



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Julio José Araujo Junior

Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural

Rio de Janeiro

2018

Julio José Araujo Junior

Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmiento

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A663

Araújo Júnior, Júlio José.

Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural / Júlio José Araújo Júnior. - 2018.
352 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Interpretação - Teses. 2. Direito de propriedade – Teses. 3. Índios – Teses. I. Sarmento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.23

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Julio José Araujo Junior

Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 02 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Sarmento (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

Este trabalho só existe porque estudei em uma universidade pública de qualidade e gratuita, ao lado de estudantes e professoras e professores de alto nível, muitos deles comprometidos com a construção de um país mais justo. A UERJ, com toda a sua pluralidade e carinho na recepção a forasteiros como eu, é um exemplo de comprometimento com o acesso mais igualitário ao ensino superior. Muitos obstáculos vêm sendo colocados para acabar com ela, mas a UERJ resiste e vencerá.

Durante o mestrado, meu mundo transbordou de novas experiências, que não se limitaram à área jurídica. Agradeço ao professor João Pacheco de Oliveira pelos ensinamentos em suas aulas no Museu Nacional (UFRJ), oportunidade em que busquei novas inspirações para o presente trabalho e pude fazer uma autocrítica sobre as limitações do fazer jurídico, que deve ser complementado por outros saberes. Agradeço também ao professor João Feres Júnior e à professora San Romanelli Assumpção, pelas aulas profundas sobre filosofia política no IESP-UERJ e pela gentileza na convivência.

Na Faculdade de Direito, agradeço ao professor Luís Roberto Barroso, cujas aulas permitiram um grande aprendizado em momento tão difícil ao país, marcado pela ruptura institucional e pelo retrocesso conservador. À professora Ana Paula de Barcellos, pela atenção às minhas considerações sobre a matéria indígena. À professora Jane Reis Gonçalves Pereira, agradeço pelas aulas, pelas orientações na qualificação e pelas constantes conversas sobre a situação do Direito Constitucional no país, que foram para mim um oásis em meio às dificuldades por que passa atualmente o debate sobre direitos fundamentais e as instituições brasileiras do sistema de justiça.

Agradeço ao professor Daniel Sarmiento por várias razões. Em primeiro lugar, por ser uma inspiração para mim desde antes de nos conhecermos. Quando estudava para o concurso do Ministério Público Federal, almejava ser um procurador como ele, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais e com a utilização do direito como mecanismo de transformação. Pudemos conviver por um curto período na instituição após minha aprovação, quando pude testemunhar a sua empolgação e a sua generosidade com os recém-ingressos na instituição. Hoje, tenho o prazer de tê-lo como professor e orientador, sempre bastante atencioso e parceiro nas lutas que podemos travar em conjunto.

Não poderia deixar de agradecer também aos meus colegas de mestrado com quem tive um contato mais intenso, devido a afinidades de linha de pesquisa, como Luisa Lacerda, Rodrigo Henrique Luiz Correa, Eduardo Lasmar Prado Lopes, Matheus Henrique dos Santos da Escossia, André Farah Alves e Eduardo Aidê Bueno de Camargo. Com eles compartilhei

angústias sobre temas profundos e dúvidas acerca das burocracias universitárias, o que certamente me possibilitou caminhar com mais tranquilidade durante a pós-graduação.

Agradeço a pessoas que me inspiraram a refletir sobre os direitos territoriais indígenas: Déborah Duprat, referência indispensável na matéria, de quem sou colega e admirador pela forma como encara as batalhas na concretização de direitos fundamentais; Marivelton Baré, liderança indígena do Alto Rio Negro (AM) com quem tive experiências profissionais que ajudaram a moldar meu pensamento sobre o tema; e Mario Parwe, liderança do povo Waimiri-Atroari (AM/RR), com o qual estabeleci laços de carinho e respeito.

Agradeço ainda a Eliaquim T. Da Cunha e Paulo Thadeu Gomes da Silva pela leitura do trabalho e pelos apontamentos, que certamente só o enriqueceram. A Daniel Pinheiro Viegas, pelas curtas, porém decisivas, conversas e pelas dicas de leitura. A Juliana Câmara, Marcela Biagioli e Lucas Horta, por concordarem com meu afastamento legal da Procuradoria da República em Volta Redonda para terminar a dissertação e me substituírem durante esse período.

