito subjetivo, que surge como eficácia do fato indígena, está legitimado por um título chamado indigenato.

Quando Ferraz Jr. (2007) Pontua que os direitos originários dos índios sobre terras que tradicionalmente ocupam são direitos subjetivos reconhecidos; ao reconhecê-los, a norma constitucional não os cria automaticamente, apenas os aceita como preexistentes, entretanto o fato de serem direitos reconhecidos não dispensa a edição de uma norma individual e concreta, documentada na demarcação, que declarará o fato indígena em seu antecedente e constituirá a relação jurídica decorrente desse fato no consequente da norma. Assim, o direito subjetivo é constituído no consequente.

Mais uma vez, vale relembrar a lição de Ferraz Jr. (2007) sobre a natureza desse direito subjetivo:

Nesse sentido, tais direitos não são estruturalmente diferentes dos direitos fundamentais do art. 5º da CF, este também, como afirma predominantemente a doutrina, reconhecidos. Portanto, não lhes sobrepõe nem lhes são subordinados, mas equiparam-se a eles em dignidade. Compõem-se com eles, em harmonia. No particular, têm a ver com a proscrição de discriminação das minorias.

Tais direitos são originários. Não se trata de direitos adquiridos, pois não pressupõe uma incorporação ao patrimônio (econômico e moral), embora, ressalvadas as peculiaridades constitucionais, devam ser tratados em harmonia com esses. Cabe aqui a noção de indigenato, entendido por Mendes Jr. como título distinto da ocupação e que tem por base a noção de habitat, equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio. Desse modo não é fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que o legitimem (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 504).

Infere-se que o direito subjetivo originário à posse da terra pelos índios tem a mesma estrutura e o mesmo *status* dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição. Quando se afirma que este direito não precisa de legitimação, não se quer dizer que seu objeto não necessite de individualização, tampouco que se trata de um direito cuja relação jurídica que dele decorre é direta entre o seu titular e a norma constitucional.

Como nos ensina Lorival Vilanova, não existe relação jurídica entre o homem e a norma sem que ocorra um fato, seja um fato do homem ou da natureza, pois sem esse fato não existirá o ponto de incidência para a norma. Explica o mestre de todos nós, que mesmo os

chamados direitos subjetivos absolutos (pessoais ou reais) necessitam de um suporte fático para sua incidência e pressupõem uma relacionalidade. Veja-se:

Os direitos personalíssimos são a projeção eficaz decorrente da incidência de normas constitutivas da personalidade sobre suportes fáticos (ser humano com vida): não estão antes, ou acima do ordenamento jurídico positivo. Estão no interior do sistema de normas. Se há normas, e há fatos que sofrem sua incidência, há relações jurídicas em sentido amplo, ou relações jurídicas em sentido técnico restrito.

Cabe dizer que os direitos personalíssimos, tidos como absolutos, são relativos: estão na estrutura interna das relações jurídicas. Sua absolutidade, pois abrange a extensão universal (o conjunto) de todos os sujeitos-de-direito que têm o dever abstrato e negativo de não-impedir o exercício dos direitos subjetivos personalíssimos. Ninguém é sujeito-de-direito, portador de direitos subjetivos relativos ou absolutos, sem estar nessa relacionalidade que Jellinek sublinhou. O direito subjetivo absoluto (pessoal ou real) é tão relacional quanto o direito subjetivo relativo (VILANOVA, 1985, p. 125-126).

Ora, se os direitos personalíssimos são a projeção eficaz decorrente da incidência de normas constitutivas da personalidade sobre suportes fáticos, por que o direito subjetivo originários dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam prescindiria do suporte fático para a incidência da norma que o converte em fato jurídico, e da consequente relação jurídica?

Também os direitos da personalidade são originários, não carecem de legitimação e nem mesmo por isso “estão antes, ou acima do ordenamento jurídico positivo. Estão no interior do sistema de normas” (VILANOVA, 1985, p. 126), como frisou o saudoso mestre pernambucano.

Assim, é forçoso concluir que o fato jurídico ocupação tradicional não é criado, é reconhecido, mas esse reconhecimento não dispensa a verificação dos requisitos previstos no §1º do art. 231 da Constituição pela demarcação que documenta a norma individual e concreta em cujo antecedente está o fato indígena reconhecido

## **5 A ALTA RELEVÂNCIA DO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL, COMO FUNDAMENTO PRAGMÁTICO DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 231, §§§1º, 2º E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Propomos a abordagem do exame dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados em conflitos sobre os direitos dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, pela ótica da teoria da decisão esposada por Gregório Robles. Ana Carolina Papacosta Conte de Carvalho Dias (2011), ao discorrer sobre a teoria da decisão de Gregório Robles, explica:

O direito, sendo um texto comunicado, não é uma realidade dada e sim construída por atos de decisão, que são consubstanciados em escolhas, em opção, em valoração de seu intérprete.

A aplicação (criação) do direito opera-se mediante decisões. Toda norma jurídica é resultado de um ato de decisão. Não há regra sem ato decisório que a anteceda. O direito é produto da concepção humana, como resultado de múltiplas decisões (DIAS, 2011, p. 310).

Nessa ótica, o direito é criado por atos decisórios, sendo que, segundo a autora, Robles classifica estas decisões em: i) extraordinamental ou extrassistêmica; ii) intraordenamental ou intrassistêmica. A decisão extrassistêmica é a decisão do Constituinte, que gera o nascimento de uma nova ordem, ao instituir o ordenamento jurídico. Com esta decisão, o Poder Constituinte põe as condições para a tomada de decisões posteriores. Já a decisão intrassistêmica, que pressupõe a existência da decisão constituinte, é um ato de fala das autoridades competentes. Dias (2011) pontua ainda que:

O processo de interpretação e aplicação (criação) do direito não é praticado por uma consciência solitária no esquema da relação sujeito-objeto, mas sim é um processo interativo de entendimento, em que a relação sujeito-sujeito passa a ser o centro, representando a intersubjetividade linguisticamente mediada. Ou seja, a autoridade jurídica vai constituindo-se discursivamente, apreendendo as vozes sociais que constituem a realidade em que está imersa e, ao mesmo tempo, suas interações dialógicas. Assim, a autoridade jurídica é constitutivamente dialógica: seu mundo interior é constituído de diferentes vozes em relações de concordância ou discordância.

Nesse sentido, as autoridades jurídicas, para serem capazes de realizar sua função de interpretar e aplicar (criar) o direito, devem estar inseridas no processo de interação simbólica, de acordo com o modo de realização do direito (práxis do direito). Essa inserção significa a concretização das normas e dos papéis previstos no sistema jurídico para a interpretação (criação) do direito.

As autoridades jurídicas, ao praticarem os atos de fala decisórios, que produzem as normas jurídicas, devem interpretar o texto jurídico não como um indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que eles, juntamente com outros indivíduos, estabelecerem, sendo que tais regras e normas

constituem um quadro de referência intersubjetivo. E mais. **No processo de interpretação e aplicação (criação) do direito, a autoridade jurídica está adstrita a todas as compreensões anteriores, manifestadas em textos, sobre o texto jurídico, não podendo abster-se do diálogo** (DIAS, 2011, p. 326, grifo nosso).

Nessa perspectiva da teoria da decisão, o Poder Constituinte Originário tomou a decisão extrassistêmica, no art. 231 *caput* e parágrafos da CF/88, no sentido de reconhecer aos índios o direito originário as terras que tradicionalmente ocupam, isto é, estabeleceu as condições nos referidos enunciados prescritivos, para as tomadas de decisões posteriores. Essas decisões posteriores, de caráter intrassistêmico, podem ser tomadas por várias autoridades cujas competências vêm estabelecidas na própria Constituição. Em primeiro lugar, o Chefe do Poder Executivo, a quem incube a tomada de decisão de proceder às demarcações. Diante da omissão do Poder Executivo em tomar a decisão intrassistêmica referente à norma constitutiva do procedimento de demarcação, incumbe ao Poder Judiciário a tomada de decisão, uma vez que provocado no âmbito da norma secundária.

Ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete autêntico da Constituição, compete em última instância a tomada dessas decisões posteriores, este é o órgão criador das decisões intrassistêmicas referentes ao reconhecimento do direito originário dos índios às terras que tradicionalmente ocupam.

Nessa ótica, e considerando a relevância da decisão judicial como aspecto pragmático do direito, os precedentes do Supremo Tribunal Federal ganham extrema relevância na criação de novos textos normativos acerca do reconhecimento aos índios do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam.

A autoridade jurídica, no processo de decisão intrassistêmica, que criará os textos normativos na atualidade, não pode olvidar-se dos entendimentos anteriores. Há a necessidade de se estabelecer um diálogo entre textos em vários aspectos. Um diálogo com os textos anteriores produzidos pela Corte Constitucional em outros julgamentos, bem como um diálogo com outros subsistemas sociais, propiciando a abertura semântica, que permitirá alcançar a completude do texto constitucional, uma vez que, como já dito, os enunciados prescritivos lançados no texto constitucional não abrangem o texto completo da norma, pois a realidade social também é texto.

Nesse sentido, veja-se explicação de Paulo de Barros Carvalho:

Não é de hoje que os estudiosos no campo da semiótica vêm tratando a figura do 'texto' como um conceito de abrangência maior que a formulação escrita d'uma idéia em expressões idiomáticas. Texto na acepção que venho considerando em

meus trabalhos, extrapola tal definição estreita para abranger tudo aquilo que se possa interpretar (CARVALHO, 2013, *apud* IVO, 2014, p. 90).

Neste ponto, é imprescindível trazer o escólio de Tácio Lacerda Gama (2009) sobre Dialogismo e intertextualidade na criação da norma:

Retomemos a idéia segundo a qual o sentido é construído pela relação entre texto e contexto. O primeiro, já vimos, é o conjunto de significantes. O Segundo é composto pelos demais textos percebidos pelo intérprete e que condicionam a própria formação do sentido.

Esse destaque para a relação entre texto e contexto afasta a idéia de que o sentido é construído monologicamente, a partir de uma única perspectiva. O sentido é fruto da conjugação de textos, que se articulam criando e condicionando relações de significação. A referência genérica a um contexto acaba por ser uma metáfora de inúmeras circunstâncias que, embora influencie a produção e sentido, não podem ser identificadas, definidas e classificadas (GAMA, 2009, p. 250).

Nessa ordem de ideias, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete autêntico da Constituição, ao criar a norma a partir do enunciado prescritivo previsto no texto do art. 231, *caput* e parágrafos, necessariamente leva em consideração outros textos: textos produzidos pela ciência do direito, textos produzidos pelo direito positivo em decisões pretéritas da Corte, textos produzidos pelo contexto social e histórico do índio, de modo que há uma intertextualidade, não só extrassistêmica, como também intrassistêmica.

Assim, o precedente da Suprema Corte é extremamente relevante dentro do dialogismo e intertextualidades na construção da norma, o que nos impele a uma análise mais acurada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que silente, a Constituição de 1946, sob sua égide, o STF firmou entendimento histórico em voto da lavra do Ministro Victor Nunes Leal, no sentido de que as terras ocupadas pelos índios compunham o domínio da União. Tratava-se de Arguição de Inconstitucionalidade da Lei n. 1.077, de 10 de abril de 1958, do estado-membro de Mato Grosso, que reduziu a área destinada à posse dos índios Cadiuéos a cem mil hectares. Veja-se trecho do voto:

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural e intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os

índios a um pequeno trato, até o terreiro da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo (BRASIL, 1964, p.1).

Depreende-se da redação dos fundamentos deste voto que o STF, 30/08/1961, já começava a definir a ocupação tradicional como *habitat* natural do índio e a diferenciar o regime jurídico aplicável à espécie dos institutos do direito civil.

Já sob a vigência da Constituição Federal de 1969, no ano de 1986, o Supremo Tribunal Federal em voto da lavra do Ministro Djaci Falcão, ao comentar a eficácia do art. 198 da Carta de 1969, pontuou que:

[...] não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas, em face da regra expressa do art. 198, da Lei Maior. De resto, vale notar que tal categoria não subsiste diante de preceito que disciplina a existência ou a extinção de instituto jurídico visando aos efeitos e ao conteúdo jurídico de determinada situação[...] (BRASIL, 1986, p.1)

Em sentido absolutamente contrário a esta interpretação do art. 198 da Carta de 1969, o voto do Min. Cordeiro Guerra, no MS 20.234/MT, DOU 01.07.1980, pontua que a regra do art. 198 e incisos estaria abolindo a propriedade privada:

O que está dito no art. 198 é mais ou menos o que está dito no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: ‘Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário. Isto entra em choque, evidentemente, com o art. 153, § 22, da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada. O Código Civil assegura a posse. De modo que toda essa legislação tem de ser interpretada com muito cuidado. Diz no § 1º do art. 198:

“Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos índios.”

No meu entender, isso só pode ser aplicado nos casos em que sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios (BRASIL, 1980, p.1).

Posteriormente ao advento da Constituição de 1988, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem sido predominante a jurisprudência no sentido de distinguir das categorias de direito privado o regime jurídico aplicável às terras indígenas. Entretanto, quanto à concepção do direito originário dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, como direito congênito nos moldes propostos por Mendes Júnior, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido cambiante.



No julgamento do Mandado de Segurança n. 21.575-5, no ano de 1994, em que o Relator era o Ministro Marco Aurélio, cujo voto foi vencido, o Ministro Ilmar Galvão, nos fundamentos de seu voto de divergência, adota a teoria do indigenato esposada por João Mendes Jr. em sua clássica obra de 1912, *Os Indígenas Do Brasil, Seus Direitos Individuais e Políticos*.

Depreende-se que, no referido voto, o Ministro Ilmar Galvão firmou entendimento no sentido de que o indigenato é a fonte primária e congênita do direito dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam, adotando integralmente da teoria de João Mendes Jr..

No Julgamento do RE 183.188-0 MS<sup>10</sup>, no ano de 1996, o Ministro Celso de Melo pontuou em seu voto:

**Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais asseguradas ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas**, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles os mistérios insondáveis do universo em que vive.

[...]

É por tal razão que já se decidiu, no regime constitucional anterior – em que havia norma semelhante (CF/69, art. 198, § 1º) à que hoje se acha consubstanciada no art. 231, § 6º, da Carta Federal de 1988 – que a existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome de particular qualifica-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz, pois, em tal ocorrendo, prevalece o comando da norma constitucional referida, que “*declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas*”.

Dois aspectos são dignos de nota neste voto: i) a colocação do relacionamento do índio com a terra como pressuposto para a garantia dos demais direitos constitucionais do índio, reconhecendo-se a ligação umbilical do índio com a terra; ii) a incidência da regra do § 6º do art. 231 da Constituição com o efeito de desconstituir todas as relações jurídicas anteriores;

Em voto posterior, no ano de 1998, o Ministro Nelson Jobim, no RE 219.983-3<sup>11</sup>, ao discorrer sobre terras indígenas, desvela interessantes aspectos históricos sobre a consolidação do conceito de ocupação tradicional no bojo da Assembleia Constituinte. Vejamos:

<sup>10</sup> Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/competencia/stf/RE\\_183.188-0-MS.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/competencia/stf/RE_183.188-0-MS.pdf)> Acesso em: dez. 2015.

<sup>11</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Votos dos Ministros Marco Aurélio, Nelson Jobim e Carlos Velloso no Recurso Extraordinário no 219.983-3 de São Paulo, 9.12.1998. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67436,101048-Direito+dos+indios+a+terra+no+passado+e+na+atualidade+brasileira>> Acesso em: dez. 2015

Gostaria de fazer uma observação em relação ao voto do eminente Relator, lembrando que tive oportunidade de me envolver enormemente nessa tese da propriedade indígena, das terras imemorais, que começa numa conferência de João Mendes sobre o indigenato. Ele cria, então, a figura do indigenato baseado no Alvará Régio de 1680, que se referia aos ocupantes primários e originários das terras. O problema é que as terras só passaram a ser de propriedade da União com a Constituição de 1967. Antes, a Constituição de 1891, que foi a primeira a constitucionalizar a questão indígena, meramente mandou respeitar a posse das áreas ocupadas pelos indígenas, mas não definiu propriedade. Tanto isso é verdade que todas as legislações posteriores a 1891, até mesmo legislações posteriores a 1967, a um decreto do Presidente Washington Luís, estabelecem a necessidade do serviço de proteção aos índios, que veio a ser substituído depois pela FUNAI, de negociar com os Estados.

Há até um extraordinário parecer do Professor Néri da Silveira, quando Consultor do Estado do Rio Grande do Sul, sobre uma questão que surgiu naquele Estado envolvendo o Governo Walter Jobim, em 1946, sobre o Toldo Nonoai, em que S. Exa. Examina longamente o problema.

Somente em 1967 o regime militar estabeleceu que as terras ocupadas pelos índios eram de propriedade da União. Até então, a regulamentação das terras ocupadas pelos índios era obra dos Estados, e isso era atribuição do Ministério da Agricultura, que negociava com os Estados a forma de legitimar a posse.

Em 1988, começou a aparecer esta expressão, rejeitada amplamente na Assembléia Constituinte e repetida pelo Ministro Moreira Alves, a chamada “posse imemorial”.

**Esse conceito nada tinha a ver com o jurídico, mas com o antropológico, e os grupos indigenistas pretendiam com isso retomar o conceito de posse imemorial para recuperar o indigenato de João Mendes, na famosa Conferência de 1912.**

Por isso, quando se definiu as terras indígenas, no texto do art. 231 da Constituição Federal, houve uma longa discussão – e aqui quero contar com a memória do eminente Ministro Maurício Côrrea -, num trabalho imenso do Senador Severo Gomes, que esclarece perfeitamente a questão da definição das terras indígenas. (grifos nossos)

A terra indígena no Brasil, por força da definição do art. 1º do art. 231, se compõe de quatro elementos distintos. O primeiro deles:

“Art. 231 .....

§1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente,...

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é a posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. Agora, a terra indígena não é só a área possuída de forma tradicional pelos índios.

Há um segundo elemento relevante:

“... as utilizadas para as suas atividades produtivas, ...”

Aqui, além do elemento objetivo de estar a aldeia localizada em determinado ponto, há necessidade de verificar-se a forma pela qual essa comunidade indígena sobrevive.

O terceiro elemento que compõem esse conceito de terra indígena:

“... as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar...”

E, por último:

“...e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” (BRASIL, 1998, p. 1)

Depreende-se do texto deste acórdão proferido no RE n. 219.983-3 SP, em primeiro lugar, um aspecto semântico muito importante: a compreensão da Suprema Corte no sentido

de que o conceito de posse imemorial não está na esfera da linguagem jurídica, mas tão somente na linguagem antropológica, essa crítica do Ministro Jobim já demonstra a preocupação do Supremo Tribunal Federal, ainda nos idos dos anos noventa, em tratar da questão indígena a partir de uma linguagem adequada. No mesmo julgamento, o STF evidenciou de forma inequívoca que no conceito de terra indígena faz-se necessária a coexistência dos quatro requisitos previstos no parágrafo § 1º do art. 231 da Constituição, requisitos estes verificáveis no âmbito do procedimento de demarcação.

Não se pode olvidar, outrossim, que há neste voto um dado histórico sobre a construção semântica da expressão “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, pois o Ministro Nelson Jobim, que também integrara a Assembleia Nacional Constituinte, ressalta a existência de um embate político no seio da Constituinte, cujo objeto é **“retomar o conceito de posse imemorial para recuperar o indigenato de João Mendes, na famosa Conferência de 1912”** (BRASIL, 2010, p.1).

O ápice performático do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da questão indígena se deu, por fim, no julgamento da Petição de n. 3388, que se refere à Ação Popular ajuizada em face da União, cujo objeto foi a demarcação em Raposa Serra do Sol. O Ministro Ayres Britto, em voto histórico e paradigmático, no capítulo intitulado, *O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas*, ao interpretar o texto constitucional, estabeleceu os marcos regulatórios sobre a questão: i) marco temporal da ocupação; ii) marco da tradicionalidade da ocupação; iii) o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional; iv) marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade.

Apesar dos marcos regulatórios terem sido fixados naquele caso concreto, cujo processo tem natureza subjetiva e, portanto, vinculatório apenas das partes, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, inequivocamente, um norte hermenêutico para os casos posteriores, de modo que este julgamento requeresse mais atenção e reflexão em sua análise.

A fixação dos marcos foi um passo fundamental no estabelecimento da segurança jurídica que os procedimentos de demarcação requerem, tendo em vista que estão em jogo direitos fundamentais de igual estatura: o direito de propriedade do cidadão não índio e o direito originário dos cidadãos índios às terras que tradicionalmente ocupam.

O marco temporal da ocupação foi fixado de forma objetiva: **“a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro”**.

O estabelecimento de um marco temporal foi o grande avanço em direção à segurança jurídica, pois minimiza, de forma objetiva, a complexidade dos conflitos envolvendo terras

indígenas. Em verdade, esse marco não foi uma invenção da Suprema Corte, mas apenas a identificação na regra-matriz da norma geral e abstrata do elemento temporal no antecedente da norma. Este elemento está implícito no tempo verbal, tendo em vista que o verbo “ocupar” está no presente do modo indicativo, a indicar que o critério temporal é a promulgação da Constituição.

No que concerne ao marco da tradicionalidade da ocupação, o voto ressaltou que:

**É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencer a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa mãe”).** Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o status de algo mais que útil para ser um ente.

A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação lingüística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão (BRASIL, 2010, p.1).

Dentro deste tópico, o Min. Ayres Brito discorre sobre o conceito de direito originário, aduzindo que: “O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura pré-européia ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que "os direitos originários" sobre as terras indígenas não eram Pet 3.388 / RR propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais, "que isso reconhecidos" (parte inicial do art. 231, caput); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento.

No marco da **concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional** destaca a necessidade de: “a) habitação em caráter permanente ou não-eventual; b) as terras utilizadas "para suas atividades produtivas", mais "as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se

revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas."

Ao estabelecer o **marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado 'princípio da proporcionalidade'**, assevera:

Dêem-se aos índios tudo que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a sua estrutura social primeva. Equação que bem se desata da locução constitucional "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", pela cristalina razão de que esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente. Preexistente, por exemplo, à própria Constituição (BRASIL, 2008, p.1).

O voto do Ministro Carlos Britto trouxe duas grandes contribuições: i) reforço à segurança jurídica, ao construir a interpretação da norma apontando os elementos material, temporal e espacial em seu antecedente; ii) o estabelecimento de um profícuo diálogo entre o texto escrito da constituição e contexto histórico e cultural do índios na busca do sentido da tradicionalidade da ocupação.

A norma constitucional que estabelece o direito originário dos índios às terras que tradicionalmente ocupam tem grave impacto sobre a regulação do direito de propriedade previsto no art. 5º, inciso XXII da CF, de modo que, assim como as demais normas que instituem outras restrições ao direito de propriedade, como, por exemplo, as que criam a obrigação de pagar tributos, apresenta em seu antecedente os critérios material, temporal e espacial e, no conseqüente, os sujeitos da relação jurídica e o objeto da obrigação, isso é uma decorrência inarredável do princípio da segurança jurídica.

No mesmo julgamento do caso veiculado na Petição de n. 3388, o Saudoso Min. Menezes Direito pediu vista dos autos e proferiu voto vista digno de exame e profunda reflexão jurídica, uma vez que também inovou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que concerne aos direitos dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, em aspectos juridicamente relevantes. Igualmente ao Ministro Carlos Britto, fixou o marco temporal para a ocupação de terra indígena, também na data da promulgação da Constituição. Apresentou 18 (dezoito) condições para a disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, disciplinamento extremamente relevante, na medida em que a demarcação envolve questões sensíveis ao interesse nacional, como segurança externa e a integridade do pacto federativo. Lançou grande contribuição teórica para a ciência do direito no âmbito da

questão indígena, ao fazer o exame jurídico da ocupação pela perspectiva do fato jurídico, ultrapassando a chamada teoria do indigenato: Veja-se:

**Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do fato indígena.**

A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

[...]

O âmbito da presença indígena é um fato.

Assim, é a ciência que oferece os meios de identificação do âmbito da presença indígena ou, em outras palavras, do fato indígena.

É esse fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Tal procedimento deve se tornar uma atividade orientada pelos elementos que tipificam a presença indígena e definem seu âmbito. A identificação do fato indígena, que por um lado dispensa consideração sobre a ocupação imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da Constituição de 1988 dos índios nas terras em questão, uma presença constante e persistente.

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data de promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho provado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posse, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantar, como decidido pelo poder constituinte dos oitenta (BRASIL, 2008, p.1).

Pela primeira vez, a Suprema Corte refutou, de forma aberta, a teoria do indigenato, que já vinha sendo adotada em alguns julgados, como, por exemplo, o voto do Ministro Ilmar Galvão no julgamento do Mandado de Segurança n. 21.575-5.

Ao analisar os votos dos demais ministros no julgamento de Raposa Serra do Sol, Petição de n. 3388, verifica-se que, além de terem sido adotadas as 18 condições propostas pelo Ministro Menezes Direito, houve também a aceitação da teoria do fato indígena pela maioria dos integrantes da Corte.

A ministra Carmem Lúcia se pronunciou nos seguintes termos:

Daí porque acompanho, em parte, o eminente Ministro Relator, com as achegas articuladas pelo insigne Ministro Menezes Direito, para concluir pela validade da Portaria 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005 (BRASIL, 2008, p.1).

O Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de ter exaltado a teoria do indigenato, aderiu ao voto do Ministro Menezes Direito.

O ministro Eros Grau manifestou-se expressamente quanto à superação da exposição de João Mendes Jr. sobre o indigenato, uma vez que a Constituição de 1988 foi expressa ao reconhecer aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupavam

na data da promulgação. Acompanhou o voto do Ministro Menezes Direito nos seguintes termos:

De toda sorte, exatamente porque não há mais de uma nacionalidade nesta Terra de Santa Cruz - há apenas uma, a nacionalidade dos brasileiros - aos índios, em suas terras, como a quaisquer outros brasileiros nas suas terras, aplicam-se os regimes de proteção ambiental e de segurança nacional, tal como enfatizado no voto do Ministro Carlos Alberto Direito, que acompanho (BRASIL, 2008, p.1).

Desse trecho do voto do Ministro Eros Grau, infere-se importante posicionamento: o de refutar qualquer possibilidade de autodeterminação. A autodeterminação é defendida por Paulo Thadeu Gomes da Silva<sup>12</sup>, com base no pensamento de Xanthaki, Brölmann e Zieck. Silva sustenta que o texto da Convenção n. 169 da OIT, com os acréscimos feitos pela Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas, em 2007, teria assegurado a possibilidade de autodeterminação dos povos indígenas como autonomia, não só cultural, mas também territorial.

O Ministro Joaquim Barbosa não acompanhou o voto vista de Menezes Direito. O Ministro Carlos Britto aderiu ao voto do Ministro Menezes Direito, nos seguintes termos:

Não tenho motivos para deixar de aderir a essa proposta de formatação decisória, até porque, se formos percentualizar as coincidências dos nossos votos, beiraremos os cem por cento dos fundamentos, embora com palavras e fontes de pesquisas diferentes. Faço o ajuste, Senhor Presidente, com todo conforto intelectual (BRASIL, 2008, p.1).

O Ministro Cezar Peluso também acompanhou o voto vista do Ministro Menezes Direito. A Ministra Hellen Gracie acompanhou o voto do relator. O Ministro Marco Aurélio votou no sentido de julgar procedente a ação popular. O Ministro Celso de Mello, após tecer considerações jurídicas sobre a importância do respeito ao princípio do devido processo legal e à integridade do pacto federativo nas demarcações, acompanhou o voto do relator ajustado ao voto vista do Ministro Menezes Direito.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, chancelou de forma expressa a teoria do fato indígena proposta pelo Ministro Menezes Direito:

Nesse sentido, irretocáveis as considerações desenvolvidas pelo Ministro Menezes Direito em seu percuciente voto, segundo as quais a teoria do indigenato,

---

<sup>12</sup> Silva, Paulo Thadeu Gomes da. Os Direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas. Editora Café com Lei. 2015. 1ª. Ed. São Paulo. p.152

comumente utilizada na definição dos contornos da posse indígena, deve ser substituída pela teoria do fato indígena. Desse modo, indagações acerca da "imemorialidade" da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional. A expressão "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os "*usos, costumes e tradições*" indígenas). Por conseguinte, nos termos do art. 231, § 1º, da CF/88, os seguintes fatores devem ser verificados na definição de uma determinada área como terra indígena: a) fator temporal ("*habitadas em caráter permanente*"); b) fator econômico ("*utilizadas para as suas atividades produtivas*"); c) fator ecológico ("*imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar*"); d) fator cultural ou demográfico ("*necessárias a sua reprodução física e cultural*") (BRASIL, 2008, p.1).

No julgamento do caso de Raposa Serra do Sol, o voto do Ministro Menezes Direito sagrou-se vencedor, não tendo havido restrições por parte da Suprema Corte a sua teoria do fato indígena, que veio alargar os horizontes hermenêuticos da questão, uma vez que colocou a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios na linguagem adequada às categorias vigentes em nosso sistema de direito positivo: o fato jurídico.

Por último, no julgamento do RMS n. 29087, em que o Recorrente sustentou que o ato apontado como coator teria violado seu direito líquido e certo, uma vez que teria declarado como terra indígena gleba de sua propriedade, na qual vem exercendo com exclusividade a posse, tendo em vista que inexistem índios no local, ao menos após a década de 1940. O Ministro Relator Ricardo Lewandowski votou pelo desprovimento do recurso, tendo em vista a inadequação da via eleita.

O Ministro Gilmar Mendes instaurou divergência e apresentou voto pelo provimento do recurso, sustentando que os documentos juntados aos autos apontariam que a comunidade indígena Guarani Kaiowá não habitava a área declarada há mais de setenta anos, o que teria sido reconhecido no laudo antropológico elaborado pela própria FUNAI e destacado no acórdão recorrido. Dessa forma, por considerar necessária a conjugação das salvaguardas institucionais estabelecidas pelo Supremo Tribunal no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388/RR), mormente no que concerne à configuração da posse tradicional indígena na região (art. 231, § 1º, da Constituição da República), proferiu voto no sentido de prover o recurso para anular o ato tido como coator e o processo administrativo de identificação que o precedeu. Destacou o Ministro Gilmar que o marco temporal da ocupação indígena (5.10.1988), essencial ao reconhecimento dos direitos sobre as terras reivindicadas, não foi observado e que a decisão recorrida teria dado interpretação equivocada ao precedente jurisprudencial nela invocado (Petição n. 3.388/RR), ao sobrelevar a tradicionalidade da ocupação sob a perspectiva anímica e psíquica dos índios, confundindo-a com posse



imemorial. Por fim, asseverou que a não configuração dos requisitos constitucionais para o reconhecimento da posse indígena não impediria a União de desapropriar o imóvel, mediante justa e prévia indenização dos proprietários, se razões de interesse social ou de utilidade pública assim recomendassem.

Na sequência, a Ministra Carmem Lúcia proferiu voto do seguinte sentido:

Início meu voto com o desassossego de saber da dificuldade em se compor, judicialmente, uma solução que atenda igualmente aos anseios, essencial ao reconhecimento dos direitos sobre as terras reivindicadas, não teria sido observado e que a decisão recorrida teria conferido interpretação equivocada ao precedente jurisprudencial nela invocado (Petição n. 3.388/RR), ao sobrelevar a tradicionalidade da ocupação sob a perspectiva anímica e psíquica dos índios, confundindo-a com posse imemorial. Registrou, ao final, que a não configuração dos requisitos constitucionais para o reconhecimento da posse indígena não impediria a União de desapropriar o imóvel, mediante justa e prévia indenização dos proprietários, se razões de interesse social ou de utilidade pública assim recomendassem. 5. Estas as anotações que faço para rememorar o caso. Pedi vista dos autos por reconhecer a gravidade da situação fundiária há muito instaurada no Estado de Mato Grosso do Sul, conduzindo ao acirramento do conflito entre índios e proprietários rurais, detentores de títulos cuja cadeia dominial remonta ao século passado e cuja origem se tem na transmissão onerosa, ou não, pelo Poder Público de extensas glebas de terra como meio de fomentar o desenvolvimento do centro-oeste do país. O agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios na região tem sido noticiado regularmente pelos veículos de comunicação, que relatam a crescente hostilidade entre índios e proprietários/posseiros e denunciam atos barbárie ali havidos. Informa-se que vidas têm sido ceifadas brutalmente em ambos os lados do conflito e que a descrença na solução da controvérsia tem conduzido a suicídios como formas de protestos.”

[...]

Assim, conquanto se tenha recusado a eficácia vinculante formal deste julgado, fixou-se que os pressupostos erigidos naquela decisão para o reconhecimento da validade da demarcação realizada em Roraima decorreriam da Constituição da República, pelo que tais condicionantes ou diretrizes lá delineadas haveriam de ser consideradas em casos futuros, especialmente pela força jurídico-constitucional do precedente histórico, cujos fundamentos hão de influir, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pelos magistrados. É o que se dá na espécie. Não seria adequado esperar que os demais magistrados seguissem as diretrizes explicitadas como essenciais ao reconhecimento da validade do processo demarcatório de que tratou a Petição n. 3.388/RR, decorrentes do detido exame do sistema constitucional a envolver a questão indígena, e, em novo caso submetido ao cuidado deste mesmo Supremo Tribunal, relegar a compreensão antes formada sobre a matéria. Tem-se aqui, como sublinhado pelo Ministro Gilmar Mendes, a necessidade de apurar se o processo de identificação e declaração da conclusão, que foi pela procedência parcial do pedido. De qualquer modo, é importante considerar que o acórdão embargado está revestido dessa peculiar característica de ter estabelecido a definição do regime jurídico a ser observado em relação à área de terra indígena nele demarcada. Isso desperta duas espécies relevantes de questionamento: quanto à sua eficácia subjetiva, ou seja, quanto aos efeitos da decisão em face de terceiros não vinculados à relação processual; e a segunda, quanto à sua eficácia temporal [...]. [C]omo todo ato estatal, a sentença produz efeitos naturais de amplitude subjetiva universal. [...] A eficácia universal do julgado, assim estabelecida, é particularmente significativa em se tratando de sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A sua vocação expansiva e persuasiva em relação às questões decididas fica realçada pela superior autoridade da chancela dessa mais alta Corte de Justiça (BRASIL, 2014, p.1).

Depreende-se do voto da Ministra Carmem Lúcia, no caso em análise, a relevância paradigmática dos parâmetros fixados pela Suprema Corte no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, mormente no que concerne ao marco temporal fixado naquele julgamento. Nessa linha, o entendimento do Supremo Tribunal Federal vem se consolidando no sentido de haver um marco temporal objetivo, que deve ser comprovado na perícia antropológica da demarcação administrativa que comprova o chamado fato indígena.

Com efeito, quando a Ministra Carmem Lúcia destaca a “força jurídico-constitucional do precedente histórico” do julgado proferido no caso Raposa Serra do Sol, ressaltando que seus fundamentos “hão de influir, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pelos magistrados”, o que se verifica é o reconhecimento do fenômeno já destacado anteriormente no sentido de que o direito é composto por textos (IVO, 2014), sendo que ao texto escrito no enunciado prescritivo do art. 231 *caput* e parágrafos, o intérprete deve acrescer o texto do precedente histórico do caso Raposa Serra do Sol.

Essa fala da Ministra Carmem Lúcia demonstra a maturidade da Corte Constitucional, no sentido de buscar uma dialogia com os textos de seus precedentes, como aprimoramento das técnicas de legitimação (GAMA, 2009) de suas decisões, o que é muito bem vindo nestes tempos em que o paradigma processual brasileiro dá uma guinada no rumo do sistema de *Common Law*.

Alf Ross (2007), ao discorrer sobre o precedente como fonte do Direito, ressalta:

Com certeza pode-se ter como pacífico que os precedentes, isto é, as decisões jurídicas anteriores, desempenharam sempre um papel importante na decisão relativa a uma disputa legal perante um tribunal. O fato de que num caso anterior de caráter similar se tenha escolhido uma certa regra como fundamento da decisão, constitui um forte motivo para que o juiz baseie a decisão presente na mesma regra. Além de tal procedimento poupar tempo, dificuldades e responsabilidade ao juiz, esse motivo está estreitamente relacionado à idéia de justiça formal, a qual em todos os tempos parecer ter sido um elemento da administração da justiça: a exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral (parágrafo 63) (ROSS, 2007, p. 111).

O autor remete à questão da importância do precedente à análise da ideia de justiça formal, presente na necessidade de racionalidade de predeterminação de critérios objetivos como meio de contenção da arbitrariedade.

Nessa perspectiva, ao texto escrito dos enunciados prescritivos do art. 231 *caput* e parágrafos da CF, o intérprete, na construção da norma, deve considerar o texto do precedente histórico do julgamento Raposa Serra do Sol.

## **6 UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA PARA A INCIDÊNCIA DA NORMA CONSTRUÍDA A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO ART. 231 CAPUT, §§§ 1º, 2º E 6º E ART. 20 XI, DA CONSTITUIÇÃO, NA PERSPECTIVA DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO PROPOSTO POR PAULO DE BARROS CARVALHO**

O parágrafo sexto do art. 231 da CF prevê uma sanção de nulidade, tornando sem quaisquer efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras que os índios ocupam tradicionalmente. Veja-se:

Art. 231

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (BRASIL, 1988, p.1).

A doutrina e a jurisprudência dominantes têm compreendido que este dispositivo veda quaisquer indenizações aos ocupantes, posseiros e proprietários das terras que venham ser objeto do direito originário dos indígenas. Essa interpretação, como demonstraremos, é uma decorrência lógica da forma como se concebe a incidência da norma geral e abstrata, construída a partir da interpretação dos enunciados do *caput* do art. 231 e parágrafos primeiro, segundo e sexto, que juridicizam o suporte fático da ocupação tradicional. Para a corrente majoritária, a incidência dessa norma ocorre de forma automática e infalível, sendo que os seus efeitos são declaratórios de um direito preexistente, que retroage para desconstituir de forma absoluta todas as demais normas individuais e concretas constituídas anteriormente por “não índios” e cujo objeto sejam essas terras que venham a ser reconhecidas como ocupação tradicional.

Pontes de Miranda (1970), grande expoente da teoria da incidência infalível da norma jurídica, ao discorrer sobre a incidência da regra jurídica, pontua:

Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos”. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre os fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais (MIRANDA, 1970, p. 6-7).

Nessa linha de pensamento, a incidência automática e infalível da norma jurídica geral e abstrata, mesmo sem a intervenção humana, atingiria o chamado suporte fático e o tornaria um fato jurídico: “As conseqüências da incidência são fato, como os outros, portanto algo a mais no mundo jurídico: surgimento, alteração (modificação), ou extinção de relações jurídicas; direitos subjetivos e deveres jurídicos; pretensões, obrigações, ações [...]” (MIRANDA, 1970, p. 7).

Na perspectiva da incidência automática e infalível, a norma construída a partir da interpretação dos enunciados do *caput* do art. 231 e dos §§1º, 2º e 6º “juridicizaria” o suporte fático “terras que os índios tradicionalmente ocupam” automaticamente, de modo que o fato jurídico da ocupação tradicional teria o efeito declaratório do direito originário, com a respectiva eficácia jurídica de tornar nulas e sem efeitos quaisquer ocupações, posses e propriedades por terceiros sobre o mesmo objeto e, assim, naturalmente estariam vedadas indenizações.

Ao adotar a teoria da incidência automática, a doutrina predominante entende que a demarcação é simples ato administrativo declaratório e não constitutivo da relação jurídica decorrente do fato jurídico, conseqüentemente, os seus efeitos seriam *ex tunc*. Veja-se:

Realizada a demarcação física, ela é homologada através de decreto presidencial, ato final do procedimento que traz ao mundo jurídico uma nova terra indígena. A homologação é ato administrativo que reconhece a legalidade de todo o procedimento, de caráter meramente declaratório e não constitutivo, pois não cria, extingue ou modifica relações jurídicas. **Apenas reconhece a nulidade e dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e, a posse das terras em extinção e sua não produção de efeitos jurídicos.** Extingue-se qualquer título de propriedade sobre a área demarcada, que passa a ser um bem da União (VILLARES, 2013, p. 134, grifo nosso).

Como se vê, a interpretação usualmente dada à regra prevista no parágrafo sexto do art. 231 da CF/88 leva a crer que existiria uma vedação intransponível, no referido dispositivo, à indenização dos proprietários de terras que venham a ser demarcadas como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Entretanto, a questão não é tão simples e comporta algumas reflexões teóricas, tendo em vista que essa interpretação é restritiva do direito de propriedade e grau severíssimo, de modo que não atende ao princípio hermenêutico da unidade constitucional. De fato, a simples sanção de nulidade, com efeitos *ex tunc* a desconstituir as relações jurídicas que se construíram ao longo de séculos, sob o pálio da boa fé, relativamente a essas terras, tem gerado conflitos sociais e descrédito para o Estado brasileiro.

A solução que tem sido apresentada para o problema seria uma Emenda à Constituição, com a alteração da redação da regra contida no parágrafo sexto do art. 231, da CR'88, de modo que constasse expressamente a possibilidade de indenização. Todavia, esta saída encontra forte oposição política nos defensores do instituto do indigenato, uma vez que, autorizada a indenização em sede constitucional, poder-se-ia cogitar da descaracterização do reconhecimento do direito originário, da forma como o concebem, como um direito congênito, que retroage à posse imemorial.

Todavia, ao se interpretar a norma constitucional do art. 231, *caput* e parágrafos 1º, 2º e 6º da Constituição pela lente metodológica do constructivismo lógico semântico, proposto por Paulo de Barros Carvalho, verificamos que o afastamento do aparente óbice à indenização está na forma de conceber a incidência da norma, conforme veremos nos próximos tópicos.

Na doutrina nacional, a compreensão do percurso de incidência da norma jurídica segue duas vertentes, que merecem estudo para a construção de uma hermenêutica adequada sobre a demarcação das terras que os índios tradicionalmente ocupam.

Existe a teoria tradicional de base filosófica ontológica, sustentada por Pontes de Miranda e Miguel Reale, que defendem a incidência infalível e automática da norma jurídica geral e abstrata no plano factual. Sobre corrente ontológica, explica Aurora Tomazini de Carvalho (2010b), em sua obra, *Curso de Teoria Geral do Direito*, que: “amolda aos sistemas teóricos que não fazem distinção entre os planos do direito positivo (linguagem jurídica) e a realidade social (linguagem social), considerando-os como uma unidade na existencialidade do fenômeno jurídico.” De uma forma simplificada, para a corrente ontológica, a incidência da norma no plano social seria por conta própria, sem a interferência da ação humana.

Com o devido respeito, o entendimento da incidência automática e infalível da norma jurídica no sistema social tornou-se cientificamente questionável desde os adventos da teoria da linguagem de Wittgenstein, em seu *Tractatus logico-philosophicus* e da teoria dos sistemas autopoéticos de Humberto Maturana e Francisco Varela, que foi transposta para o campo das ciências humanas por Niklas Luhmann (CAMPILONGO, 2011). Essas teorias revolucionaram todos os campos do conhecimento, sendo que o direito não pode mais ficar alheio a sua influência, tendo em vista que abrem novos caminhos teóricos para evolução da *Teoria Geral do Direito*, com intensos efeitos práticos sobre a interpretação da norma.

A teoria da incidência da norma, defendida pelo professor Paulo de Barros Carvalho (2010a), que reconhece a linguagem como criadora da norma e o sistema jurídico como um subsistema do sistema social dotado de signos próprios, reduz a complexidade dos

desdobramentos jurídicos e sociais trazidos pela norma do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º, como demonstraremos.

Na esteira desse pensamento, o primeiro ponto para simplificação das dificuldades trazidas pela demarcação das terras indígenas é a noção de que o sistema jurídico, como um subsistema social, é dotado de linguagem própria e opera sintaticamente (funcionalmente) fechado em relação aos demais sistemas. Isso significa dizer que os fatos sociais só ingressam no sistema jurídico por intermédio da linguagem competente, isto é, por intermédio da linguagem jurídica. Um fato social só pertencerá ao mundo jurídico quando, pela linguagem jurídica competente, for constituído em fato jurídico (CARVALHO, 2010a).

O tema referente à demarcação de terras indígenas tem sido tratado pela comunidade jurídica com textos de forte carga emocional. A obra mais citada pela corrente indigenista, para legitimar o seu discurso, é o texto histórico do grande Jurista João Mendes Jr., datado de 1912, *Os Indígenas do Brasil – Seus Direitos Individuais e Políticos*. Trata-se de fala de Mendes Jr. em uma conferência proferida em defesa dos direitos dos índios. Consta-se que o contexto político em que Mendes Jr. construiu o texto exigia um discurso com forte carga emotiva, de modo que o texto não é só jurídico, mas, sobretudo, um apelo político.

Assim, no âmbito do estudo da aplicação da norma constitucional, é um imperativo inarredável tratar da demarcação das terras indígenas dentro dos limites da linguagem jurídica, depurando-o da carga emotiva, que é natural à linguagem do sistema político; sem se olvidar, evidentemente, do contexto social e histórico em que estão inseridos os “índios” e os “não índios”. Este contexto também integra o texto constitucional não escrito e deve ser considerado na busca do sentido dos signos que compõem os enunciados prescritivos, como técnica de legitimação (GAMA, 2009).