Agradeço aos meus queridos pais, Edna e Julio, pela formação e pela influência decisiva na condução de uma vida simples, que renega olhares inferiorizantes ao próximo e valoriza os prazeres singelos que pulsam o coração. Ao meu irmão Ubiratan, por ser minha referência e meu amigo, com quem sempre contarei, não apenas nas vitórias e nas derrotas do alviverde imponente, mas também nas agruras e alegrias da vida.

Agradeço, por fim, aos meus dois amores, Michele e Felipinho. Sem a Michele, que tanto amo, este trabalho não teria chegado ao fim, pois foi necessário desconectar-me da vida social e dos afazeres de casa durante a elaboração da dissertação, e ela, com amor, teve paciência e me apoiou nas horas mais delicadas, além de ter apresentado sugestões ao trabalho após atenta leitura. Quanto ao Felipinho, meu pequeno de quase três anos, o mundo pelo qual luto é o mundo que quero ver transformado em você. Peço desculpas por tantas ausências, por não ter brincado tanto de esconde-esconde ou ter passeado na praça, mas prometo recompensar com carinho e beijos melados em dobro.

*Isso de querer
ser exatamente aquilo
que a gente é
ainda vai
nos levar além*
Paulo Leminski

RESUMO

ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. 2018. 352 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho se propõe a examinar a trajetória dos direitos territoriais indígenas e apresentar uma proposta de interpretação intercultural. Para tanto, procura-se demonstrar a insuficiência das respostas adotadas pelas teorias multiculturais e adotar a interculturalidade como referência, baseada na teoria descolonial. Com base nesse referencial teórico, elabora-se uma crítica ao tratamento do tema pela legislação e pelas interpretações constitucionais, marcadas pelo tratamento inferiorizante e estigmatizante da condição indígena e pela espoliação de seus territórios. A Constituição de 1988 indica um novo horizonte sobre o tema, porém a potência de seus dispositivos ainda não foi reconhecida, como demonstra a prevalência de teorias como indigenato e fato indígena. Conclui-se, assim, pela necessidade de aplicação de uma interpretação intercultural dos direitos territoriais indígenas, que leve em conta três diretrizes: equiparação de propriedades indígenas e privadas, permanente combate a uma cidadania de segunda classe e protagonismo indígena de alta intensidade.

Palavras-chave: Direitos territoriais indígenas. Interpretação. Interculturalidade. Propriedade.

ABSTRACT

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Indigenous land rights: an intercultural interpretation*. 2018. 352 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The present study aims to examine the trajectory of indigenous lands rights and present a proposal for intercultural interpretation. In order to do so, it is tried to demonstrate the insufficiency of the answers adopted by the multicultural theories and to adopt the interculturality as reference, based on the decolonial theory. Based on this theoretical framework, this study proposes a critique of the treatment of the subject by legislation and constitutional interpretations, marked by the inferiorizing and stigmatizing treatment of the indigenous condition and by the spoliation of its lands. The Constitution of 1988 indicates a new horizon on the subject, but the power of its devices has not yet been recognized, as demonstrated by the prevalence of theories as *indigenato* and *fato indígena*. This work concludes, therefore, by the need to apply an intercultural interpretation of indigenous territorial rights, which takes into account three guidelines: equalization of indigenous and private properties, permanent combat to a second-class citizenship and high-intensity indigenous protagonism.