Firmado esse primeiro ponto, o segundo é distinção entre o suporte fático, situado no sistema social e o fato jurídico indígena. A conversão do fato social em fato jurídico ocorre no percurso da incidência da norma geral e abstrata, por intermédio da norma concreta. São normas concretas, por exemplo, o lançamento tributário, o contrato na esfera do direito privado e a sentença judicial. No percurso de incidência da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação do art. 231, *caput* e dos §§§ 1º, 2º e 6º, da CF, o procedimento administrativo de demarcação de terras documenta, ao seu fim, a norma individual e concreta.

O terceiro ponto é compreender que a linguagem jurídica adequada que converte o fato social em fato jurídico, no percurso de incidência da norma abstrata, é a linguagem das provas, a esse respeito, veja-se a precisa lição de Fabiana Del Padre Tomé (2012):

A diferença substancial entre fato jurídico, fato social— ou simplesmente, fato-, fato econômico e fato político decorrem da circunstância de que o primeiro é constituído pela linguagem do direito, ao passo que os demais são relatados em linguagem social, econômica e política, respectivamente. Fato jurídico define Paulo de Barros Carvalho, é “enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, emitido, portanto, com função prescritiva, num determinado ponto do processo de positivação do direito.” [...]. Para que se tenha um fato jurídico, ou seja, uma nova realidade no âmbito do direito, é imprescindível que haja produção linguística específica, prescrita pelo próprio ordenamento, a exemplo do que acontece com a linguagem das provas: estas se reportam ao fato social para, em conformidade com as regras do direito, constituir um fato jurídico, apto para desencadear os efeitos prescritivos que lhes são peculiares (TOMÉ, 2012, p. 66-67).

Assim, a incidência da norma jurídica não opera de forma automática e infalível, mas depende da produção de linguagem competente, ou seja, linguagem jurídica, obedecendo aos procedimentos previamente estabelecidos (CARVALHO, 2010a). No percurso da incidência da norma geral e abstrata, demonstra-se indispensável a criação de uma norma concreta, por intermédio da linguagem das provas.

Nesse diapasão, a análise das demarcações das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, pela ótica do constructivismo lógico semântico, permite-nos concluir que a incidência da norma geral e abstrata que se constrói com a interpretação dos enunciados do *caput* do art. 231 e dos §§§ 1º, 2º e 6º da CR'88 não ocorre de forma automática, pois depende de norma concreta, isto é, da demarcação administrativa que tem o escopo de declarar (ou constituir, se adotarmos a teoria constitutiva) o fato jurídico da posse originária e constituir a relação jurídica, no consequente da norma, em cuja estrutura interna está o direito subjetivo (originário) à posse (VILANOVA, 1985).

Importante compreender também a significação do adjetivo originário, que predica “direito subjetivo” no enunciado do *caput* do art. 231, da CF. Tércio Sampaio Ferraz Jr (2007, p. 504-505) assevera que a expressão, “direito originário”, no enunciado prescritivo do art. 231 *caput* da CF/88, não tem conotação temporal, não significa posse imemorial, anterior ao descobrimento, mas apenas diz que este direito tem por fonte o *habitat* natural do índio.

Assim, enquanto o Poder Executivo, a quem compete produzir a norma concreta nos termos do art. 67, do ADCT, não se desincumbir deste dever fundamental, realizando o procedimento de demarcação que declarará (ou constituirá) o fato jurídico da posse com a respectiva constituição da relação jurídica, de cuja estrutura dimana o direito subjetivo, ainda não se tem a incidência no fato social da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, *caput* e §§§ 1º, 2º e 6º da Constituição.

## 7 A COMPREENSÃO DA ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA GERAL E ABSTRATA COMO FENÔMENO LINGUÍSTICO

Antes de nos debruçarmos mais à frente sobre a norma geral e abstrata construída a partir da interpretação do §§§1º, 2º e 6º e do *caput* art. 231 e art. 20 XI da CF, em sua fenomenologia semiótica, demonstra-se fundamental a compreensão teórica da linguagem do direito positivo e a estrutura lógica e jurídica da norma.

Por considerarmos esse conhecimento como pressuposto inarredável para o estudo da incidência da norma na concepção epistemológica proposta pelo constructivismo lógico semântico, dedicaremos este capítulo para estudar a estrutura da norma geral e abstrata, para, no capítulo seguinte, adentrarmos à análise da norma construída a partir dos enunciados do art. 231 *caput* e §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20 XI da CF.

Lourival Vilanova (2003), em seu artigo, *Lógica Jurídica*, submete a linguagem jurídica a uma rigorosa análise lógica e explica-nos que só se pode falar em uma lógica jurídica se, ao submetermos a linguagem normativa a uma análise lógica, encontrarmos formas e estruturas próprias do direito, diferentes dos outros tipos de discursos.

Para Vilanova (2003), a linguagem do direito positivo é uma linguagem-de-objetos, feita para o universo das condutas humanas, isto é, consiste em uma linguagem de natureza objetiva. Além disso, trata-se de uma linguagem deontica, ou seja, do “dever ser”.

Paulo de Barros Carvalho (2010a), em precisa lição sobre o operador deontico “dever-ser”, esclarece:

Kelsen insistiu na diferença entre as leis da natureza, submetidas ao princípio da causalidade física, e as leis jurídicas, articuladas pela imputabilidade deontica. Lá, a síntese do “ser”, aqui a do “dever-ser”. Nas duas causalidades temos a implicação, o conectivo condicional atrelando o antecedente ao conseqüente. Entretanto, quando usado e não simplesmente mencionado, o “dever-ser” denota uma região, um domínio ontológico que se contrapõe ao território do “ser”, em que as proposições implicante e implicadas são postas por um ato de autoridade [...] (CARVALHO, 2010a, p.48).

Vilanova (2003), ao expor o substrato do “dever-ser”, ensina-nos ainda que a relação sintática própria da linguagem normativa do termo se estabelece por intermédio das expressões verbais: “ter faculdade” (de fazer ou omitir), “estar obrigado” (a fazer ou omitir), “estar proibido” (de fazer ou omitir); estas são as três modalidades deonticas do verbo “dever-ser”.



Ao dissecar a linguagem do direito positivo dentro do recorte da lógica, obtém-se o que Lourival Vilanova designou de “estrutura normativa reduzida”, um esquema formal, a proposição lógica, a estrutura sintática que caracteriza a linguagem normativa. Não se trata de uma regra, ainda, mas de um esquema lógico, um arquétipo sintático, a partir do qual todas as normas devem ser formalizadas.

Na estrutura deste ente lógico, temos variáveis e constantes. As variáveis são: os sujeitos que serão alcançados, as variáveis de ações, variáveis referentes aos fatos do mundo, variáveis referentes a operadores (VILANOVA, 2003).

Para compreendermos esta estrutura sintática da norma, necessitamos entender o significado da palavra proposição, neste contexto normativo. Pontua Eurico Marcos Diniz de Santi (2011), com base nos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, que a linguagem jurídica é veiculada na forma enunciativa, ou seja, na forma de enunciados, isto é, em conjuntos de palavras que cumprem o requisito de serem significativos. A estrutura sintático-gramatical é o enunciado do qual inferimos uma significação. Essa significação é o que se chama de proposição: “Proposição é a significação do enunciado” (SANTI, 2011, p. 8).

Elucidado o conceito de proposição, passemos a sua análise. Segundo inferimos dos ensinamentos de Lourival Vilanova, a proposição jurídica é composta de um antecedente, também chamado de hipótese, pressuposto, prótase. Neste antecedente, está descrito um fato, que pode ser natural ou já admitido no mundo jurídico, portanto, um fato jurídico. O antecedente nada estatui, apenas descreve hipoteticamente certos fatos do mundo. A linguagem desse antecedente é conotativa, ele descreve notas de fatos do mundo. As variáveis do pressuposto são fatos naturais, coisas, condutas.

Já no conseqüente, apódose ou prescritor, temos as conseqüências. Ocorrendo aquele fato natural ou jurídico, descrito conotativamente no antecedente, surgem conseqüências. No prescritor, tese ou conseqüente, as variáveis são sujeitos de direito e condutas. No conseqüente, como nos ensina Lourival Vilanova, prescreve-se uma relação modalizada pelo functor relacional deôntico em um de seus três modos: permitido, proibido ou obrigatório (SANTI, 2011b).

Entre a hipótese e o conseqüente, temos uma relação sintática de natureza deôntica (dever ser), isto é, normativa. Na linguagem da lógica, os enunciados se relacionam sintaticamente entre si de duas formas: a forma apofântica e a forma deôntica. Quando estamos no plano da linguagem descritiva, ou cognoscitiva, a relação é apofântica, está no plano do “ser”. Por exemplo: “Juruna é índio” a relação entre o termo “Juruna” e “índio” é de predicção. O juízo que fazemos sobre essas proposições é de falso ou verdadeiro, ou seja,

podemos perquirir se o elemento “Juruna” realmente está incluído na classe do conceito “índios”. A linguagem do discurso apofântico, como nos ensina Lourival Vilanova, tem como forma matriz “S é P”.

Já nos enunciados a seguir, a estrutura lógica é completamente diferente:

É reconhecido aos índios o direito subjetivo originário à posse das terras, que tradicionalmente ocupam. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras que os índios ocupam tradicionalmente.

Aqui a linguagem é prescritiva. Na hipótese, no antecedente, no descritor dessa estrutura lógica, temos a descrição conotativa de um fato do mundo: “ocupação tradicional de terras por índios”, a relação entre “ocupação tradicional de terras por índios” e a “nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, posse e domínio por ‘não índios’ sobre essas terras” não é de predicação, trata-se de uma implicação deontica. Esta relação não está no plano do ser; mas, sim, do “dever-ser”, se acontece o descrito na hipótese: **“ocupação tradicional de terras por índios”** deve-ser uma consequência **“nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, posse e domínio por não índios sobre essas terras”**.

Desvela-nos Lourival Vilanova (1977):

O direito positivo se exprime com locuções como “estar facultado a fazer ou omitir”, “estar obrigado a fazer ou omitir”, “estar impedido a fazer ou omitir”. E tais locuções não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se. A proposição jurídica não descreve como fisicamente, biologicamente, psicologicamente, um homem está engajado num ir-e-vir no espaço físico e social (VILANOVA, 1977, p. 28).

De conseguinte, são três as modalidades deonticas do dever-ser, ou seja, esse dever-ser pode aparecer de três formas: permitindo (ter uma faculdade de fazer ou omitir); obrigando ( a fazer ou omitir); proibindo (fazer ou omitir). Esses funtores são simbolizados da seguinte forma: Obrigatório (O), permitido (P), proibido (V).

O juízo a ser feito sobre as proposições prescritivas, características da linguagem deontica do direito positivo, é de validade ou não validade. Esse juízo é relacional da norma com o sistema jurídico. Norma válida é aquela que está incluída no sistema jurídico (CARVALHO, 2010a).

Assim podemos concluir que a norma jurídica é uma proposição vertida em linguagem prescritiva. Como pontua Eurico Marcos Diniz de Santi

O direito positivo destaca-se pela intrínseca homogeneidade sintática de seus elementos: toda norma jurídica apresenta idêntica estrutura hipotética-condicional, i.é, associa, num nexó de causalidade jurídica (imputação), a descrição de um fato de possível ocorrência no mundo objetivo (hipótese) a uma relação deóntica (conseqüência). É o limite sintático.

Por outro lado, na perspectiva semântica que se estabelece entre o suporte físico do enunciado (o texto) e o significado (aquilo que a norma prescreve) reside um limite ontológico, próprio do direito: o sem-sentido semântico em prescrever o factualmente impossível e o factualmente necessário. Daí, e.g., a inutilidade e o sem sentido de preceptivos como aquele do § 1º. do art. 145 da Constituição Federal de 1988: “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal (...)” (destacamos). As normas jurídicas, necessariamente, incidem sobre o suporte factualmente possível. Importa afirmar: condutas e situações jurídicas impossíveis não são alcançadas pelo direito. É o limite Semântico (SANTI, 2011B, p. 10).

De conseguinte, a norma é a própria linguagem do direito positivo, dentro de um arquétipo sintático homogêneo, preenchido por conteúdos semânticos variáveis eleitos pelo legislador no sistema social. Trata-se de linguagem performativa, por excelência, que faz existir aquilo que enuncia (LINS, 2011), ou seja, linguagem que, ao incidir sobre o sistema social, com base nos procedimentos previamente estabelecidos, converte o fato social em fato jurídico.

### **7.1 A teoria da Norma Jurídica dentro da perspectiva semiótica**

Ao perfilharmos neste trabalho a teoria da norma dentro do corte metodológico proposto pelo constructivismo lógico semântico, examinaremos a norma a partir dos aspectos semióticos, sintático, semântico e pragmático, adotados por Paulo de Barros Carvalho:

A teoria da norma de que falo há de cingir-se à manifestação do deóntico, em sua unidade monádica, no seu arcabouço lógico, mas também em sua posição semântica e em sua dimensão pragmática, examinando a norma por dentro, num enfoque intranormativo, e por fora, numa tomada extra-normativa, norma com norma, na sua multiplicidade finita, porém indeterminada (CARVALHO, 2011, p. 127).

Antes de adentrarmos ao estudo dos elementos intranormativos, é importante diferenciar as seguintes categorias: direito positivo, texto legal, enunciado, proposição, norma em sentido amplo e norma em sentido estrito.

Paulo de Barros Carvalho assim define direito positivo: “o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país” (CARVALHO, 2013. P. 31). Vê-se que no conceito de direito positivo temos a norma como elemento nuclear, daí a relevância de se compreender o direito, a partir do estudo da norma. Não raras vezes, referimos ao texto de lei como norma, quando, em verdade, são conceitos diferentes, de modo que devemos compreender estas categorias para avançarmos no estudo da norma.

A partir do momento que concebemos o direito como linguagem, torna-se necessária a compreensão do conceito de signo. Seguindo a terminologia de Edmundo Husserl (*apud* CARVALHO, 2010b), temos que signo é uma relação triática entre suporte físico, significado e significação. A faceta material do signo é o suporte físico. Para melhor compreensão, tomemos o exemplo muito didático de Aurora Tomazini de Carvalho (2010b): quando escrevemos a palavra GATO, as letras impressas no papel são o suporte físico; enquanto a figura do “gato” animal é o significado, o gato que aparece em nossa cabeça, quando lemos a palavra GATO, é a significação.

Da mesma forma, o direito positivo, como fenômeno comunicacional, tem como suporte físico os enunciados prescritivos apostos nos textos de lei. Estes enunciados fazem menção à conduta humana, às chamadas relações intersubjetivas, que são o seu significado. Quando o intérprete do direito positivo lê esses enunciados prescritivos, fazendo sua interpretação, surge em sua mente a sua significação, ou seja, a norma jurídica. Assim, verifica-se que a norma não se confunde com o suporte físico, a norma é a significação construída pelo intérprete a partir do contato com o suporte físico, e com o significado.

Interessante reafirmar, neste ponto, o exato sentido, dentro do aspecto sintático da linguagem, do conceito de proposição na estrutura da norma jurídica.

Em primeiro lugar, há de se esclarecer que a proposição é uma estrutura pertinente à lógica. Proposição é o conteúdo de um enunciado, não é o enunciado em si que é caracterizado por ser físico, mas a significação construída a partir do enunciado é proposição. Para Paulo de Barros Carvalho (2011), a norma jurídica em sentido amplo refere-se ao conteúdo significativo das frases de direito posto, dos enunciados prescritivos, como significações construídas na cabeça do intérprete, mas que ainda não se formou um sentido deôntico jurídico completo. Já a norma jurídica, em sentido estrito, é a composição articulada dessas significações construídas pelo intérprete, a partir dos enunciados prescritivos a produzir uma mensagem como sentido deôntico-jurídico completo.

Aurora Tomazini de Carvalho (2010b), com sua singular habilidade didática comenta a elucidação feita por Paulo de Barros Carvalho sobre norma em sentido amplo e norma em sentido estrito:

Ressalvamos, porém, que a norma jurídica não é um simples juízo, com significação que construímos de um enunciado isolado. Ela é um juízo estruturado de forma hipotético-condicional, estrutura mínima necessária para se construir um sentido deôntico. Um exemplo esclarece tal ressalva: do enunciado “a alíquota é de 3 %” construímos um juízo articulado na fórmula “S é P” ou “S (P)” – onde “S” representa a alíquota e “P” 3%. Tal proposição, entretanto, não se manifesta num

sentido prescritivo completo, pois diante dela não sabemos qual o comando emitido pelo legislador (CARVALHO, 2010b, p. 81).

O exemplo acima se refere à norma jurídica em sentido amplo, ou seja, a proposição que se infere do enunciado “a alíquota é de 3 %” ainda não é suficiente para constituir uma relação jurídica. Em verdade, sequer alcança um suporte fático para constituí-lo em fato jurídico. Trata-se de simples enunciado do qual inferimos uma proposição, mas não uma norma jurídica em seu sentido completo.

Outro dado relevante para a compreensão da norma como significação construída pelo intérprete a partir do texto (enunciados prescritivos) é a noção de que a construção de uma norma pode ocorrer a partir de vários enunciados prescritivos, esparsos nos textos do direito positivo. Em nossa pesquisa, por exemplo, a norma tem enunciados no art. 231 *caput*, art. 20, inciso XI e nos §§§ 1º, 2º e 6º do art. 23, todos da Constituição.

Com efeito, a construção da norma geral e abstrata a partir dos enunciados no art. 231 *caput*, §§§1º, 2º e 6º, todos da Constituição, pode ter a seguinte significação na cabeça do intérprete:

É reconhecido o direito originário dos índios à posse das terras que ocupavam tradicionalmente na data de promulgação da constituição, sendo nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ação contra a União.

Veja-se que uma norma pode ser construída da interpretação de vários enunciados prescritivos.

## 7.2 Estrutura da Norma como fenômeno comunicacional

Hans Kelsen (2014), ao discorrer sobre a norma, em sua *Teoria Pura do Direito*, preleciona que:

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é sua facticidade, não é seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão, por intermédio de uma norma que a ele se refere com seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma

que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como um esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou anti-jurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa (KELSEN, 2014, p. 4).

Apesar de Kelsen (2014) ter se preocupado mais em diferenciar a estrutura da lei normativa (imputação) da lei natural (causalidade), podemos vislumbrar nesse trecho do pensamento Kelsiano um esboço sobre a função linguística da norma na constituição do fato jurídico. Neste ponto, já está bastante evidente que o objetivo do direito positivo é pinçar na realidade social o que for juridicamente relevante, convertendo-o em linguagem jurídica por intermédio da norma jurídica.

Para compreendermos a norma em sua função linguística e comunicacional, necessitamos dissecar sua composição interna, o que foi feito com extrema perícia por Lourival Vilanova (2003), cujo pensamento, analisaremos neste tópico. O enunciado normativo no direito compõe-se de dois enunciados, a saber: a hipótese fática, esta é a parte da norma que descreve:

Um possível estado-de-coisas do universo social (o universo físico ingressa nesse universo social por meio de seletores sociais). O termo “hipótese” é um termo sintático: denomina o antecedente de uma relação de implicação. O adjetivo fático caracteriza a hipótese com o indirizzo para o dado—de-fato: é seu vetor semântico, a relação-de-corespondência entre a norma e o fato (entre hipótese e fato) (VILANOVA, 2003, p. 67).

Depreende da lição de Lourival Vilanova que, no antecedente da norma, temos em linguagem descritiva as notas de fatos e situações do universo social de possível ocorrência. Apesar de a hipótese descrever esses fatos, não lhe podemos atribuir valoração veritativa de falso ou verdadeiro. Quando a hipótese incide no tecido social, pelo fenômeno da subsunção, então o suporte fático abrangido pela hipótese converte-se em fato jurídico, ingressando no universo da linguagem jurídica.

Paulo de Barros Carvalho (2011) ao explicar a natureza descritiva da hipótese (suposto normativo) frisa:

Anote-se que o suposto normativo não se dirige a acontecimentos do mundo com o fim de regrá-los. Seria um inusitado absurdo obrigar, proibir ou permitir as ocorrências factuais, pois as subespécies deônticas estarão unicamente no prescrito. A hipótese guarda com a realidade uma relação semântica de cunho descritivo, mas não cognoscente, e está é a dimensão denotativa ou referencial (CARVALHO, 2011, p. 133).

Veja-se que a hipótese tem uma dimensão referencial dos fatos do mundo, ou seja, é um descritor axiologicamente seletivo, na medida em que a seleção dos fatos relevantes e irrelevantes tem como estímulo os valores e as valorações sociais, de forma que o conjunto das hipóteses fáticas de um sistema de direito reflete o sistema social global de que o sistema jurídico é parte (CARVALHO, 2011).

Em outras palavras, na hipótese (antecedente ou suposto) da norma, há referências descritivas, notas de fatos, situações, que eventualmente podem ocorrer no mundo fático. Quando se diz que a hipótese guarda uma relação semântica com a realidade, isto significa que é na hipótese da norma que está a abertura para o legislador valorar os fatos sociais como relevantes ou irrelevantes perante o mundo jurídico. Por isso, diz-se que as normas são sintaticamente homogêneas e semanticamente heterogêneas. Ora, a estrutura lógica da norma é invariável, mas esta estrutura deve ser preenchida com os mais variados conteúdos, esse é o aspecto semântico. Esse aspecto semântico realiza-se quando, na hipótese da norma, há referências aos fatos sociais possíveis de ocorrência e que, ocorrendo, serão abrangidos pela linguagem da hipótese, convertendo-se em fatos jurídicos, a exemplo da ocupação de terras de forma tradicional pelos índios.

O antecedente da norma, do ponto de vista sintático, é um mero enunciado descritivo, onde consta a descrição das notas, dos suportes fáticos que serão colhidos no mundo social. Do ponto de vista semântico, a hipótese fática dirige-se para o mundo real, mas numa relação de correspondência. Dessa correspondência entre a hipótese e o fato, confirma-se a efetividade da hipótese, sua realizabilidade. Por fim, exprime a relação de correspondência entre o sistema de normas e a realidade social (CARVALHO, 2011).

Enquanto o antecedente ou hipótese está voltado para colher fatos de possível ocorrência no mundo social, o conseqüente (proposição-tese) volta-se para prescrição de condutas intersubjetivas. “A conseqüência normativa apresenta-se, invariavelmente, como uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória” (CARVALHO, 2011, p. 133).

Como se vê, é na proposição tese que está prescrita a relação jurídica conotativamente, ou seja, em classes de notas. Do próprio conceito de relação jurídica inferimos a existência de um sujeito ativo (titular de um direito subjetivo), um sujeito passivo (com o dever de cumprir certa obrigação) e, bem assim, uma prestação. De fato, temos na proposição tese, como nos ensina Paulo de Barros Carvalho, um elemento subjetivo e um elemento prestacional. Este elemento prestacional está relacionado diretamente com a conduta modalizada como obrigatória, proibida ou permitida.

## **8 A NORMA GERAL E ABSTRATA CONSTRUÍDA A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS DO ART. 231 CAPUT, §§§ 1º, 2º E 6º E ART. 20, XI, DA CF.**

Com a apropriação dos conceitos sobre a estrutura da norma geral e abstrata examinados no capítulo anterior, passamos a perscrutar sobre os aspectos semióticos da norma que se constrói a partir da interpretação dos enunciados prescritivos do art. 231, *caput* e §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20, XI, da CF. Vejamos:

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

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. e tradições.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (BRASIL, 1988, p.1).

Como já dito, é a partir da leitura desses enunciados que o intérprete construirá significações ou proposições em sua mente, de modo que a norma será constituída, criada na mente do intérprete.

Na criação dessas significações, o intérprete deverá valer-se dos aspectos semânticos e pragmáticos. Para dissecar a semiose normativa no tema objeto do recorte de nossa pesquisa, entendemos didático fazê-lo a partir da perspectiva do caso concreto do julgamento de Raposa Serra do Sol, destacando a atuação do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de intérprete autêntico da norma constitucional.

### **8.1. Aspecto semântico da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20, XI, da CF**



O aspecto semântico diz respeito ao “vínculo do signo com a realidade que ele exprime” (CARVALHO, 2011, p. 36), em outras palavras, diz respeito ao conteúdo de cada palavra que compõe o enunciado, em um sistema social específico regrado pela norma.

Em relação ao aspecto semântico dos enunciados prescritivos do art. 231 *caput* e §§§ 1º, 2º e 6º da CF, o Ministro Carlos Britto em seu voto no caso Raposa Serra do Sol enfatizou:

A semântica adotada pela Constituição nos seus artigos 231 e 232 – eu já estou concluindo – é que exige de nossa parte uma interpretação mais refinada, mais requintada, porque foi a semântica dos índios, e não a semântica dos não índios. Quando a Constituição diz para a ocupação, para a posse, para a produção, reprodução, a semântica ‘habitação’ a ser utilizada pelo intérprete não é a dos não índios, a tradicional, a coloquial; é a dos índios propriamente ditos (BRASIL, 2010, p.1).

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, valeu-se de recursos da semiótica como norte interpretativo, para buscar uma semântica adequada e legitimadora do julgamento.

## **8.2. Aspecto pragmático da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20, XI, da CF**

Na construção da significação, o intérprete também deve buscar a compreensão do aspecto pragmático. Por exemplo, no julgamento das questões referentes às terras indígenas, o Supremo Tribunal Federal, desde o voto paradigmático de Victor Nunes Leal, tem por tradição distinguir o conceito de posse indígena do conceito de posse civil. Esse entendimento consagrado nas decisões da Suprema Corte revela um traço pragmático que não pode ser ignorado pelo intérprete, na construção da norma.

A dimensão pragmática da linguagem jurídica está inserida no aspecto semiótico que leva em conta a origem, o uso e os efeitos dos signos, é neste ponto que reside a relação entre o signo e o seu intérprete, ou seja, aquilo que o signo expressa (ARAÚJO, 2014).

Para Clarice Von Oertzen Araújo (2014, p. 146), no estudo da dimensão pragmática da linguagem da ordem jurídica, dirigimo-nos para o aspecto mais positivo e concreto, pois considera que a incidência apresenta uma dimensão pragmática. Ressalta a autora que “a dimensão pragmática de uma ordem jurídica cresce em razão direta à sua positividade”.

No julgamento do caso Raposa Serra do Sol, esta colocação de Oertzen evidencia-se de forma bastante contundente. Com efeito, no voto do Ministro Carlos Britto, o estabelecimento dos marcos regulatórios (marco temporal da ocupação, marco da tradicionalidade da ocupação, marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática

da ocupação tradicional, marco do conceito fundiariamente extensivo do princípio da proporcionalidade) representam, no percurso de incidência da norma constitucional, o aspecto pragmático que lhe conferiu a concretude e densidade necessárias ao alcance almejado.

Ainda no viés pragmático, oportuna a fala de Robson Maia Lins (2011) em artigo intitulado *O Supremo Tribunal Federal e a Norma Jurídica: aproximação com o constructivismo lógico semântico*, onde o autor destaca o papel daquela corte, na qualidade de utente da linguagem jurídica, na renovação e aperfeiçoamento desta linguagem. Veja-se:

É certo que o princípio da inesgotabilidade dos sentidos garante a manutenção da dúvida em todos os objetos interpretados pelo homem. É por isso que Flusser diz que a língua ‘...é, a um só tempo, a mais antiga e a mais recente obra de arte, obra de arte majestosamente bela, porém sempre imperfeita. E cada um de nós pode trabalhar esta obra, contribuindo, embora modestamente, para aperfeiçoar-lhe a beleza.

Comparando a poesia às decisões judiciais, precisamente aquelas produzidas pelo STF, teremos o campo propício para se fazer aproximações entre essa duas categorias. Elas – as decisões judiciais – trabalham para aperfeiçoar o sistema jurídico, que nunca está perfeito e acabado. Elas- as decisões judiciais -, assim como a poesia em relação à língua, atualizam o sistema jurídico, constituindo-o (LINS, 2011, p.488).

Este fragmento de profunda densidade nos demonstra a relevância da decisão judicial no aspecto pragmático da semiose da linguagem jurídica, como elemento construtor, renovador e de aperfeiçoamento.

### **8.3. Aspecto sintático da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20 XI da CF**

Os aspectos semânticos e pragmáticos das normas são variáveis, já o aspecto sintático, como já dito, é uma constante, é um modelo comum a todas as normas. No caso em exame, a partir dos enunciados prescritivos do *caput* do art. 231, dos parágrafos primeiro, segundo e sexto, construímos uma norma cujo aspecto sintático é aquele invariável, comum a todas as normas.

No antecedente está um **critério material**: comportamento de um grupo de pessoas (índios) representado por um verbo pessoal de predicação incompleta (ocupar), condicionado pelo tempo, **critério temporal**: 5 de outubro de 1988 e situado no espaço, **critério espacial**: abrangência fundiária § 1º do art. 231. No conseqüente da norma, tem-se um **critério pessoal**: sujeito ativo (o índio) sujeito passivo (não índio). Ocorrido o fato, cujas notas estão no antecedente, *caput* do art.231 e §§1ºe 2º da CF, instala-se as conseqüências jurídicas previstas no enunciado do parágrafo 6º, do art. 231, e do art. 20, inciso XI, todos da CF.

Ensina-nos Paulo de Barros Carvalho (2010a) que, na dimensão sintática da linguagem jurídica, temos uma homogeneidade lógica das unidades do sistema, ou seja, todas as regras jurídicas apresentam a mesma esquematização formal:

[...] quer dizer, em todas as unidades do sistema encontraremos a descrição de um fato “F” que, ocorrido no plano da realidade físico-social, fará nascer uma relação jurídica (S’R S”) entre dois sujeitos de direito, modalizada com um dos operadores deônticos: obrigatório, proibido ou permitido (O,V ou P) (CARVALHO, 2010a, p. 29).

O “fato indígena” não foge desse esquema formal, uma vez corrido na realidade social, faz nascer a relação jurídica entre “o índio” e o “não índio”, modalizada pelo operador deôntico proibido, tendo em vista que todos os “não índios” estão proibidos de avançarem sobre as terras reconhecidas como de ocupação tradicional pelos índios.

## 9 SUPORTE FÁTICO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL

Pontes de Miranda (1970) define o suporte fático da seguinte forma:

Aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide, pode ser das mais variadas naturezas: por exemplo, a) nascimento de um homem, b) o fato físico do mundo inorgânico, c) doença, d) o ferimento, e) a entrada em terrenos, f) a passagem por um caminho, g) a goteira do telhado (...) é incalculável o número de fatos do mundo, que a regra jurídica pode fazer entrarem no mundo jurídico, - que o mesmo é dizer-se pode tornar fatos jurídicos (MIRANDA, 1970, p. 19).

Explica o grande mestre que o suporte fático ainda está no mundo dos fatos de modo que a regra jurídica o colore, fazendo-o entrar no mundo jurídico.

Como ressaltou o Ministro Menezes Direito, em seu voto na Pet. 3388/RR, terras indígenas são terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988, de modo que “A ocupação é, portanto, um fato a ser verificado”. Além disso, as terras devem ser tradicionalmente ocupadas, assim o modo de ocupação é outro suporte fático. Então temos dois suportes fáticos: a ocupação e o modo de ocupação.

Enquanto não materializada em linguagem jurídica, a ocupação é apenas um fato social, ainda não poderá ser considerada como o fato jurídico (fato indígena), cujo efeito é a constituição do direito subjetivo e originário à posse permanente da terra pelo índio. A distinção entre o suporte fático e o fato jurídico reside justamente na linguagem, pois só ingressam no mundo jurídico os fatos vertidos em linguagem jurídica. Essa linguagem jurídica incide sobre a linguagem social e converte o fato social, que ainda é o suporte fático em fato jurídico.

Sobre a diferença entre evento, fato e fato jurídico, explica Aurora Tomazini de Carvalho:

Chamamos evento o acontecimento do mundo fenomênico despidido de qualquer formação lingüística. O fato, por sua vez, é o relato do evento. Constitui-se num enunciado denotativo de uma situação delimitada no tempo e no espaço. E, por fato jurídico, entende-se o relato do evento em linguagem jurídica. (...) A diferença entre evento e fato repousa no dado lingüístico e, entre fato e fato jurídico, na competência da linguagem. Evento é uma situação de ordem natural, pertencente ao mundo da experiência, fato é a articulação lingüística dessa situação de ordem natural, e fato jurídico é a sua constituição em linguagem jurídica (CARVALHO, 2010b, p.522).

Enquanto o suporte fático da ocupação tradicional não for convertido em linguagem jurídica competente, por intermédio da demarcação administrativa, não há fato jurídico da

ocupação tradicional, mas tão somente o suporte fático. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho do voto do ministro Menezes Direito no julgamento da Pet. 3388/RR: “o âmbito da presença indígena é um fato. como tal, está sujeito à observação e à demonstração por parte do cientista, é o que se deve exigir de todo procedimento de demarcação”.

## 10 O FATO JURÍDICO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL

A partir dessa distinção de evento, fato e fato jurídico, torna-se evidente a percepção de que a linguagem cria o fato e a linguagem competente, ou seja, a linguagem jurídica cria o fato jurídico. O fato indígena proposto pelo Ministro Menezes Direito em substituição à teoria do indigenato é um fato jurídico e, como tal, deve ser examinado.

Considerando que o nosso sistema de referência epistemológica é o constructivismo lógico semântico, examinaremos o fato indígena a partir das bases teóricas usadas por Paulo de Barros Carvalho (2011) para a análise científica do fato jurídico tributário:

O fato jurídico tributário será tomado como um enunciado protocolar denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, emitido, portanto, com função prescritiva, num determinado ponto do processo de positivação do direito (CARVALHO, 2011, p. 174).

Vê-se que o fenômeno da incidência ocorre por intermédio da linguagem produzida pelo ser humano, a incidência não é automática como um fenômeno meteorológico, seu percurso é construído dentro do sistema jurídico, a partir da linguagem da norma individual e concreta ou individual e abstrata. Paulo de Barros Carvalho (2011) ainda assevera:

Agora, é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. As normas não incidem por força própria. Numa visão antropocêntrica, requerem o homem, como elemento intercalar, movimentando as estruturas do direito, extraindo de normas gerais e abstratas ou individuais e concretas e, com isso, imprimindo positividade ao sistema, quer dizer, impulsionando-o das normas superiores às regras de inferior hierarquia, até atingir o nível máximo de motivação das consciências e, desta forma, tentando mexer na direção axiológica do comportamento intersubjetivo: quando a norma terminal fere a conduta, então o direito se realiza, cumprindo seu objetivo primordial, qual seja, regular os procedimentos interpessoais[...] (CARVALHO, 2011, p. 31).

Para ilustrar o fenômeno da incidência por intermédio da norma individual e concreta, como proposta pelo método do constructivismo lógico semântico, considero extremamente didático fazer um parêntese para dissecar o percurso de incidência do art. 1784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

Escolhi esse exemplo para ilustrar analiticamente o fenômeno de incidência da norma, na linha metodológica do constructivismo lógico semântico, porque a regra da abertura da

sucessão leva-nos à falsa impressão de uma incidência automática, o que não ocorre, como será demonstrado.

Sabemos que, com a morte, abre-se a sucessão, de modo que os bens do falecido passam aos seus sucessores, esse é o *droit de saisine*. Para os adeptos da teoria automática da incidência, a norma geral e abstrata construída a partir da interpretação do art. 1784 do Código Civil teria aplicação automática e infalível, mesmo porque, poder-se-ia argumentar que o momento da abertura da sucessão é com a morte.

Caio Mário Pereira (2013, p. 21) afirma: “A abertura da sucessão dá-se com a morte, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem”. Esse seria um caso de suposta incidência infalível da norma e, por isso, o escolhi para exame à luz do constructivismo lógico semântico, e, posteriormente, para cotejá-lo com o direito originário decorrente do “fato indígena”.

Em primeiro lugar, analisemos a morte como mero evento, como fato social e, por fim, como fato jurídico. Tomemos o seguinte exemplo: em 06 de março de 2015, um grupo de montanhistas mexicanos encontrou o corpo de uma múmia perto do pico do Monte Orizaba, o mais alto do México. As autoridades locais suspeitaram que este corpo poderia ser de um dos três alpinistas desaparecidos havia mais de cinquenta anos. Quando esse alpinista morreu, e nenhum ser humano testemunhou sua morte para relatar em linguagem, essa morte foi um mero evento. A partir do momento que o corpo foi encontrado e as notícias percorreram o lugarejo, a cidade e os jornais do mundo, esse evento foi convertido em fato social pela linguagem própria do sistema social.

O fato social morte, relatado no jornal, só ingressará no mundo jurídico pela linguagem jurídica adequada, por intermédio da certidão de óbito, que é a norma individual e concreta que declarará o fato jurídico, morte do alpinista em questão, e constituirá as relações jurídicas decorrentes.

Como se vê, o fato social morte só ingressará no mundo jurídico como fato jurídico se legitimado pela linguagem das provas e pela norma individual e concreta da certificação do óbito, norma posta pela autoridade competente previamente estabelecida na Lei n. 6.015/73.

A incidência da norma geral e abstrata construída a partir da interpretação do art. 1784 do Código Civil depende da conversão do fato social morte em fato jurídico por uma norma individual e concreta, posta pela autoridade competente, logo não há de se falar em incidência imediata, infalível e automática.

Percebe-se que nem sempre a data da certificação do óbito coincide com a data do óbito, que é o critério temporal para o *droit de saisine*. Ao estabelecer uma comparação do

fato jurídico morte, cujos efeitos são a abertura da sucessão, com o fato indígena, que tem como efeito o reconhecimento do direito originário sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam, percebemos que os fenômenos são idênticos.

Da mesma forma que, antes da norma individual e concreta da certificação do óbito pela autoridade competente, a morte é apenas um fato social, a ocupação tradicional também o é antes da norma individual e concreta documentada pela demarcação. Assim como a incidência da norma geral e abstrata do art. 1784 do Código Civil só ocorre por meio da linguagem criada pela norma individual e concreta da certificação do óbito, a norma constitucional, geral e abstrata, construída a partir dos enunciados do art. 231 *caput* e §§§ 1º, 2º e 6º só incidirá por intermédio da linguagem da norma individual e concreta da demarcação administrativa.

Da mesma forma que o fato jurídico morte é um enunciado protocolar denotativo, que ocupa a posição sintática de antecedente da norma individual e concreta da certificação do óbito, o fato jurídico indígena também é um enunciado protocolar denotativo, que está no antecedente da norma individual e concreta da demarcação administrativa, que se aperfeiçoa com a homologação pelo chefe do executivo.

O tempo da norma individual e concreta da certificação do óbito não coincide com o tempo do evento morte, que serve de marco temporal para a abertura da sucessão. Igualmente, o tempo da norma individual e concreta que constitui o fato indígena em seu antecedente não coincide com o tempo da ocupação tradicional como suporte fático ainda não constituído em fato jurídico.

Semelhantemente aos efeitos do fato jurídico morte, que, para os fins do art. 1784 do Código Civil, retroage a data do evento, embora a data do fato jurídico seja mais recente, os efeitos do fato indígena é reconhecimento de um direito, cujo título legitimador está aquém. Mas, isso não significa dizer que a relação jurídica instaurada no consequente dessa norma individual e concreta entre o sujeito ativo (índio) e sujeito passivo (não índios) retroagirá indefinidamente; pois, como veremos na esteira da doutrina de Paulo de Barros Carvalho sobre o lançamento, o fato jurídico “ocupação tradicional” é declarado, reconhecido no antecedente da norma individual e concreta, mas a relação jurídica que se instaura no consequente é constituída, de modo que seus efeitos projetam-se para o futuro.

A obrigação imposta aos sujeitos passivos da norma tem como marco temporal a data do fato jurídico reconhecido no antecedente e da relação jurídica constituída no consequente da norma individual e concreta documentada pelo procedimento de demarcação.



### 10.1 O Tempo e o local DO fato jurídico da Ocupação tradicional e o tempo e o local NO fato jurídico da ocupação tradicional

O adjetivo “originários”, que predica “direitos” no art.231 *caput* da CF, tem sido compreendido em uma dimensão temporal, que, equivocadamente, retroagiria os efeitos do fato jurídico indígena ao passado mais remoto, desconstituindo, com a força de um *tsunami*, todas as relações jurídicas anteriormente constituídas.

Em primeiro lugar, o predicado “originários” previsto no antecedente da norma geral e abstrata constitucional não é uma referência temporal. Sobre isso, Tércio Ferraz Jr. é bastante preciso:

Direitos originários, portanto, são direitos cuja fonte está no habitat natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas, como logo perceberam a doutrina e a jurisprudência, nada tem a ver com posse imemorial, anterior ao descobrimento. Ou seja, não revelam uma relação temporal [...] (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 504).

Entretanto, José Afonso da Silva (1999), citado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2007), entende que o adjetivo “originários” aponta para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a esses direitos originários: “[...] não se referindo a terras imemorialmente ocupadas, terras ocupadas desde épocas remotas (usucapião imemorial), pois apontam apenas para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a eles” (SILVA, 1999 *apud* FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 504).

Nota-se que, mesmo quando superado o primeiro equívoco de associar o predicado “originários” a um aspecto temporal, ainda persiste outro equívoco: o de desconsiderar todas as relações jurídicas constituídas anteriormente à norma individual e concreta documentada na demarcação. Esta interpretação é fruto da incompreensão do aspecto temporal na análise do fato jurídico.

Esta questão deve ser examinada com apoio na teoria da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o paradigmático voto do Ministro Leitão de Abreu (RE nº 79.343/BA), que evoluiu até o advento da Lei n. 9868/99, considerou necessária a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Ora, se o Supremo Tribunal Federal, na declaração de inconstitucionalidade, entendeu por bem atribuir efeitos constitutivos à decisão, para resguardar as relações jurídicas anteriores, constituídas sob a égide da boa-fé, por que na demarcação administrativa das terras, que os índios tradicionalmente ocupam, os efeitos seriam retroativos, desconstituindo todas as relações jurídicas anteriores?

A primeira resposta seria: por ser o direito dos índios sobre essas terras originários. Esta resposta, contudo, não resiste ao exame dos fundamentos da incidência da norma do art. 231, *caput* e §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20, inciso XI, da Constituição, pelo método do constructivismo lógico semântico proposto por Paulo de Barros Carvalho, uma vez que este distingue o fenômeno temporal no fato jurídico, demonstrando que há um tempo no fato e um tempo do fato.

Para entendermos o tempo no direito, é importante o estudo do tempo como fenômeno linguístico e para tal, temos de compreender o direito como ato de fala. O direito deve ser compreendido como atos de fala deôntico, como ensina Christophe Grzegorzczk, citado por Tárek Moysés Moussallem:

No direito as palavras “fazem” tudo ou quase – elas atam e desatam matrimônios, transferem ou partilham bens, condenam, colocam na prisão, às vezes matam, criam as coisas e os fatos (jurídicos, claro, não materiais) ou os fazem desaparecer sem marcas. (GRZEGORCZYK *apud* MOUSSALLEM, 2005, p. 251-252).

Ensina-nos Tárek Moysés Moussallem que os atos de fala no direito são performativos e se caracterizam nos efeitos, no procedimento e na enunciação. O ato de fala performativo no direito tem efeitos jurídicos, como por exemplo, uma advertência no plano jurídico constitui a mora, interrompe a prescrição. Assim, voltando ao exemplo da morte como fato social convertido em fato jurídico, temos que a certidão de óbito, do ponto de vista da teoria das fontes, é o documento normativo que comprova a morte. Este documento traz em seu corpo a atividade de enunciação, ou seja, informa a autoridade competente, as coordenadas de tempo e espaço em que se deu a sua confecção, a este documento dá-se o nome de enunciação-enunciada. Assim, a enunciação-enunciada consiste nas frases que existem no documento informando sobre o processo, o motivo, o local, as datas e os agentes participantes da atividade enunciativa.

A utilidade da enunciação-enunciada está em nos permitir o seu controle jurídico formal, pois sabemos se autoridade que expediu o documento normativo é competente, se foi feito no lugar adequado e observando o procedimento legal (MOUSSALLEM, 2005). Já o enunciado-enunciado são os preceitos que constroem a norma jurídica. No caso da certidão de óbito, compõem o enunciado-enunciado a data do óbito, a causa da morte, a profissão, os bens deixados, o nome dos herdeiros etc. A enunciação é o processo e o enunciado o produto.

Percebe-se, no exemplo, que existem dois tempos no documento normativo da certidão de óbito: o tempo constante da enunciação-enunciada, que indica quando o Oficial do

Registro fez a certidão, este é o tempo **do fato**, isto é, o momento em que fato morte foi convertido em fato jurídico pela norma individual e concreta produzida pelo Oficial de Registro. Já o tempo do evento morte que faz parte do enunciado-enunciado, chama-se o tempo **no fato**, ou seja, é conteúdo do enunciado jurídico (CARVALHO, 2010b).

Nessa linha, ainda voltando ao exemplo do fato jurídico morte, o art. 1784 do Código Civil estabelece o momento da abertura da sucessão com a morte, o tempo a ser observado é o tempo **no fato** que consta do conteúdo enunciado na certidão de óbito.

O tão-só fato de o legislador ter escolhido este tempo não significa que a norma construída a partir da interpretação do art. 1784 tenha incidência imediata e automática com a morte, o legislador apenas escolheu um tempo, o próprio direito atribuiu o efeito retroativo à norma individual e concreta que constituiu o fato jurídico morte, para fins sucessórios. Trata-se de uma mera opção legislativa e não de um efeito fatal, natural da incidência da norma, mesmo porque a norma como fenômeno cuja linguagem é deôntica não tem efeitos naturais.

Questão altamente intrincada e importante neste ponto é estabelecer a diferença do ato de fala declaratório na linguagem do direito e na linguagem comum. São completamente diferentes. Mais uma vez, Christophe Grzegorzcyk, citado por Tárék Moysés Moussallem (2014), esclarece que, na linguagem ordinária, o ato de fala declaratório é apenas um ato linguístico de afirmar e nada mais. Já o ato de fala declaratório, na linguagem do direito positivo, tem o efeito “extra-linguístico” jurídico de criar um novo estado de coisas. Desse modo, não existiriam, no direito, enunciados declaratórios com o sentido que se dá ordinariamente ao termo “declaração” no quotidiano da linguagem social. Nessa vertente, Tárék Moysés Moussallem afirma, apoiado na lição de JL Austin, que não há se falar em ação declaratória.

Pode causar espanto a afirmação da “constituição” do fato jurídico morte, mas, a rigor, todo fato jurídico é construído por normas, ou seja, por linguagem jurídica prescritiva. Transplantando essa ideia para o nosso estudo, o fato jurídico indígena, como fato jurídico, também só existe como categoria jurídica quando se materializa na linguagem competente, por intermédio do procedimento legal da demarcação administrativa.

Oportuno e didático traçar, neste ponto, um paralelo entre a distinção do fato jurídico e do fato contábil feita por Paulo de Barros Carvalho (2010a), para assinalar a distinção que deve ser feita pelo intérprete entre o fato indígena, como fato jurídico, e o fato indígena como mero fenômeno antropológico e histórico:

Na linguagem do fato jurídico, a análise relacional entre a linguagem social e a linguagem jurídica, redutora da primeira, sobrepõe-se a esse conhecimento sintético, obtendo como resultado um novo signo, individualizado no tempo e no espaço do direito e recebendo qualificação jurídica: eis o fato jurídico. É, portanto, uma construção de sobrelinguagem. Há duas sínteses: (i) do fenômeno social ao fenômeno abstrato jurídico (ii) do fenômeno abstrato jurídico ao fenômeno concreto jurídico.

[...]

De um mesmo evento pode se construir um fato jurídico ou um fato contábil; mas um e outro são sobremaneira diferentes, o que impede de inscrever o último como antecedente da norma individual e concreta, dado que representa unidade carente de significação jurídica. O fato capaz de implicar o conseqüente normativo haverá de ser sempre um fato jurídico, mesmo que muitas vezes haja situações em que num e noutro estejam presentes os mesmos conteúdos denotativos. A partir desses dados é que poderemos demarcar o conjunto dos fatos jurídicos, separando-os do conjunto dos fatos não jurídicos, onde se demoram os fatos econômicos, os fatos contábeis, os fatos históricos e tantos outros, quantas sejam as ciências que os constroem. O critério utilizado para a separação desses dois domínios é justamente a homogeneidade sintática (CARVALHO, 2010a, p. 168).

Calha aplicar analogicamente essa distinção feita entre o fato jurídico e o fato contábil ao estudo do fato indígena, como fato jurídico, e como fato histórico e antropológico. A ocupação da terra pelo índio, antes de ser relatada em linguagem, é apenas um evento. A partir do momento que esse evento é narrado, primeiramente na linguagem social, pode-se constituir um fato histórico, um fato econômico. Pode, ainda, ser narrado na linguagem antropológica, que é um conhecimento científico de um fenômeno social, então teremos a ocupação como um fato antropológico. Mas, até então, não temos ainda um fato jurídico. Na constituição do fato indígena, como fato jurídico, a linguagem jurídica, que é específica, dotada de uma homogeneidade sintática, consubstanciada na estrutura formal da norma jurídica, incidirá sobre a linguagem social de modo a obter-se, como ensina Paulo de Barros Carvalho: “um novo signo, individualizado no tempo e no espaço do direito e recebendo a qualificação jurídica: eis o fato jurídico” (CARVALHO, 2010a, p. 168).

Nesta perspectiva, seria um equívoco pretender tratar o fato da ocupação indígena como fato histórico e antropológico, na interpretação do art. 231 *caput* e §§§1º, 2º e 6º, da Constituição. Esse fato, cujas notas estão previstas no antecedente da norma geral e abstrata de *status* constitucional, só poderá ingressar no antecedente da norma individual e concreta, que permitirá a incidência da norma geral e abstrata constitucional, como fato jurídico, “signo, individualizado no tempo e no espaço do direito recebendo qualificação jurídica[...]” (CARVALHO, 2010a, p. 168).

Note-se que fica evidente que o tempo do fato jurídico é diferente do tempo no fato jurídico. Essa distinção é fundamental para a correta interpretação do fato indígena como fato jurídico, distinto do fato indígena como mero fato histórico, antropológico e social. Por isso,

volto a insistir neste ponto, pois é exatamente no aspecto temporal que se criou o grande equívoco jurídico.

O fato indígena como fato histórico ainda não está no antecedente da norma individual e concreta documentada na demarcação administrativa, ele ingressará no antecedente da norma individual e concreta por intermédio do procedimento legal adequado, legitimado pela linguagem das provas (perícia antropológica), então se converterá em fato jurídico com a eficácia que lhe é peculiar, ou seja, a constituição da relação jurídica em cuja estrutura está o direito subjetivo e originário do índio à terra que tradicionalmente ocupa.

Neste ponto calha trazer a seguinte advertência de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003):

Note-se, porém, que o indigenato é título, capaz de explicar o caráter originário dos direitos, mas estes não se reduzem àquele. Como a Constituição fala em direitos, não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica. Da estrutura do direito subjetivo fazem parte o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 151).

Pontes de Miranda (1970), em seu *Tratado de Direito Privado*, faz a seguinte afirmação: “**Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius***” (MIRANDA, 1970, p.5, grifo nosso). Essa afirmação de Pontes de Miranda demonstra perfeitamente que o direito subjetivo decorre do fato jurídico, logo não se pode cogitar de um direito subjetivo anterior ao fato social indígena convertido em fato jurídico. Todos os efeitos desse fato jurídico são posteriores a sua “declaração”, de sorte que o direito subjetivo, decorrente do fato jurídico indígena, embora seja originário, projetará seus efeitos a partir do tempo **do fato** jurídico, ou seja, o tempo da enunciação-enunciada, tempo que consta na documentação da norma individual e concreta da demarcação.

Ao pensar sobre a relevância do lugar no fato jurídico, devemos primeiramente lembrar que um dos aspectos do antecedente da norma é o critério espacial, de modo que o local, o lugar, é um dos aspectos sintáticos da norma. Toda norma tem destinatários, tem uma projeção temporal e espacial, de modo que o estudo da incidência da norma precisa da reflexão sobre o lugar no fato jurídico e também sobre o local do fato jurídico.

Ao discorrer sobre o local no fato e do fato, Lucas Galvão de Britto (2014) enfatiza que:

[...] toda conduta pode ser descrita nos termos de um procedimento. Da mais simples a mais complexa, chama-se conduta a um conjunto de movimentos ordenados para a consecução de uma ação ao qual se atribui significado unitário. Assim, não é possível que todos os movimentos componentes da conduta tenham as mesmas condições espaciais, concentrando-se num só ponto empiricamente

verificável, também pode acontecer que esses movimentos estejam dispersos no espaço social em que, em uma conduta, seja possível identificar vários movimentos, cada qual com seu distinto lugar geográfico.

O direito, havendo de categorizar as condutas sociais, para cumprir seu desígnio de imputar-lhes efeitos jurídicos, faz isso por meio da construção e fatos jurídicos que, enquanto relatos, são recortes sobre a complexidade do objeto social.

[...]

Desse modo, saber qual o lugar de uma conduta é conhecer qual, dentre os muitos lugares socialmente perceptíveis no respectivo procedimento (o “set movement” de Wright), corresponde ao feixe de sentido (a “intent” de Wright) que, por meio dos enunciados de textos normativos, empregou-se para a ala atribuir significação unitária (Gregório Robles) e jurídica (Hans Kelsen)

[...]

O evento, na sua infinidade e irrepitibilidade de aspectos, não pode ter lugar jurídico, pois, sendo elemento do mundo do ser, não poderia quadrar-se em classe construída segundo critérios do plano do dever ser. Assim, somente fatos jurídicos, isto é, os relatos produzidos por meio de linguagem competente e segundo as prescrições do código lingüístico jurídico, podem ter um lugar jurídico (BRITTO, 2014, p. 110-111).

No fato jurídico indígena, a definição do local, do lugar, é muito importante no processo de incidência da norma do art. 231 *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º, da CF, pois representa os limites territoriais da abrangência da norma individual e concreta da demarcação. O estabelecimento destes limites mensura a extensão do direito subjetivo dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam e ainda definem a extensão da restrição ao direito de propriedade dos não índios. Sensível à relevância deste aspecto espacial da norma, o Ministro Carlos Britto, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, fixou o marco da **concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional** como um norte para a definição do lugar no fato jurídico da ocupação tradicional.

Antes desse lugar ser identificado no procedimento de demarcação, ainda não podemos falar em um “lugar jurídico”, pois, como ensina-nos Lucas Galvão de Britto, antes da incidência da norma, este lugar ocupado pelos índios é um elemento do mundo do ser (ôntico), somente a partir da demarcação, que é a norma individual e concreta que declara o fato jurídico da ocupação tradicional, o lugar ocupado pelos índios passa para a categoria “deôntica” (dever-ser) como o aspecto espacial do fato jurídico indígena, que está no antecedente norma individual e concreta documentada na demarcação.

Nessa linha, em que pese ser o direito de posse dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (lugar, território) um direito subjetivo originário, este só passa a existir, como tal, com a incidência da norma.

## 11 A NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA QUE DOCUMENTA A INCIDÊNCIA DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS

Antes de adentrarmos ao estudo específico da demarcação como norma individual concreta, faz-se necessária uma rápida revisão das espécies normativas, pois esta distinção demonstra-se relevante para a compreensão do percurso de positivação do direito.

Como inferimos da obra de Paulo de Barros Carvalho (2010a), as normas não se reproduzem sozinhas, sem a ação humana. É pela interferência da linguagem do ser humano que se produzem as normas individuais e concretas, gerais e concretas, individuais e concretas, a partir das gerais e abstratas:

Agora, é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. As normas não incidem por força própria. Numa visão antropocêntrica, requerem o homem, como elemento intercalar, movimentando as estruturas do direito, extraindo de normas gerais e abstratas outras gerais e abstratas ou individuais e concretas e, com isso, imprimindo positividade aos sistema, quer dizer, impulsionando-o das normas superiores às regras de inferior hierarquia, até atingir o nível máximo de motivação das consciências [...] (CARVALHO, 2010a, p. 31).

A norma é geral quando é dirigida a destinatários não determináveis. Já a norma individual é destinada a pessoas ou grupos de pessoas determinados. A norma é concreta quando, em seu antecedente, for descrito um fato que já ocorreu, consumado no tempo e no espaço. Já a norma abstrata descreve, em seu antecedente, notas de fatos suscetíveis de ocorrerem.

Ensina-nos Paulo de Barros Carvalho (2010a) que a classificação das normas, tendo em vista o destinatário, deve ser perquirida no consequente da norma, ou seja, é lá que encontramos as partes da relação jurídica que a norma pretende estabelecer. Já a classificação em abstrata ou concreta pede a análise do antecedente da norma (hipótese). É no antecedente que poderemos verificar se o fato está previsto de forma abstrata, ou seja, apenas em notas, traços, classes de notas (conotação) que podem vir a ocorrer; e, neste caso, a norma é abstrata. Um exemplo bem simples é o da norma geral e abstrata que prevê pena de multa para quem ultrapassa a velocidade de 80 km por hora em determinados trechos de estrada. Esta norma é geral, pois não se pode determinar as pessoas que serão colhidas em seu consequente; é abstrata, tendo em vista que descreve no antecedente: “dirigir acima de 80 km por hora”,

trata-se da descrição de uma conduta hipoteticamente, pode ser que no mundo dos fatos sociais isso nem venha a ocorrer.

Um fato já ocorrido em um determinado tempo e espaço específico pode, contudo, estar no antecedente de uma norma; por exemplo, a sentença condenatória pelo crime de homicídio. A sentença é norma individual e concreta. Individual, porque se destina a uma pessoa, ou grupo de pessoas determinadas; concreta, porque em seu antecedente temos um fato que ocorreu em determinado dia e hora e num local certo (enunciado protocolar denotativo). Assim, no antecedente e conseqüente na norma geral e abstrata, tem-se enunciados conotativos. Já no antecedente e conseqüente da norma individual e concreta, o intérprete depara-se com enunciados denotativos.

Estabelecidas essas distinções essenciais ao nosso estudo, continuemos o exame acerca da norma individual e concreta, como um fenômeno linguístico. Na construção da linguagem jurídica, Paulo de Barros Carvalho aponta a existência de duas sínteses: “(i)do fenômeno social ao fenômeno abstrato jurídico (ii) do fenômeno abstrato jurídico ao fenômeno concreto jurídico” (CARVALHO, 2010a, p. 168). Isso significa que no fenômeno social, temos o suporte fático cujas notas predicativas estão previstas no antecedente da norma geral e abstrata, que reside no fenômeno abstrato jurídico. Para que esse fenômeno abstrato jurídico ganhe concretude de modo a incidir no fenômeno social, no suporte fático, há a necessidade da ação humana, pois normas não podem incidir sozinhas. Neste particular, fica a advertência de Tácio Lacerda Gama:

Diante desta acepção técnica de “incidência jurídica”, é impreciso e incorreto distinguir aplicação e incidência de normas, pois: i) não há operação lógica fora da linguagem; ii) a linguagem não atua de per se, requer sujeitos emissores e receptores que a produzam; iii) **o direito, em semelhança a todos os demais objetos culturais, existe pelo homem e para o homem, e só atua regulando os comportamentos sociais por meio da sua participação** (GAMA, 2003, p. 103-104, grifo nosso).

É o ser humano criando linguagem jurídica que faz a síntese do fenômeno jurídico abstrato para o fenômeno jurídico concreto. Em outras palavras, o fenômeno jurídico abstrato só vai tocar o suporte fático que está no sistema social pela norma individual (ou geral) e concreta. Essa norma concreta que permite a incidência da norma abstrata é produzida pela linguagem jurídica previamente estabelecida nos procedimentos e legitimada pelas provas. Paulo de Barros Carvalho (2010a), ao discorrer sobre a norma individual e concreta, preleciona:



A mensagem deontica, emitida em linguagem prescritiva de condutas, não chega a tocar, diretamente, os comportamentos interpessoais, já que partimos da premissa de que não se transita livremente do mundo do “dever-ser” para o do ser. Interpõe-se entre esses dois universos a vontade livre da pessoa do destinatário, influenciando decisivamente na orientação de sua conduta perante a regra do direito.

[...]

Creio ser inevitável, porém num ponto, que se afigura vital para a compreensão do assunto: a norma geral e abstrata, para alcançar o inteiro teor de sua jurisdição, reivindica, incisivamente, a edição de norma individual e concreta. Uma ordem jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais. E ressaltando a necessidade de que o discurso normativo chegue à plataforma dos fatos sociais, fundamental para o funcionamento do direito, Friedrich Muller se manifesta: Entonce ya no se podrá formular El postulado de objetividad jurídica em El sentido de um concepto ideal “absoluto”, pero si como reivindicación de una racionalidad verificable y discutible em La aplicación Del Derecho y La exigência de que aquélla responda a los hechos em El sentido de que lãs disposiciones legales lleven El sello de su propia matéria. Oportuna a linha de pensamento do autor alemão, que se vem salientando na luta pela necessidade de estudarmos o direito constitucional no âmbito do processo de concretização da linguagem.” [...]

Sem uma norma individual e concreta, constituindo em linguagem o evento contemplado na regra-matriz, e instituindo em linguagem o fato relacional, que deixa atrelado os sujeitos da obrigação, não há se cogitar de tributo. Seria até um desafio mental interessante tentar imaginar caso de incidência especificamente da regra-padrão, numa hipótese individualizada, sem a expedição de um ato de aplicação (CARVALHO, 2010a, p. 293).

Da mesma forma que a norma geral e abstrata, que prevê conotativamente os tributos necessita da linguagem jurídica produzida na norma individual e concreta do lançamento para sua incidência, a regra geral e abstrata to art. 231, *caput* e §§ 1º e 6º precisa da norma individual e concreta da demarcação administrativa para a sua incidência.

Semelhantemente ao que ocorre com o lançamento tributário, a demarcação ora é chamada de ato, ora de procedimento administrativo, regulamentado pelo decreto do Poder Executivo n. 1775, de 08 de janeiro de 1996 e, em nosso estudo, a analisamos pelo enfoque normativo, isto é, como norma individual e concreta.

Mais uma vez, nos valeremos do precioso escólio de Paulo de Barros Carvalho, que, ao discorrer sobre o lançamento tributário, esclarece:

A compreensão do lançamento tributário fica mais nítida quando refletimos sobre a convergência das palavras “norma”, “procedimento” e “acto”, tomadas como aspectos semânticos do mesmo objeto. Recordando, acto é, sempre, o resultado de um procedimento. Tanto acto como procedimento hão de estar, invariavelmente previstos em normas de direito posto; torna-se intuitivo concluir que norma, procedimento e acto são momentos significativos de uma e somente uma realidade. [...] Norma, no singular, para reduzir as complexidades de referência aos vários dispositivos (CARVALHO, 2010a, p. 308).

Na esteira da lição do Mestre, norma, no singular, refere-se aos vários dispositivos previstos no Decreto n. 1775, de 08 de janeiro de 1996, que regulam o desdobramento procedimental para a produção do ato. Como procedimento, a demarcação se caracteriza como a sucessão de atos praticados pela autoridade competente, de acordo com a previsão legal. Como ato, a demarcação é o resultado da atividade realizada no *iter* do procedimento. Assim, os três termos são válidos do ponto de vista semântico. Entretanto, como já dito, interessa-nos aqui analisar a demarcação como norma individual e concreta.

### **11.1 A autoridade competente a emitir a norma individual e concreta**

Ressalta o Ministro Carlos Britto, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, que o procedimento demarcatório tem regramento constitucional e, portanto, não está sob o poder discricionário da autoridade competente. Sobre a competência para a demarcação estabelece que:

[...] somente à União compete instaurar, seqüenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-las materialmente. Mas instaurar, seqüenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes afazeres: a) “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais” (inciso XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoriamente, sobre o ato de “remoção de grupos indígenas de suas terras” (§5º do art. 231, assim redigido: “É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe e epidemia que ponham 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 cessar o risco)”. Com o que se mostra plenamente válido o precitado artigo 19 da Lei Federal n. 6.001/73 (Estatuto do índio), também validamente regulamentado pelo Decreto de n. 1.775/96[...] (BRASIL, 2010, p.1).

Vê-se que o Supremo Tribunal Federal, ao manifestar sobre a regra de competência prevista no art. 19 do Estatuto do Índio, regulamentada pelo Decreto 1.775, de 08 de janeiro de 1996, considerou-a plenamente válida. Veja-se o teor da regra constante no Decreto:

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.  
 § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do serviço de Patrimônio (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras (BRASIL, 1996, p.1).

Como se depreende da regra do parágrafo primeiro, o procedimento administrativo será finalizado por um Decreto Homologatório do Presidente da República, assim, apesar de a Fundação Nacional do Índio estar incumbida de proceder à demarcação, o ato administrativo de demarcação é atribuição exclusiva do Presidente da República (VILLARES, 2013). Podemos concluir, portanto, que a autoridade competente para emitir a norma individual e concreta é o Presidente da República.

## 11.2 O aspecto sintático da norma individual e concreta da demarcação

Tàrek Moyses Moussallem (2014) explica didaticamente o caráter sintático da linguagem do direito na vertente metodológica do constructivismo lógico semântico. Vejamos:

A lógica exerce papel fundamental na teoria conhecida como “Constructivismo Lógico Semântico” por trazer à tona o aspecto sintático da linguagem do direito. Sintático aqui não no sentido gramatical-semântico (como a Gramática da Língua Portuguesa, por exemplo) mas como lógica formal.

Isso, contudo, não significa reduzir o estudo do direito positivo à Lógica. A Lógica não esgota a análise do discurso do direito positivo. Trilhar tal caminho é logicismo, tal como limitar o direito ao fato (sociologismo), ou restringi-lo à norma (normativismo).

Como já afirmado, o direito positivo é fato cultural apreendido pelo investigador mediante o ato de compreensão. Compreender é interpretar. Interpretar é atribuir sentido aos suportes físicos em que o objeto lingüístico se manifesta. No ato de interpretação o sujeito vai do enunciado à norma num espiral hermenêutico, como bem anotou Paulo de Barros Carvalho.

Daí uma teoria lógica aplicada ao direito careceria de função se não fosse aliada a uma teoria da interpretação.

Aqui reside o avanço do Constructivismo Lógico-Semântico: buscar saturar as variáveis das forma lógicas mediante o ato de interpretação dos textos do direito positivo (MOUSSALLEM, 2014, p. 166-167).

Vê-se, de conseguinte, que o aspecto sintático da semiótica na ciência do direito se ocupa da dimensão formal do direito. Ensina-nos Paulo de Barros Carvalho que, na dimensão sintática da linguagem jurídica, temos uma homogeneidade lógica das unidades do sistema, ou seja, todas as regras jurídicas apresentam a mesma esquematização formal:

[...] quer dizer, em todas as unidades do sistema encontraremos a descrição de um fato “F” que, ocorrido no plano da realidade físico-social, fará nascer uma relação jurídica (S’R S”) entre dois sujeitos de direito, modalizada com um dos operadores deônticos: obrigatório, proibido ou permitido (O,V ou P) (CARVALHO, 2010a, p. 29).

Ao discorrer ainda sobre a estrutura sintática da norma individual e concreta, assinala o mestre que:

No caso das normas individuais e concretas, o juízo mantém-se condicional e também hipotético, a despeito de o antecedente estar apontando para um acontecimento que já consumara no tempo. “Hipotético”, aqui, não quer significar que o sucesso relatado no enunciado-descritor ainda não aconteceu, mantendo-se no campo do possível, mas comparece como modalidade de relação, correspondendo as categorias de causalidade e dependência, para usar o léxico Kantiano. Por isso, guardam a estrutura de juízo hipotético tanto a norma geral e abstrata como a individual e concreta (CARVALHO, 2010a, p. 29-30).

Dessa forma, no antecedente da norma individual e concreta documentada na demarcação administrativa, temos o fato jurídico indígena, um enunciado protocolar denotativo que foi obtido por intermédio da redução à unidade das classes de notas (conotação) do antecedente da norma geral e abstrata prevista no *caput* do art. 231 e nos parágrafos primeiro e segundo, da CF/88. Com a instauração deste fato indígena – enunciado protocolar denotativo no antecedente na norma individual e concreta – por uma relação de imputação (deôntica), surgirá a relação jurídica na sua integridade constitutiva, criando o vínculo entre os dois sujeitos: o sujeito ativo e o sujeito passivo, em torno de uma prestação submetida ao operador deôntico proibido (CARVALHO, 2010a).

Com base na teoria geral de direito proposta por Paulo de Barros Carvalho, concluímos que há a declaração do fato jurídico indígena, legitimada pelo procedimento e pela linguagem das provas, como uma decorrência do fenômeno de subsunção. Neste fenômeno deôntico, o suporte fático “terras que os índios tradicionalmente ocupam” é localizado num ponto do espaço social e do tempo e incluído nas classes de fatos (conotação) previstas hipoteticamente na norma geral e abstrata do art. 231 *caput* e parágrafo primeiro. Na sequência, surge o chamado fato-efeito, ou seja, a relação jurídica, constituindo o direito subjetivo originário do índio (sujeito ativo) e o dever correlato do não índio (sujeito passivo).

A norma geral e abstrata, que resulta da interpretação dos enunciados do art. 231 *caput*, §§1º, 2º e § 6 da Constituição, prevê em seu consequente também de forma conotativa, mais precisamente no § 6º, as notas da relação jurídica que se instaurará caso haja a subsunção de um suporte fático às notas previstas abstratamente na hipótese. No consequente dessa norma geral e abstrata, ainda não se tem um vínculo, uma efetiva relação jurídica, mas apenas os critérios para determinar esse vínculo. É no enunciado consequente da norma individual e concreta que aparecerá o chamado fato-feito, a relação jurídica, com todas as suas consequências (CARVALHO, 2010a).

Paulo de Barros Carvalho (2010a) denomina de fato-causa o fato jurídico. Em nosso estudo, o fato-causa é o fato indígena, e o fato-efeito é a relação jurídica instaurada entre o índio, sujeito ativo, e o não índio, sujeito passivo imediato, ou seja, aquele que ocupava, tinha posse ou propriedade da terra abrangida pelo fato jurídico indígena. Além disso, ainda há um sujeito passivo mediato, que é toda a sociedade.

Ao fazer a distinção entre o fato jurídico *stricto sensu* e o fato jurídico relacional, Paulo de Barros Carvalho apresenta uma sofisticada construção que influenciará de forma marcante os aspectos declaratório e constitutivo da norma individual e concreta:

O fato jurídico *stricto sensu* se apresenta na forma de enunciado descritivo, declarando um evento que ocorreu no pretérito. Volta-se portanto para o passado, com efeitos nitidamente declaratórios. Já o fato jurídico relacional projeta-se para o futuro, estabelecendo que, a partir da unidade de tempo nele firmada, uma conduta será deonticamente devida por um sujeito perante outro sujeito de direito. Função declarativa, num; função Constitutiva, noutro (CARVALHO, 2010a, p. 203).

Ao trazer esta construção da teoria geral do direito para o objeto de nosso estudo, temos que o fato indígena, como fato jurídico, declara um evento que ocorreu no passado: terras que eram ocupadas pelos índios de forma tradicional no marco temporal de 05 de outubro de 1988, conforme as notas previstas no art. 231 *caput* e parágrafos primeiro e segundo, da Constituição. Adotando este entendimento, o fato jurídico é declarado ou apenas reconhecido no antecedente da norma.

Cumprir fazer um parêntese, entretanto, para registrar que existe divergência histórica e profunda sobre a natureza declaratória ou constitutiva do fato jurídico. Por ora, a despeito de considerarmos mais científica a teoria dos atos de fala, que rejeita qualquer efeito puramente declaratório da linguagem deontica, admitiremos que a natureza do fato jurídico seja declaratória, mesmo porque o que nos importa realmente é a natureza constitutiva do direito subjetivo.

Com efeito, o fato relacional instaurado como decorrência desse fato jurídico e cujas notas estão conotativamente previstas no conseqüente na norma geral e abstrata constitucional (§ 6 do art. 231), este projetará seus efeitos para o futuro. Não se pode olvidar que o direito subjetivo, decorrente desse fato relacional, é um *posterioris* ao fato jurídico, como nos ensina Pontes de Miranda (1970), em seu *Tratado de Direito Privado*, já citado nesta pesquisa.

Nessa ordem de ideias, a obrigação, a conduta devida de desocupação da terra pelo “não índio” que a ocupa, tem posse ou propriedade, bem assim o dever geral de abstenção por

todos, passará a incidir dali para frente. De fato, a função do fato relacional, do qual emana o direito subjetivo e o dever jurídico, é constitutiva, logo seus efeitos projetam para o futuro.

### **11.3 O aspecto semântico da norma individual concreta constitutiva da ocupação tradicional**

A dimensão semântica instituída por Morris (*apud* ARAÚJO, 2014) no estudo da semiótica diz respeito à relação entre os signos e os objetos que os signos denotam. Pierce também tratou dessa relação entre signo e objeto no campo da lógica (PIERCE, 2003). Interessa-nos analisar o caráter semântico da norma individual e concreta que documenta a demarcação, por se tratar de aspecto semiótico fundamental no processo de interpretação, tendo em vista que é no viés semântico que o intérprete preenche o esquema sintático da norma com os valores vigentes no ordenamento jurídico, com a busca do sentido no texto social.

Enquanto o aspecto sintático é formal e homogêneo, o aspecto semântico é dotado de necessária heterogeneidade, pois os conteúdos das unidades normativas são os mais variados possíveis, de modo a cobrirem todos os setores da vida social (ARAÚJO, 2014). Segundo Lourival Vilanova (2003):

A pragmática e a semântica das normas jurídicas são dimensões semióticas mais importantes que a sintaxe. O que exprime no final de tudo, a relação existência do homem com seu mundo circundante, onde as normas são como setas indicadoras da via a seguir: com a certeza que dá a esquematização prévia e típica do que é permitido ou obrigatório fazer, e do que é vedado executar (VILANOVA, 2003, p. 220).

O aspecto semântico da norma individual e concreta documentada na demarcação reside exatamente no ponto em que o intérprete, a partir do conteúdo normativo abstrato que está conotativamente previsto (em notas) no antecedente e no conseqüente da norma geral e abstrata<sup>13</sup>, por intermédio da operação de subsunção, vai pinçar no texto da realidade social os suportes fáticos e, assim, convertê-los em fato jurídico. Neste processo de subsunção, por intermédio da linguagem das provas, há um juízo valorativo na busca do sentido da

---

<sup>13</sup> “O Autor da norma jurídica, ao elaborá-la, construindo enunciados conotativos que venham abrigar tantas ocorrências quanto seja possível surpreendê-las em orações protocolares. De qualquer maneira, vai produzir conceitos: de classes de elementos tidos como hábeis para identificar a situação escolhida. Estará produzindo enunciados conotativos que funcionarão como modelos para orientar, em momentos ulteriores do processo de positividade, a construção dos enunciados protocolares que constituirão os concretos. Observa-se que os fatos jurídicos são construídos por normas individuais e concretas, consoante o modelo dos enunciados conotativos das normas gerais e abstratas” (CARVALHO, 2010. p.148).

legitimação que cristaliza o aspecto semântico. Neste intervalo existente entre o suporte fático e o fato jurídico, o intérprete necessariamente tem de promover um diálogo entre os signos conotativamente previstos no texto do enunciado prescritivo da norma geral e abstrata e o texto da realidade social. Esta intertextualidade se dá pela linguagem das provas.

Voltando ao objeto do nosso estudo, a norma individual e concreta que documenta a demarcação administrativa das terras que os índios tradicionalmente ocupam, vemos que a significação dada ao significado dos signos “ocupar” e “tradicionalmente”, no enunciado prescritivo do art. 231, *caput* e § 1º, vai subsumir os suportes fáticos que estão no texto da realidade social. Mas, há um intervalo entre a significação construída pela interpretação do primeiro texto e o texto da realidade social.

Explico, ao construir a norma geral e abstrata, dando significação ao significado dos signos grafados no texto escrito do art. 231 *caput*, § 1º, da CF, o intérprete – como já dito anteriormente, com base na lição de Gabriel Ivo – vai buscar o texto não escrito da realidade social, no caos em estudo, a cosmogonia do índio, sua visceral relação com a terra. Assim constrói as significações dos significados dos signos “ocupação” e “tradicionalmente” na norma geral e abstrata. Isso, na semiose normativa, foi o aspecto semântico.

No processo de subsunção dessa norma construída ao suporte fático que está no texto da realidade social, haverá um novo desdobramento do aspecto semântico: valorar o suporte fático e conferir se este fato social subsume-se à significação que construiu na norma geral e abstrata. Todavia há um intervalo a ser superado, pois a norma geral e abstrata construída na mente do intérprete está no âmbito do “dever-ser” (deôntico) na linguagem jurídica que é prescritiva, já o suporte fático está na esfera do “ser” do ôntico. No processo de subsunção, consiste justamente em trazer este suporte fático, que reside no mundo do “ser”, para o mundo do “dever-ser”, convertendo-o em fato jurídico. Ao fazê-lo, haverá um novo desdobramento semântico, a valoração do suporte fático pelas provas. No caso que estudamos, isso será feito pela perícia antropológica que verificará se a “ocupação” encontrada na linguagem do texto social subsume-se à “ocupação” do texto da norma geral e abstrata. Havendo a subsunção, o suporte fático “ocupação tradicional” é convertido no fato jurídico ocupação tradicional.

Esse mecanismo, como ensina Autora Tomazine de Carvalho (2010b),

[...] trata-se da atividade de criação de um conceito concreto a partir de um conceito genérico. O aspecto semântico da norma individual e concreta está exatamente nesta atribuição de conteúdo normativo, com a redução das significações gerais e abstratas da hipótese e do conseqüente às unidades significativas da norma individual e concreta (fato jurídico e relação jurídica) (CARVALHO, 2010b, p. 456).

Para analisar a incidência do ponto de vista semântico, voltemos ao esquema da regra matriz de incidência proposto por Paulo de Barros Carvalho, aplicando-o à norma geral e abstrata constitucional que prevê a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. A construção dessa norma geral e abstrata se dá a partir da interpretação dos enunciados previstos no *caput* do art. 231, bem como em seus parágrafos 1º, 2º e 6º e art. 20, inciso XI da CF.

Sabemos que a norma geral e abstrata, sintaticamente, se estrutura em um **antecedente**, em que consta: i) elemento material que consubstancia uma ação ou um estado concreto: **“são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente” ocupam.** ii) Um elemento espacial que alude a um local específico, no enunciado do parágrafo primeiro está o elemento espacial: **“são terras tradicionalmente ocupada pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.** iii) um elemento temporal que se reporta a um tempo no passado: **“terras que tradicionalmente ocupam”.** O verbo no presente indica que o elemento temporal coincidia com a promulgação da constituição, de modo que o Supremo Tribunal Federal fixou o elemento temporal em 05 de outubro de 1988.

No conseqüente da norma geral e abstrata está: iv) **elemento pessoal**, isto é, os sujeitos da relação jurídica. O elemento pessoal está nos enunciados do *caput* do art. 231 e também § 6º. Os sujeitos ativos são dois, pois apesar de a norma constitucional do art. 231, § 2º, destinar a posse permanente das terras tradicionalmente ocupada aos índios, o art. 20, inciso XI, da constituição dispõe que o domínio destas terras é da União. Assim, temos no conseqüente da norma jurídica geral e abstrata previstos de conotativamente dois sujeitos ativos. Os sujeitos passivos da relação jurídica também são dois: um imediato, o “não índio” que ocupa está no domínio ou posse das terras que os índios tradicionalmente ocupam, e outro mediato: toda a coletividade para a qual haverá um dever de abstenção. Por fim, está no conseqüente o elemento prestacional, que se refere a um objeto determinado. Este objeto determinado são as terras que os índios tradicionalmente ocupam. O elemento prestacional consiste na desocupação destas terras, por parte do sujeito passivo imediato, e na abstenção, por parte do sujeito passivo mediato de turbá-las ou esbulhá-las.

Desse modo, a incidência, na perspectiva semiótica da semântica consiste na redução de todos esses critérios da regra-matriz a uma unidade de elementos na norma individual e



concreta, que pode se consubstanciar no procedimento administrativo de demarcação ou na decisão judicial.

Ao examinar a norma individual e concreta documentada no acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, verificamos de forma bastante evidente, no voto do Ministro Carlos Britto, este trabalho de incidência, de redução dos critérios da regra-matriz constitucional à unidade de elementos na norma individual e concreta.

No capítulo do voto intitulado *O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas*, brilhantemente, o Ministro Carlos Britto faz o trabalho de atribuição de conteúdo normativo (semântico) ao elemento temporal previsto na regra matriz constitucional, vejamos **o marco temporal da ocupação**:

Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento aos índios, dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988.

Ainda, na página 336 do julgamento da pet. 3.388/RO, o Ministro Carlos Britto continua procedendo à redução à unidade da classe de notas (conotação) do aspecto temporal da hipótese da regra geral e abstrata: “Mais: cuida-se de terras indígenas ocupadas por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988 conforme demonstração convincente feita pelo laudo e parecer antropológico de fls. 423/548”.

Percebe-se nitidamente neste trecho o papel fundamental da linguagem das provas no reconhecimento do fato jurídico indígena. Ao concretizar o elemento material na tradicionalidade da ocupação, fica evidente o aspecto semântico consistente na busca do conteúdo normativo da norma geral e abstrata. Observemos o **marco da tradicionalidade da ocupação**:

Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre o anímico e psíquico de que viver em determinada terra é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma realidade telúrica: os índios e as terras por eles ocupadas[...].

Ainda na página 336 do julgamento da pet. 3.388/RO, o Ministro procede à redução à unidade da classe de notas (conotação) do aspecto material da tradicionalidade previsto na hipótese da regra geral e abstrata, ao construir o elemento material do fato jurídico na norma individual e concreta, resultante do julgamento. Veja-se:

[...] Terras indígenas contíguas ou lindeiras, ainda que ocupadas, em grande aprte, indistinta ou misturadamente pelas etnias Ingarikó, Makuxi, Tauepang, Patamona e wapichana. Indiferenciação essa, que se evidencia pelos 150m anos sem conflitos armados interétnicos e reforçada pela presença de: a) uma língua franca ou de tronco comum; b) intensas relações de trocas; c) uniões exogâmicas. Mais: cuida-se de terras indígenas ocupadas por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988 [...].

O Ministro Calos Britto, no decorrer do julgamento, explica a seus pares a sua compreensão dos aspectos semânticos da norma geral abstrata constitucional, no percurso de incidência, por intermédio da norma individual e concreta produzida no julgamento do paradigmático caso Raposa Serra do Sol. Veja:

A semântica adotada pela Constituição nos seus artigos 231 e 232 – eu já estou concluindo – é que exige de nossa parte uma interpretação mais refinada, mais requintada, porque foi a semântica dos índios, e não a semântica dos não-índios. Quando a Constituição diz para a ocupação, para a posse, para a produção, reprodução, a semântica “habitação” a ser utilizada pelo intérprete não é a dos não-índios, a tradicional, coloquial; é a dos índios propriamente ditos, porque a Constituição diz o seguinte [...].

Mais a frente, explica que buscava uma semântica diatópica, especialíssima, ao gosto de Boaventura de Souza Santos. Essa fala do Ministro Carlos Britto é bastante reveladora do aspecto semiótico semântico da norma individual concreta, da busca pelo intérprete no contexto social e histórico do conteúdo normativo. É exatamente neste ponto que observamos, de forma evidente, a abertura semântica do subsistema jurídico para o sistema social no percurso de incidência normativa naquele julgamento, estabelecendo uma evidente dialogia entre o texto escrito da Constituição e o contexto histórico e antropológico.

Por fim, as falas dos Ministro Carlos Britto, naquele julgamento histórico, demonstram uma aproximação da Corte com o método do constructivismo lógico semântico.

#### **11.4 O aspecto pragmático da norma individual e concreta da demarcação**

Como assinala Aurora Tomazini de Carvalho (2010b, p. 467): “[...] a incidência, observada pelo ângulo pragmático, resume-se também em duas operações: interpretação e constituição de uma nova linguagem jurídica”.

Nessa linha, mais uma vez vamos dissecar outro trecho do voto do Ministro Carlos Britto, que exemplifica de forma didática o aspecto pragmático da norma individual e concreta documentada na demarcação. Ao operar a incidência do elemento espacial, da norma geral e abstrata, primeiramente constrói a interpretação que deve ser conferida a este elemento na regra matriz constitucional, estabelecendo o chamado **marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional**:

Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio “tradicionalmente”, grafado no *caput* do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de determinada etnia, de par com as terras utilizadas para sua atividade produtiva (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º, do art. 231) [...].

Verifica-se no primeiro momento a interpretação e a atribuição de conteúdo normativo. Já num segundo momento, constatamos a criação de nova linguagem jurídica, ao se construir a norma individual e concreta. O Ministro, na posição de intérprete autêntico, identifica, legitimado pela linguagem das provas, o elemento espacial no suporte fático:

A extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo ressaltar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitantes e clusters (demarcação por ilhas ou tipo queijo suíço). As próprias características geográficas da região contra-indicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmo um contraponto ao generoso querer objetivo da Constituição em matéria de proteção indígenas.

Depreende-se desse trecho do julgamento que o aspecto pragmático está intimamente relacionado ao aspecto semântico, uma vez que redundando também em interpretação, que é a atribuição de conteúdo normativo.

## 12 A TEORIA DAS PROVAS NA CONSTITUIÇÃO DO FATO JURÍDICO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL

Fabiana Del Padre Tomé (2012, p. 344), em seu artigo, *Teoria do Fato Jurídico e Importância das Provas*, sintetiza de forma lapidar a relevância da linguagem das provas na constituição do fato jurídico: “Apenas se relatado o fato e presente as provas em direito admitidas que venham a confirmá-lo, ter-se-á por ocorrido o fato jurídico”.

Dessa afirmação, infere-se primeiramente que eventos não são confirmados por provas, tendo em vista que ainda não foram constituídos em linguagem; logo, o objeto das provas são os fatos, ou seja, eventos que já foram relatados pela linguagem social. Em segundo lugar, as provas, como mecanismo de legitimação do texto jurídico, têm procedimento previamente estabelecido. Em terceiro lugar, a prova é um signo cujo texto confirmará o texto do fato, de modo que há uma dialogia entre o texto da prova e o texto do fato; e, por fim, é a linguagem do texto da prova, em diálogo com a linguagem do texto do fato, que constituirá o fato jurídico no antecedente da norma individual e concreta.

Vê-se que a prova não tem como objetivo aferir uma verdade por correspondência entre o “fato da prova” e o “evento” ocorrido do mundo fenomênico, isso seria impossível. Há um diálogo entre textos, uma vez que a atividade probatória só é possível ocorrer no nível da linguagem.

Ao tratar do enquadramento do fato à norma no fenômeno de incidência tributária em sua obra, *A prova no Direito Tributário*, Fabiana Del Padre Tomé (2012) pontua:

A fundamentação das normas individuais e concretas na linguagem das provas decorre da necessária observância aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade tributária, limites objetivos que buscam implementar o sobreprincípio da segurança jurídica, garantindo que os indivíduos estarão sujeitos à tributação somente se for praticado o fato conotativamente descrito na hipótese normativa tributária (TOMÉ, 2012, p. 33).

Esta fala de Fabiana Del Padre Tomé (2012) tem profundo impacto no tema objeto de nossa pesquisa. Embora o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam seja um direito originário, como já dito, a demarcação é a norma individual e concreta que vai declarar em seu antecedente o fato jurídico da ocupação tradicional e constituir no conseqüente a relação jurídica. Posteriormente ao reconhecimento do fato jurídico, são constituídos, no conseqüente da norma, o direito subjetivo dos índios e o dever jurídico de abstenção dos não índios de desocupar as terras e de se abster de turbá-las ou esbulhá-las. A constituição do

direito subjetivo dos índios implica grave restrição aos direitos de propriedades dos não índios, ponto que será esquadrihado no próximo tópico. Havendo uma restrição ao direito de propriedade do não índio, a produção da prova para o reconhecimento do fato jurídico “ocupação tradicional pelos índios” deve ser feita em estrita obediência aos princípios da legalidade e do contraditório, como uma forma de garantir o sobreprincípio da segurança jurídica.

Como uma decorrência da segurança jurídica, o enunciado do parágrafo primeiro do art. 231 estabelece o objeto da prova a ser produzida. Veja-se:

§ 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.

Trata-se de prova cujo objeto é bastante complexo. Para que as terras sejam consideradas tradicionalmente ocupadas pelos índios, a prova deve afirmar os seguintes requisitos cumulativos: a) habitadas em caráter permanente. Não basta a comprovação do ato de habitar. Esta habitação deve ser em caráter permanente. Mas o que é caráter permanente, se considerarmos que alguns índios são nômades e que vagam de acordo com o fluxo e refluxo das águas, por exemplo? O adjetivo “permanente” no dicionário Antonio Houaiss (2001, p. 2192) apresenta enquadramento em sete campos semânticos diferentes. No campo que nos interessa consta: “1. Que permanece no tempo; duradouro, estável 1.1 que é definitivo (decisão p.) 2. Que ocorre com Constância ou frequência (dor p.) 3. Que tem estabilidade; que possui uma organização estável (comissão p.)” .

No procedimento probatório se estabelecerá um diálogo entre a significação do significado do signo “permanente” com o texto do fato social “terras habitadas em caráter permanente pelos índios”. Esse diálogo será expresso em um terceiro texto: a prova. Esta prova não pode ser qualquer uma, mas a prova pericial antropológica que é apropriada para compreensão do adjetivo “permanente” na mundividência do índio.

Mas há mais fato social a ser comprovado: utilizados para as suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais, necessários a seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Veja-se que são vários fatos sociais sobre os quais incidirão a prova para o reconhecimento do fato jurídico, que figurará no antecedente da norma individual e concreta.

Fábiana Del Padre Tomé (2012) nos identifica três categorias de fatos ao dissecar a linguagem das provas no estudo do fato jurídico: “i) o fato relatado/alegado; ii) a prova; e iii) o fato considerado ocorrido. Todos eles são fatos jurídicos.”

Na sequência, estabelece critérios científicos para a distinção destes fatos, fazendo um paralelo entre os conceitos de “norma jurídica em sentido amplo e norma jurídica em sentido estrito” com o “fato jurídico em sentido amplo e fato jurídico em sentido estrito”. Nessa linha, assim como norma jurídica em sentido amplo abrange enunciados prescritivos, cujas significações se prestam, para articuladas entre si, comporem a significação completa da norma jurídica em sentido estrito, e que se consideradas de forma isolada não apresentam um sentido completo; o fato jurídico em sentido amplo remete a cada um dos enunciados fáticos (relatos de eventos), mas não são suficientes ainda para desencadear uma relação jurídica. Já o fato jurídico em sentido estrito é o fato jurídico completo posto no antecedente na norma individual e concreta.

Trazendo estes conceitos para nosso estudo, temos que o fato jurídico “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, em uma demarcação administrativa ou em uma ação judicial, precisa primeiramente afirmar um fato “F” (fato alegado) e, posteriormente, prová-lo. Ensina-nos Fabiana Del Padre Tomé (2014), com base em Carnelutti, que:

A dinâmica probatória exige que, primeiramente, se afirme o fato, para, depois, demonstrá-lo com o emprego de provas. Tal afirmação é veiculada, por exemplo, na petição inicial e na contestação, no auto de infração administrativo e na respectiva defesa, que constituem a base para a produção probatória, realidade jurídica sobre a qual o julgador se orientará para expedir a norma individual e concreta resolutive do conflito de interesses.

Ao discorrermos sobre o objeto da prova, evidenciamos tratar-se, sempre, de um fato (TOMÉ, 2014, p. 345-346).

Nessa ótica, a autora explica que tanto o fato alegado quanto a prova são enunciados que configuram fatos jurídicos em sentido amplo. Já são um **fato** tendo em vista que relatam um evento pretérito; são considerados jurídicos porque estão disciplinados dentro do sistema de direito; são fatos **jurídicos em sentido amplo**, tendo em vista que ainda são elementos que se conjugarão para a constituição do fato jurídico em sentido estrito, aquele que consta no antecedente da norma (TOMÉ, 2014).

Assim, por exemplo, ao se desencadear o procedimento administrativo de demarcação, há um fato relatado no Decreto que determina os estudos antropológicos, este é um fato jurídico em sentido amplo. A prova pericial antropológica, cujo objeto é aquele primeiro fato jurídico em sentido amplo, materializada na linguagem competente em vários enunciados

probatórios, que se articulam entre si, demonstrará o fato jurídico em sentido estrito “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Os enunciados probatórios que configuram o fato jurídico em sentido amplo referente à prova dizem respeito aos requisitos cumulativos previstos no § 1º. do art. 231. Na perspectiva proposta por Fabiana Del Padre Tomé, a prova é um *metafato*, ou seja, um fato jurídico em sentido amplo que se refere a outro fato jurídico em sentido amplo, o fato relatado. A prova é, pois, um signo representativo do fato alegado, este, por sua vez, é também um signo representativo do fato social. Depreende-se, portanto, que toda dinâmica está circunscrita no universo da linguagem, de modo que não há como cogitar de uma verdade por correspondência dentro do sistema probatório.

Com efeito, a verdade na linguagem das provas é construída a partir da intertextualidade entre a linguagem jurídica e o contexto social, uma verdade construída pelas técnicas de legitimação mencionadas por Tácio Lacerda Gama (2009).

### 13 OS EFEITOS CONSTITUTIVOS DA NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA DOCUMENTADA NA DEMARCAÇÃO

Na esteira da teoria proposta pelo eminente professor Paulo de Barros Carvalho (2010a), temos que a norma geral e abstrata que se constrói a partir da interpretação dos enunciados prescritivos do art. 231 *caput*, §§ 1º e 6º e art. 20 IX, todos da constituição, só alcançará a realidade social, cumprindo sua finalidade constitucional, ou seja, efetivando a decisão tomada pelo Poder Constituinte, se houver a edição da norma individual e concreta, consubstanciada na demarcação administrativa ou judicial.

Como nos alerta Paulo de Barros Carvalho (2010a, p. 293), “Uma ordem jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais”.

A necessidade da edição desta norma individual e concreta, por conseguinte, é inequívoca, para o processo de positivação da norma constitucional. É a norma individual e concreta da demarcação, mediante a linguagem das provas, que “constituirá” o direito subjetivo originário do índio à posse das terras que tradicionalmente ocupa, sendo que este direito é uma decorrência lógica do fato jurídico da ocupação tradicional.

Tendo em vista que nossa pesquisa se desenvolve a partir de um juízo analógico estabelecido entre a norma individual e concreta documentada na demarcação com a norma individual e concreta documentada no lançamento tributário, uma vez que ambas são normas que restringem o direito de propriedade, vale trazer à reflexão, neste ponto do nosso estudo, o antigo debate existente sobre natureza declaratória ou constitutiva do lançamento tributário. A tese declarativista ganhou terreno fértil nas correntes marcadamente ontológicas do direito, mas tal entendimento não subsiste, se for analisado à luz da teoria da linguagem. Isso foi o que fez Paulo de Barros Carvalho (2010a). Vejamos:

Meditemos sobre a construção desse segmento de linguagem. Seu conteúdo semântico será o relato de um evento do passado, devidamente caracterizado no tempo e no espaço. Dizendo de outro modo, o enunciado de que tratamos declara ter ocorrido uma alteração no plano físico-social. Nesse sentido, vale dizer que o fato jurídico tributário tem caráter declaratório. Aí está o motivo pelo qual se aplica ao fato a legislação em vigor no momento em que o evento ocorreu. Entretanto, não podemos esquecer que o relato do acontecimento pretérito é exatamente o modo como se constitui o fato, como essa entidade aparece e é recebida no recinto do direito, o que nos autoriza a proclamá-lo como constitutivo do evento que, sem esse relato, quedaria à margem do universo jurídico. Por outros torneios, o enunciado projeta-se para o passado, recolhe o evento e, ao descrevê-lo, constitui-se como fato jurídico tributário. Retenhamos esses dois aspectos: o enunciado do antecedente da



norma individual e concreta que analisamos se constitui como fato ao se reportar ao passado (CARVALHO, 2010a, p. 313).

Ao aplicarmos a lição do eminente mestre ao estudo da norma individual e concreta da demarcação de terras indígenas, constatamos que a dinâmica é a mesma. Antes da demarcação, temos um relato na linguagem do sistema social noticiando que, em determinadas coordenadas de tempo e espaço, há uma comunidade de índios que habitam em caráter permanente determinadas terras, o que lhes confere, nos termos da norma geral e abstrata, um direito subjetivo de posse de natureza originária sobre essas terras.

Diante desse relato, cabe à autoridade competente expedir o Decreto que determina a realização do procedimento de demarcação administrativa. Este procedimento tem como objeto o fato social relatado, para se confirmar, mediante a linguagem das provas, se o fato relatado atende aos requisitos cumulativos do enunciado prescritivo do § 1º, do art. 231, da CF/88.

Havendo a subsunção do “suporte fático” (fato social relatado) à norma geral e abstrata, eis que se constitui o fato jurídico no antecedente da norma individual e concreta da demarcação. Vê-se, portanto, na esteira da lição do professor Paulo de Barros Carvalho, que este fato jurídico, no antecedente da norma individual e concreta da demarcação, reporta-se a um evento (ocorrência) pretérito. Daí se é inevitável concluir que o fato jurídico “ocupação tradicional de terras pelos índios”, que existia como um mero fato social (suporte fático), foi constituído em fato jurídico pela linguagem das provas dentro do procedimento de demarcação.

Haverá quem questione, mas a Constituição fala em reconhecimento de um direito originário. Realmente, trata-se do reconhecimento de um direito originário, mas esse direito só será reconhecido se forem atendidos os requisitos do § 1º do art. 231, da CF/88. Antes da demarcação, haveria a possibilidade de individuar as terras sobre as quais os índios têm seu direito originário? A resposta é não, por óbvio. Assim, o fato jurídico indígena da ocupação tradicional de terras, nos moldes do § 1º, do art. 231, da CF, é, em verdade, constituído pela linguagem das provas dentro do procedimento legal previamente estabelecido, para atender ao supraprincípio da segurança jurídica.

Entretanto, a questão ainda é mais profunda, se o fato jurídico que está no antecedente da norma individual e concreta da demarcação foi declarado ou constituído, isso ainda não é o ponto fundamental para estabelecer se a demarcação tem natureza declaratória ou constitutiva. Com efeito, é a análise do conseqüente da norma que nos dirá sobre a sua natureza. Advertimos Paulo de Barros Carvalho:

Passemos sem demora ao conseqüente da mesma regra individual e concreta. Diferentemente do fato, que recua no tempo para surpreender o evento, o enunciado relacional institui uma relação jurídica de cunho patrimonial, perfeitamente individualizada quanto aos termos-sujeitos (ativo e passivo) e quanto à conduta-prestação, que é seu objeto. Temos aqui outro enunciado de índole relacional, que se arma para o futuro, que se programa para frente, constituindo, no hemisfério jurídico, um direito subjetivo e um dever jurídico que, até então, inexistiam (CARVALHO, 2010a, p.313).

Nesse sentido, no conseqüente da norma individual e concreta da demarcação está a relação jurídica decorrente do fato jurídico. No conseqüente da norma individual e concreta da demarcação estão individualizados o objeto da relação jurídica, os sujeitos ativos titulares do direito subjetivo originário, bem como o sujeito passivo titular do dever jurídico. Esta relação jurídica, como nos ensina Paulo de Barros Carvalho, volta-se para o futuro. Esta fala é corroborada pelo magistério de Pontes de Miranda (1970), quando afirma: “Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*” (MIRANDA, 1970, p. 5).

Ora, se os direitos subjetivos e todos os seus efeitos são eficácia do ato jurídico, é lógico concluir que o fato jurídico constituiu o direito subjetivo, de modo que, mesmo se adotando a teoria declarativista do fato jurídico, isso não é óbice para concluir que a norma individual e concreta documentada na demarcação de terras indígenas, seja administrativa, seja judicial, tem natureza eminentemente constitutiva do direito subjetivo.

Assim, é com advento da norma individual e concreta da demarcação administrativa ou judicial que se declara, como a corrente predominante entende, o fato jurídico da ocupação tradicional das terras pelos índios e, como consequência lógica, por imputação deôntica, é constituído no conseqüente dessa norma individual e concreta o direito subjetivo originário à posse dessas terras. Ressalte-se que o signo “originário” não tem significação temporal, como nos ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., pois repousa na fonte no *habitat* natural do índio.

Nessa ordem de ideias, o direito originário dos índios à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam, constituído pelo fato jurídico indígena que figura no antecedente da norma individual e concreta da demarcação, projeta-se para o futuro, seus efeitos são *ex nunc*.

## **14 A MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA QUE CONSTITUI A DEMARCAÇÃO, À LUZ DO ART. 231 §§ 1º E 6º INCISO XI DO ART. 20 DA CF.**

Como se depreende de toda bibliografia até aqui pesquisada, mormente dos ensinamentos de Lourival Vilanova (2003) e de Paulo de Barros Carvalho (2010a), o percurso de positivação das normas jurídicas segue uma trajetória lógica que vai da abstração da norma geral e abstrata para tocar a realidade social por intermédio das normas individuais e concretas ou gerais e concretas.

As relações jurídicas estão sempre no conseqüente das normas. Na norma geral e abstrata, temos no conseqüente a indicação de classes com as notas (conotação) que uma relação necessita para ser considerada uma relação jurídica, ou seja, temos, no conseqüente da norma geral e abstrata, os enunciados conotativos. Aqui ainda não se tem um vínculo, mas apenas os critérios conotativos para tornar esse vínculo determinável (CARVALHO, 2010a).

Na norma geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados prescritivos do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º e 6º e art. 20, XI, podemos localizar no seu conseqüente os enunciados dos §§ 2º e 6º do art. 231 e do inciso XI do art. 20 da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Art. 20. São bens da União:

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Nas classes de notas referentes ao elemento subjetivo, o enunciado prevê em linguagem conotativa: a) **sujeitos ativos:** O índio – titular do direito subjetivo originário à posse permanente (§2º do art. 231, da CF/88) – e a União, titular do domínio (XI do art. 20, da CF/88); b) **sujeitos passivos:** como sujeito passivo imediato, a norma prevê pessoas que eventualmente venham ocupar, apossar ou pretender exercer direitos de propriedade sobre as referidas terras (§6º do art. 231 da CF/88), já na posição de sujeitos passivos mediatos, o enunciado coloca todas as pessoas, pois sobre todos recai o dever jurídico de abstenção de turbar ou esbulhar as terras, objeto da prestação.

A classe de notas referente ao elemento prestacional está nos parágrafos segundo e sexto do art. 231 da CF. Este elemento trata diretamente da conduta modalizada proibida. Aqui o comportamento devido ainda está em estado de determinabilidade, de modo que terá também que especificar a conduta que satisfará o direito subjetivo (CARVALHO, 2010a).

A modalização da conduta está no § 6º do art. 231, da CF/88, donde o intérprete infere a proibição de “ocupação, de exercício de domínio ou de posse” das terras sobre as quais os índios têm o direito subjetivo originário à posse permanente.

Havendo a incidência da norma geral e abstrata, por intermédio da norma individual e concreta, a relação jurídica, que era determinável e descrita em classe de notas, será agora determinada como uma “relação fato”, no consequente da norma individual e concreta documentada na demarcação. Essa relação jurídica nasce, ou seja, é constituída a partir do fato jurídico, que, na feliz expressão do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, denomina-se de fato indígena. Em outras palavras, a relação jurídica, em que figura o direito subjetivo originário dos índios à posse permanente, é uma eficácia natural do fato indígena. Sem o fato jurídico não há direito subjetivo, ainda que originário, sendo que isto ocorre devido à própria estrutura sintática da norma individual e concreta, que é composta por um antecedente e um consequente. No antecedente, está o fato jurídico, e, no consequente, o chamado “fato relacional”, que irrompe a relação jurídica e, por conseguinte, faz nascer o direito subjetivo. Entre o antecedente e o consequente, há uma relação de imputação deontica, ou seja, implicacional, que é própria da sintaxe intranormativa (CARVALHO, 2010a).

Nesta ordem de ideias, nunca é demais repisar que antes da norma individual e concreta documentada na demarcação, a ocupação tradicional da terra pelos índios não é um fato jurídico; logo, não há de se falar em direito subjetivo originário à posse da terra, pois a relação jurídica, no seio da qual nasce este direito subjetivo originário, não está constituída ainda.

Veja-se, neste particular, a preciosa lição do insigne mestre pernambucano, Lourival Vilanova, ao tratar da personalidade jurídica:

Nenhuma pessoa, nenhum ente individual ou coletivo, é sujeito-de-direito como um mero fato da natureza, que se recolha numa proposição descritiva. Uma coisa é o fato antropológico de ser homem, ou o de ser pessoa (em sentido psicológico); outra, o ser sujeito de direito. A construção do conceito de sujeito-de-direito é: dado o fato da existência individual do homem ou de uma coletividade que preencha certos requisitos, deve ser a personalidade de direito (VILANOVA, 2003, 182).

Trançando um paralelo, se o próprio direito subjetivo do ser humano à personalidade jurídica, ressalvados os direitos do nascituro, surge com a norma individual e concreta documentada no registro de nascimento, sendo que, antes desta norma, sua existência é mero fenômeno antropológico e psíquico, o que se dirá do direito subjetivo originário do índio à posse das terras que tradicionalmente ocupa? Por óbvio, antes na norma individual e concreta documentada na demarcação, esta relação do índio com a terra é fenômeno meramente antropológico e psíquico, mas não é ainda um direito subjetivo.

Assim, o ato de se predicar esse direito dos índios de originário e até congênito não tem, por si só, o condão de fulminar outras relações jurídicas anteriores sobre as terras que venham a ser reconhecidas como ocupação tradicional.

Os efeitos da relação jurídica constituída no consequente da norma individual e concreta que documenta a demarcação de terras indígenas se voltam para o futuro. Assim, quando o enunciado do § 6º, do art. 231 da Constituição prevê a nulidade e extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse das terras de que trata o *caput* do art. 231, da CF, estes eventos alcançados pela sanção de nulidade são aqueles que são suscetíveis de ocorrer, doravante, após a incidência da norma geral e abstrata constitucional por intermédio da individual e concreta documentada na demarcação.

Com efeito, esta sanção de nulidade e de extinção de atos que tenham por ocupação, domínio e a posse das terras a que se referem o art. 231 *caput* da CF/88 só passará a incidir a partir do momento que for constituído, no consequente da norma individual e concreta documentada na demarcação, o direito subjetivo originário dos índios à posse permanente das terras que forem reconhecidas como objeto de ocupação tradicional, nos termos do §1º, do art. 231 da Constituição Federal.

As relações jurídicas pretéritas instauradas entre “não índios”, constituídas antes do advento da norma individual e concreta documentada na demarcação administrativa ou

judicial – que constituiu, em seu consequente, o direito subjetivo originário dos índios – não são abrangidas pela regra do § 6º, do art. 231 da Constituição.

O enunciado prescritivo do § 6º, do art. 231 localizado no consequente da norma geral e abstrata traz os critérios conotativos da, já mencionada, “relação-fato”, que se instaurará no consequente da norma individual e concreta documentada na demarcação que constitui a relação jurídica e, por conseguinte, o direito subjetivo originário dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam, de modo que este enunciado prescritivo, por um imperativo lógico-sintático, projeta-se para regular condutas futuras, e não para alcançar relações jurídicas pretéritas, estas estão fora de sua dimensão temporal de incidência. Antes da existência do fato jurídico, denominado de fato indígena, não há direito subjetivo constituído, se não há direito subjetivo, não há dever jurídico. Assim, se inexistente dever jurídico constituído, não há como se cogitar de violação a direito subjetivo com a incidência da sanção de nulidade prevista no enunciado do §6º, do art. 231, da CF/88.

Por consequência, a vedação de indenização expressa no enunciado prescritivo do § 6º, do art. 231 também se projeta para o futuro, de modo que a vedação de indenização do valor da terra é para quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo 231 da CF/88, a partir do nascimento do direito subjetivo originário dos índios à posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam.

Não se pode olvidar que as relações jurídicas anteriores à demarcação também foram constituídas por normas jurídicas individuais e concretas válidas: contratos de compra e venda, herança, usucapião e sob a chancela do Estado. A validade da norma, como nos ensina Paulo de Barros Carvalho (2010a), não é um predicado monádico, como um atributo ou propriedade que qualifica a norma. A validade decorre de um vínculo que se estabelece entre a norma e o sistema do direito posto: “ser norma é pertencer ao sistema”.

Ora, não há como negar que estas normas individuais e concretas que constituíram as relações jurídicas de propriedade anteriores à demarcação eram válidas. Por óbvio, elas mantiveram sua relação de pertinência com o sistema dentro da normalidade, por décadas e até séculos. Se, antes da demarcação, a ocupação tradicional era mero evento antropológico e psíquico, se o direito subjetivo originário à posse permanente pelo índio foi constituído no consequente da norma individual e concreta documentada pela demarcação, as relações jurídicas constituídas anteriormente estavam no consequente de outras normas individuais e concretas válidas, e que não podem ser eliminadas do sistema como num passe de mágica. O sistema jurídico apresenta uma estrutura sintática homogênea que o qualifica como sistema normativo; logo, o ingresso e retirada de normas obedecem a uma lógica própria.

Sabemos que uma norma jurídica só pode sair do sistema por força de outra, essa regra aplica-se também às normas individuais e concretas, pois estas também podem ser revogadas (MOUSSALLEM, 2005). A norma jurídica individual e concreta anterior à demarcação, que traz em seu consequente o direito subjetivo de propriedade do “não índio”, só vai ter sua validade interrompida pela norma individual e concreta que documenta a demarcação. Entretanto, até então, a norma revogada era válida e não há como ignorar os seus efeitos jurídicos, sob pena de se desconstruir o supraprincípio da segurança jurídica.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr (2012):

Revogar significa retirar a validade por meio de outra norma. A norma revogada não vale mais, não faz mais parte do sistema. Não fazendo mais parte, deixa de ser vigente. Revogar é, pois, fazer cessar interrompendo, definitivamente, o curso de sua vigência. Contudo, revogar não significa, necessariamente, eliminar totalmente a eficácia [...] (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 171).

Já Paulo de Barros Carvalho (2010a) defende que a revogação atinge a vigência num primeiro momento e, só ao final, retira a validade da norma revogada. Veja-se:

Poder-se-ia concluir, diante do exposto, que a ab-rogação tolheria apenas a vigência, comprometendo-a para situações futuras, já que a regra de direito permaneceria em vigor com relação aos fatos passados. Compreendido o fenômeno desse modo, a ab-rogação não tocaria a validade, que ficaria intacta. Entretanto, sempre que a norma jurídica seja ab-rogada, sem ter adquirido vigência, ou quando a vigência foi extinta após o intervalo de tempo que impeça sua aplicação, nestes casos a ab-rogação opera diretamente sobre a validade, agora sim, expulsando-a do sistema (CARVALHO, 2010a, p. 98).

Tárek Moysés Moussallem (2005, p. 232) sustenta, em sua obra, *Revogação em Matéria Tributária* que “[...] o enunciado objeto do ato de fala revogador tem, num primeiro momento, apenas sua aplicação retirada para os casos futuros. Isso não envolve expeli-los do sistema. Continua válido, vigente e aplicável aos fatos ocorridos sob seu intervalo de subsunção”.

Verifica-se que pairam discussões sobre os efeitos da revogação. Há corrente que defende que atinge a validade, outras no sentido de atingir a vigência ou mesmo a aplicação, mas todas são uníssonas no sentido de que a revogação opera efeitos *ex nunc*.

Dessa forma, embora a norma individual e concreta que documenta a demarcação tenha o efeito imediato de revogar de forma tácita as normas individuais e concretas que constituíram as relações jurídicas de propriedade anteriores, não traz disciplina sobre a regulação para a extinção dessas relações jurídicas advindas das normas individuais e

concretas revogadas, uma vez que não se dispõe sobre os efeitos patrimoniais da desconstituição dessas relações jurídicas pretéritas.

É fundamental ressaltar que, na demarcação das terras indígenas, temos dois momentos com regimes jurídicos diferentes: i) a disciplina das relações jurídicas advindas das normas individuais e concretas (contratos de compra venda, herança, usucapião) erigidas antes da demarcação por “não índios”; ii) a disciplina das relações jurídicas entre “índios” e “não índios” após a constituição do direito subjetivo originário dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam (§6º. do art. 231, da CF/88).

A primeira situação é regida pelo regime jurídico da revogação, já o segundo momento é disciplinado pelo instituto da anulação. Dessa forma, é fundamental a exata compreensão da diferença entre a natureza jurídica dos dois institutos.

Neste particular, é extremamente elucidativa a lição de Tárek Moysés Moussallem (2005):

Mas não se deve confundir revogação e anulação, muito embora ambas sejam elementos centrais na dinâmica normativa.

A anulação é a forma do direito positivo controlar o produto da enunciação. Como acima dito, o direito positivo não regula sua criação, mas, sim, controla a regularidade das normas produzidas. Tais atos de controle encontram-se esparsos pelo sistema normativo.

Por sua vez, a revogação não visa ao controle da regularidade das normas produzidas, mas apenas a mudança de regulamentação de determinada conduta (mesmo que seja para o permitido negativamente), sem que ingresse no âmbito de enunciação ter ocorrido conforme ou não as regras de produção normativa.

Josep Aguiló resume brilhantemente a diferença entre anulação e revogação:

“A derrogação de norma cumpre a função de permitir a mudança regular do sistema jurídico (é resultado de uma mudança regular da vontade normativa); em geral, produz o efeito de limitar no tempo a aplicação das normas derogadas, e é levada a cabo pela autoridade editora de normas. A declaração de nulidade, pelo contrário, cumpre a função de impedir as mudanças regulares do sistema (é resultado de preservar uma determinada vontade normativa); em geral, produz efeitos de excluir totalmente a aplicabilidade das normas declaradas nulas, e é levada a cabo pela autoridade aplicadora do direito (MOUSSALLEM, 2005, p. 232-233).

Na esteira, veja-se que as normas individuais e concretas, cujo objeto é o direito de propriedade dos “não índios”, erigidas anteriormente às demarcações, são revogadas pela norma concreta que documenta a demarcação, trata-se de uma regular mudança normativa, de modo que os efeitos da revogação são *ex nunc*, preservando-se a segurança jurídica.

Já após a constituição do direito subjetivo originário dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam pela norma individual e concreta documentada na demarcação, esta norma já traz uma sanção de nulidade que visa a garantir sua própria regularidade, que visa a



preservar e fortalecer sua própria vontade normativa. Portanto, são regimes jurídicos totalmente diversos.

As relações jurídicas pretéritas referentes ao exercício dos direitos de propriedade, posse e ocupação constituídos sobre as terras, que venham a ser reconhecidas como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, devem ser desconstituídas, em estrita observância ao sobreprincípio da segurança jurídica e seus consectários constitucionais, de modo que o intérprete deverá buscar a solução na regra geral de proteção do direito de propriedade prevista no art. 5º, incisos XXII e XXIV.

## 15 A HARMONIZAÇÃO DO ART. 231 CAPUT, §§§ 1º, 2º E 6º O ART. 5º INCISOS XXII, XXIII E XXIV, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Não se pode olvidar que entre os princípios instrumentais de interpretação das normas constitucionais está o princípio da unidade da Constituição, que impõe uma interpretação sistemática e harmônica das normas constitucionais.

Luís Roberto Barroso (2009), ao discorrer sobre o princípio da Unidade, ensina-nos:

O problema maior associado ao princípio da unidade não diz respeito aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a constituição, mas sim às tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição. De fato, a Constituição é um documento dialético, fruto do debate da composição política. Como consequência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos. [...] Direitos fundamentais interferem entre si, por vezes em casos extremos, como ocorre no choque entre liberdade religiosa e direito à vida ou na hipótese de recusa de certos tratamentos médicos [...] (BARROSO, 2009, p. 302).

Barroso ressalta que, apesar de existirem normas de elevado *status* axiológico, inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, e que, na harmonização de normas contrapostas, o intérprete deve buscar a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível cada um (BARROSO, 2009).

Nessa linha, a interpretação do regramento da desconstituição das relações jurídicas pretéritas, em razão da constituição do direito subjetivo originário dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam, deve ser feita buscando a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados pela Constituição, isto é, o direito de propriedade e a função social da propriedade, previstos nos enunciados dos art. 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição Federal. A própria Constituição prevê no enunciado do inciso XXIV do art. 5º o instituto da desapropriação como um instrumento harmonizador do direito de propriedade e do interesse público, em sua mitigação em favor da função social.

Assim, o regramento constitucional das tensões entre o direito subjetivo originário dos índios à posse permanente de suas terras e o direito de propriedade dos “não índios” está dividido em dois momentos bem distintos, cujo limite é a norma individual e concreta da demarcação, que reconhece o fato jurídico da ocupação tradicional e constitui o direito subjetivo originário a posse pelos índios.

A regra do § 6º do art. 231 da CF, como enunciado prescritivo do consequente da norma individual e concreta, que constituirá o direito subjetivo originário dos índios, só se

aplica às relações jurídicas posteriores ao fato jurídico reconhecido no antecedente desta mesma norma.

As relações jurídicas constituídas antes do advento da norma individual e concreta documentada na demarcação, por uma questão lógico-sintática, não são alcançadas pelo enunciado do § 6º, do art. 231, da CF. A desconstituição dessas relações jurídicas pretéritas, que se fundam no direito de propriedade, deve ser feita de acordo com as normas previstas no ordenamento jurídico vigente. Como já ressaltamos, o direito de propriedade pode e deve ser restringido para dar efetividade à função social da propriedade, mediante desapropriação.

Ora, se o procedimento legítimo de harmonização do direito de propriedade com outros interesses decorrentes da função social da propriedade é a desapropriação, por que, nas hipóteses de reconhecimento do fato jurídico da ocupação tradicional com a constituição do direito subjetivo originário dos índios à posse permanente, não se aplica o mesmo procedimento?

A interpretação corrente no sentido de que o §6º, do art. 231 da CF anularia todas as normas jurídicas individuais e concretas anteriores, cujos sujeitos ativos são “não índios”, fulminado-as *ab ovo*, sem qualquer indenização pelo valor da terra, mas apenas pelas benfeitorias, além de insustentável do ponto de vista lógico-sintático, por todos os motivos já expostos, ainda fere a Constituição, ao configurar verdadeira hipótese de confisco. O confisco, como resalta Jean Marcos Ferreira, em sua obra, *Confisco e Perda de Bens no Direito Brasileiro*, foi eliminado de nosso ordenamento ainda pela Constituição de 1824 e também pela Constituição de 1988, uma vez que, vedadas as penas de banimento e morte (exceto nos casos de guerra declarada), o confisco foi também abolido, tendo em vista que sempre foi penalidade acessória das penas de morte e banimento.<sup>14</sup>

Veja-se que a penalidade de confisco é tão gravosa que, historicamente, era aplicada apenas em casos extremos de condenação à morte e ao banimento. Regina Helena Costa (2013), ao tratar da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco, assevera:

O confisco, em definição singela há muito por nós proposta, é a absorção total ou substancial da propriedade privada, pelo Poder Público, sem a correspondente indenização. Em nosso ordenamento jurídico, diante da grande proteção conferida ao direito de propriedade, o confisco é, portanto, medida de caráter sancionatório, sendo admitida apenas excepcionalmente (COSTA, 2013, p.94).

---

<sup>14</sup> Ferreira, Jean Marcos. *Confisco e Perda de Bens no Direito Brasileiro*. Campo Grande-MS. 2000. Ed. Campo Grande. P.181

O enunciado do art. 243 da Constituição prevê, a título de penalidade, expropriação sem indenização de terras onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Fora dos casos previamente estabelecidos no ordenamento jurídico a absorção total ou substância da propriedade pelo Estado é inadmissível, uma vez que, por se tratar de medida sancionatória, está adstrita ao princípio da legalidade estrita.

Nessa linha, em virtude do princípio hermenêutico da unidade constitucional, a concordância prática entre o direito subjetivo originário dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam com o direito subjetivo de propriedade dos “não índios” sobre essas terras deve ser construída pela interpretação sistemática dos enunciados do art. 5º, incisos XXIII e XXIV da Constituição, ou seja, pelo procedimento de desapropriação com o pagamento da justa indenização.

## CONCLUSÃO

O mundo que nos circunda é construído pela linguagem, pois o universo que a nossa consciência apreende e manifesta está circunscrito aos limites da linguagem. Quanto mais linguagem o ser humano produz mais amplia sua percepção do mundo. O mundo que percebemos pela nossa consciência é construído e reconstruído todos os dias pela linguagem, por novas linguagens. Por exemplo, o mundo da rede mundial de computadores, já tão incorporado a nossa cultura, foi eminentemente criado pela linguagem.

O direito, mais que qualquer outra ciência, usando a feliz expressão de Gabriel Ivo (2014), não pode fugir do cerco da linguagem, na medida em que a contém como parte de seu ser.

A norma vista como fenômeno linguístico, compreendida a partir dos três aspectos da semiose: sintático, semântico e pragmático, corrobora a teoria de Luhmann, no sentido de que o sistema jurídico é um sistema autorreferencial, que opera funcionalmente fechado e semanticamente aberto para os demais subsistemas sociais.

A compreensão da norma como fenômeno linguístico, na esteira da doutrina de Lourival Vilanova (2003), a noção do caráter autopoético do sistema jurídico, como propõe Luhmann, robustece a consistência científica da teoria da incidência da norma, proposta por Paulo de Barros Carvalho (2010a).

A incidência da norma geral e abstrata a partir da norma individual e concreta, construída por Paulo de Barros Carvalho com base filosófica na teoria da linguagem, descortina uma visão hermenêutica mais ampla e precisa da *Teoria Geral do Direito*, que permite ao intérprete resolver questões intrincadas, a partir da interpretação das categorias jurídicas básicas, como fato jurídico, relação jurídica, direito subjetivo, dever jurídico, efeitos da norma no tempo, em qualquer ramo do direito.

Ao aplicar a teoria da incidência da norma proposta por Paulo de Barros Carvalho, como base nos fundamentos teóricos do Constructivismo Lógico Semântico, na interpretação dos enunciados previstos no art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, da Constituição, que disciplinam a demarcação das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios, desmitifica-se uma sucessão

de equívocos teóricos e alcança-se uma interpretação harmonizadora dos interesses constitucionais envolvidos.

Se o direito é um sistema funcionalmente fechado, que opera com uma linguagem própria, cuja unidade mínima é a norma; apesar de o tema demarcação de terras indígenas estar carregado de intensa carga emotiva e reverberar fortemente no sistema político, o trato jurídico da questão só pode ocorrer dentro do esquema sintático do sistema jurídico e pela linguagem que lhe é própria, de modo que qualquer interpretação dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, que não seja construída nos limites dos desdobramentos semióticos da norma, carece de juridicidade, pode até ser válida no discurso político, mas será inadequada ao sistema jurídico.

A norma geral e abstrata que se constrói a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da Constituição, assim, como todas as normas, apresenta os três aspectos semióticos: sintático, semântico e pragmático.

O aspecto sintático é homogêneo, comum a todas as normas, apresentando um antecedente e um conseqüente interligados por um vínculo neutro de imputação deontica. O aspecto semântico é o que permite a abertura legítima do sistema jurídico para os demais subsistemas, quando o intérprete busca o sentido dos signos apostos nos enunciados prescritivos do texto da norma no contexto social, valendo-se das técnicas de legitimação a que se refere Tácio Lacerda Gama (2009). É na construção da significação do significado do signo apostado no texto escrito da norma que aflora o aspecto semântico da semiose normativa, sendo que na interpretação dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da Constituição, o intérprete vai buscar a significação, o sentido no texto da realidade social, cultural e na própria cosmogonia e mundividência do índio. O aspecto pragmático é visceralmente ligado ao semântico, pois ambos se revelam a partir da dialogia do texto normativo com outros textos dos demais subsistemas sociais, ou seja, texto social e cultural.

Na construção da norma geral e abstrata, a partir dos enunciados art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e do art. 20, inciso XI, todos da Constituição, sobressai, no aspecto pragmático, o precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como intérprete autêntico da constituição, mormente no julgamento do paradigmático caso de Raposa Serra do Sol, em que a Suprema Corte estabeleceu intenso dialogismo e intertextualidade na construção da norma individual e concreta naquele caso.

Em que pese o julgamento ter ocorrido em processo de natureza subjetiva e *inter partes*, concluímos que se trata de um precedente histórico que estabeleceu intensa dialogia

com o contexto social, antropológico e cultural, na busca da legitimação do sentido dos signos que compõem o significado dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da Constituição. Consideramos que este precedente passou a integrar o aspecto pragmático da norma geral e abstrata, mesmo porque ao se admitir que o direito é composto por textos, o texto escrito dos enunciados normativos acima mencionados não esgota a significação do significado. O intérprete há de perscrutá-la em outros textos, sendo que o precedente histórico do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, desde o histórico julgamento, é texto que compõe o sentido dos signos grafados nos enunciados prescritivos constitucionais que disciplinam a demarcação de terras indígenas.

A regra geral e abstrata construída a partir da interpretação dos enunciados do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da constituição, só incidirá no “suporte fático” ocupação tradicional pelos índios, com a norma individual e concreta documentada na demarcação. Ao adotarmos a teoria da incidência normativa proposta por Paulo de Barros Carvalho (2010a), que se fundamenta na teoria da linguagem, a incidência da norma geral e abstrata nunca se fará de forma automática e infalível. A incidência da norma geral e abstrata é necessária para tocar a realidade social de mais linguagem, e esta linguagem só pode ser construída pelo ser humano, a editar a norma individual e concreta.

Assim, a norma geral e abstrata construída pela interpretação do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da Constituição, só ocorrerá por intermédio da norma individual e concreta documentada na demarcação administrativa ou judicial das terras indígenas. Antes da demarcação, não há de se falar na incidência da norma geral e abstrata.

A incidência da norma geral e abstrata do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da Constituição, compreendida a partir da teoria da incidência de Paulo de Barros Carvalho (2010a), desconstrói alguns equívocos hermenêuticos, carregados de conteúdo emotivo e ideológico, que têm inviabilizado a paz social no interior do Brasil. Antes da incidência da norma geral e abstrata por intermédio da norma individual e concreta documentada na demarcação, ainda não temos a ocupação tradicional das terras pelos índios como um fato jurídico, até então, para a linguagem jurídica, essa ocupação é apenas um “suporte fático”, usando a feliz expressão de Pontes de Miranda (1970).

O fato jurídico “ocupação tradicional das terras pelos índios” tem seus critérios conotativos descritos no enunciado da norma geral e abstrata, mais precisamente, no § 1º do art. 231 da CF, de modo que o “suporte fático” só será reconhecido como fato jurídico após a confirmação daqueles requisitos, no procedimento próprio, mediante a linguagem das provas.

Este fato jurídico é o próprio antecedente da norma individual e concreta documentada na demarcação, que, por um vínculo de imputação lógico-deôntica, constituirá no conseqüente a relação jurídica, em que figura o direito subjetivo originário dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupam.

Independentemente de se adotar a teoria declarativista ou constitutiva do fato jurídico para o fato jurídico “ocupação tradicional das terras pelos índios”, observamos que, antes deste fato jurídico, o direito subjetivo originário do índio ainda não nasceu, não foi constituído, pois como demonstrado na esteira da doutrina de Pontes de Miranda (1970), o direito subjetivo é posterior ao fato jurídico.

O adjetivo “originário”, que predica o direito dos índios as terras que tradicionalmente ocupam, de acordo com a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr. que adotamos, não é uma alusão temporal, mas apenas se refere à ligação deste direito com o *habitat* natural do índio.

O direito subjetivo originário do índio à posse das terras que tradicionalmente ocupa é constituído no conseqüente da norma individual e concreta que documenta a demarcação; logo, seus efeitos projetam-se para o futuro. Nessa linha, a teoria do indigenato, defendida por Mendes Jr. em 1912, no sentido de que o direito do índio à terra que tradicionalmente ocupa é congênito, com efeitos retroativos ao Alvará de 01.04.1680, que ratificou o Alvará de 01.04.1680, não se sustenta.

Como ressalta Tércio Sampaio Jr. (2007, p. 506) , “[...] o indigenato é título, capaz de explicar o caráter originário dos direitos, mas estes não se reduzem àqueles.” Como já dito, o adjetivo originário não se refere à posse imemorial, não revela uma dimensão temporal, refere-se à ligação ecológica, a cosmogonia do índio a partir da terra.

Considerando que o direito subjetivo do índio à posse das terras que tradicionalmente ocupa é constituído no conseqüente da norma individual e concreta que documenta a demarcação e que seus efeitos se projetam para o futuro, temos dois regimes jurídicos a serem observados na demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: a disciplina das relações jurídicas patrimoniais sobre estas terras por “não índios” antes da demarcação e a disciplina da proteção do direito originário de posse dos índios, constituído na demarcação.

Antes da demarcação com a constituição do direito subjetivo originário dos índios, todas as normas individuais e concretas disciplinadoras de negócios jurídicos sobre essas terras (contratos de compra e venda, herança, usucapião etc.) são normas válidas, pois mantinham sua regular relação de pertinência com o sistema jurídico. A norma individual e concreta documentada na demarcação revoga tacitamente estas normas individuais e



concretas anteriores. Logo, o regime jurídico dessas normas individuais e concretas das relações jurídicas anteriores é o da revogação e não da nulidade.

A sanção de nulidade prevista no enunciado do § 6º, do art. 231 da Constituição está no conseqüente da norma individual e concreta documentada na demarcação e projeta-se para o futuro, como um mecanismo de proteção do direito subjetivo dos índios à posse das terras, direito este constituído no conseqüente da própria norma documentada na demarcação.

Essa sanção de nulidade incidirá sobre condutas atentatórias ao regular exercício do direito subjetivo dos índios à posse das terras que tradicionalmente ocupam e que foi constituído a partir da demarcação, portanto não se aplica às relações jurídicas anteriores. Essas não são anuladas, são revogadas, de modo que a vedação à indenização constante do enunciado do §6º, art. 231, da CF também se projeta para o futuro.

As relações jurídicas decorrentes do direito de propriedade de “não índios” albergado nas normas individuais e concretas revogadas pela norma documentada na demarcação devem receber o tratamento que a constituição dispensa ao direito de propriedade em geral.

A não indenização de terras, cuja propriedade era protegida e estabilizada por normas individuais e concretas válidas, equivaleria ao confisco, cuja natureza é de pena, sendo inclusive penalidade excepcional e prevista na constituição, como sanção ao uso ilícito da propriedade de terras para cultivo de psicotrópicos ilegais.

A única interpretação que atende ao princípio hermenêutico da unidade da constituição e da concordância prática entre o direito de propriedade previsto no art. 5º, inciso XXII, e a norma do art. 231, *caput*, §§§ 1º, 2º, 6º, e art. 20, inciso XI, todos da Constituição, é a realização, nos termos do art. 5º, inciso XXIV, da CF, da desapropriação com o pagamento da justa indenização também pelo valor da terra.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. **Semiótica e Investigação do Direito: Constructivismo Lógico Semântico**, 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+231+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+-+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de+88&c=1>> Acesso em: dez 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 44.585-Mato Grosso. Aud. Publicação de 11.10.1964

BRASIL. **Mandado de Segurança n.20.515-6** de 22 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 20.234-3** de 01 de julho de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário no 219.983-3**. Votos dos Ministros Marco Aurélio, Nelson Jobim e Carlos Velloso no de São Paulo, 9.12.1998. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67436,101048Direito+dos+indios+a+terra+no+p+assado+e+na+atualidade+brasileira>> Acesso em: dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3388-4** Roraima de 27 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: dez 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 14746 DF 2009/0208885-6** de 10 de março de 2010. Relatório e Voto. Relator: Eliana Calmon. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19154360/mandado-de-seguranca-ms-14746-df-2009-0208885-6>> . Acesso em: dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão RMS 29087/ DF** de 16 setembro de 2014. Demarcação de Terras Indígenas. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lKqIGuvliL8J:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D267559854%26tipoApp%3D.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: dez. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 1.775.**, de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo da demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm)>. Acesso em dez. 2015.

BRITTO, Lucas Galvão de. **O Lugar e o Tributo**. São Paulo: Noeses, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010a.

\_\_\_\_\_, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 4ª. Edição. São Paulo: Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_, Paulo de Barros; ROBLES, Gregório (org.). **Teoria Comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO Aurora Tomazini de (org.), **Constructivismo Lógico-Semântico** Volume I. São Paulo: Noeses, 2014.

\_\_\_\_\_, Paulo de Barros Carvalho. **Curso de Direito Tributário**. 25ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazine de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2010b.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CREPALDE, Adilson. **A Construção do Significado de Tekoha pelos Kaiowá do Mato Grosso do Sul**. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul –Faculdade de Letras Programa de Pós-graduação em letras. Porto alegre, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/115758>>.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do índio Ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

DIAS, Ana Carolina Papacosta Conte de Carvalho. Decisões, Normas e Autoridades Jurídicas. A Conversação Criadora do Direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES, Gregório (org.). **Teoria Comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_, Tércio Sampaio. **Direto Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: Ed. Campo Grande, 2000.

GAMA, Tácio Lacerda. Obrigação e Crédito Tributário: Anotações às margens da teoria de Paulo de Barros Carvalho. **Revista Tributária e de Finanças Publicas**. N. 50 , p. 103/104, 2003.

\_\_\_\_\_, Tácio Lacerda. Sentido Consistência e Legitimação. In: CARNEIRO, Jerson;

HARET, Florence. **Vilém Flusser e Juristas**. São Paulo: Noeses, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

IVO, Gabriel. O Direito e a inevitabilidade do cerca da linguagem.. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO Aurora Tomazini de (org.), **Constructivismo Lógico-Semântico** Volume I. São Paulo: Noeses, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LAS CASAS, Bartalomé. Princípios Para Defender a Justiça dos índios. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Textos Clássicos Sobre o Direto e os Povos Indígenas**. Curitiba: Editora Juruá, 1992.

LINS, Robson Maia. As normas Jurídicas e o Tempo Jurídico. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES, Gregório (org.). **Teoria Comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011.

MENDES, Sonia Maria Broliá . **A Validade Jurídica - Pré e Pós Giro linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

MENDES JÚNIOR, João. **Os Indígenas do Brazil: Seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Tipografia Hennies Irmãos – Rua Riachuelo, 1912.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral - Tomo I. Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas**. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MONTANARI JÚNIOR, Isaias. **Demarcação de Terras Indígenas e Cooperação Internacional**. Curitiba: Juruá, 2013.

MORA, J. Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.

\_\_\_\_\_, Tárek Moysés. **A Lógica como Técnica de Análise do Direito - Construtivismo Lógico Semântico**, Vol. I, São Paulo: Noeses, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Direito das Sucessões Vol. VI**. São Paulo: Forense, 2013.

PIERCE, Charles S. **Semiótica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a Civilização - A integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno**. Petrópolis: Vozes , 2ª. edição , 1977.

ROSS, ALF. **Direito e Justiça**. 2ª edição. Bauru: Edipro, 2007.

SANTI, Eurico Diniz de. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2011a.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Especialização em Direito Tributário**: Estudos Analíticos em Homenagem ao Professor Aires Barreto. São Paulo: Quartier Latin, 2011b.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Renata Elaine. **Tradução e Direito**: Contribuição de Vilém Flusser e o Dialogismo na Teoria da Linguagem. In: CARNEIRO, Jerson; HARET, Florence. **Vilém Flusser e Juristas**. São Paulo: Noeses, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os Direitos dos Índios**: Fundamentalidade, paradoxo e colonialidades internas. São Paulo: Ed. Café com Lei, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza (org). **Textos Clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 3ª. Edição. São Paulo: Noeses, 2012.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Teoria do Fato Jurídico e Importância das Provas. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO Aurora Tomazini de (org.), **Constructivismo Lógico-Semântico** Volume I. São Paulo: Noeses, 2014.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas Lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VILANOVA. Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: OAB, 1985.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. V. 1 e 2. São Paulo: ED. AXIS MVNDI IBET, 2003.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. 2ª impressão. Curitiba: Juruá, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico/ Investigações Filosóficas**. 2ª. Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.