Key-words: Indigenous land rights. Interpretation. Interculturality. Property.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	OS CAMINHOS DO MULTICULTURALISMO E SEUS LIMITES	19
1.1	A profecia de Davi Kopenawa	20
1.2	“Igualdade de quê?” e “De onde eu venho?”: o liberalismo, a diversidade humana e o comunitarismo	23
1.3	A opressão e a dominação sobre grupos minoritários: a contribuição do feminismo	27
1.4	Demandas por reconhecimento e redistribuição	31
1.5	Multiculturalismo liberal	38
1.5.1	<u>O multiculturalismo e grupos étnicos</u>	40
1.5.2	<u>Entre universalismos e relativismos, a hierarquização de princípios liberais</u>	47
1.6	Conclusões parciais: apropriação e superação do multiculturalismo	54
2	A INTERCULTURALIDADE COMO UM PROJETO DESCOLONIAL ..	59
2.1	Teoria pós-colonial: pode o indígena, enquanto subalterno, falar?	60
2.2	As colonialidades do poder, do saber e do ser	64
2.2.1	<u>A sociologia das ausências no campo jurídico</u>	68
2.2.2	<u>Descolonizar os direitos humanos: a opção descolonial e as epistemologias do sul</u>	71
2.3	A resposta da interculturalidade aos limites do multiculturalismo	75
2.4	O constitucionalismo no Sul Global: a interculturalidade em construção ...	85
2.4.1	<u>O novo constitucionalismo latino-americano: a interculturalidade nos textos</u> ...	86
2.4.1.1	A Constituição do Equador de 2008: interculturalidade, direitos da natureza e <i>buen vivir/sumak kawsay</i>	87
2.4.1.2	A Constituição da Bolívia de 2009: Interculturalidade e plurinacionalidade.....	89
2.4.1.3	Interesses divergentes e limitações concretas aos projetos constitucionais andinos.....	93
2.4.2	<u>O papel das Cortes: historicidade, lutas políticas e a interculturalidade em disputa</u>	97
2.5	Conclusões parciais: desconstruir as colonialidades e ressignificar conceitos	109
3	LEGISLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO: A VISÃO COLONIAL E COLONIALISTA SOBRE OS POVOS INDÍGENAS	112
3.1	Introdução	112

3.2	A legislação colonial: os processos de assimilação e as estratégias adaptativas.....	116
3.2.1	<u>Os aldeamentos controlam, as sesmarias concentram.....</u>	117
3.2.2	<u>O Diretório dos índios (1755) e a aceleração de políticas assimilacionistas.....</u>	121
3.3	“Cidadanização” e “nacionalização” dos povos indígenas no século XIX: propriedade privada e subtração de direitos específicos.....	125
3.3.1	<u>A desamortização de terras pela legislação e a construção da teoria do indigenato.....</u>	128
3.4	O indigenismo tutelar na República: a “pacificação” e a liberação de terras rumo ao interior do Brasil.....	138
3.5	O debate constitucional sobre o regime jurídico das terras indígenas até 1988.....	143
3.6	A Constituição de 1988: um novo paradigma.....	159
3.6.1	<u>A Constituinte de 1987/1988: contra um velho discurso, uma nova mobilização.....</u>	160
3.7	Conclusões parciais: A descolonização, a interculturalidade e as brechas na Constituição de 1988 para potencializar novas memórias.....	175
4	AS TERRAS INDÍGENAS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	181
4.1	O regime jurídico das terras indígenas no direito constitucional.....	184
4.2	As terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal após 1988.....	194
4.2.1	<u>O caso Raposa Serra do Sol.....</u>	200
4.2.1.1	O “pós-Raposa”: a recepção acrítica pela Segunda Turma do STF e a repercussão administrativa.....	207
4.2.2	<u>Ainda o caso Raposa Serra do Sol: o esvaziamento do art. 231 por meio da interpretação.....</u>	212
4.2.2.1	A premissa da brasilidade e o direito à diferença: “índios no Brasil” ou “índios do Brasil”?.....	212
4.2.2.2	O marco temporal e a segurança jurídica seletiva.....	216
4.2.2.3	A desconsideração do Direito Internacional de Direitos Humanos e a ponderação em abstrato em favor da defesa nacional e da proteção ambiental...	220
4.2.2.4	Uma noção genérica de interesse público para suplantar os direitos fundamentais dos povos indígenas.....	227
4.3	Conclusões parciais: contra a teoria do fato indígena e para além do indigenato.....	231
5	POR UMA PROPOSTA INTERCULTURAL DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS.....	236

5.1	Os direitos territoriais indígenas e o universo de propriedades.....	240
5.1.1	<u>Múltiplas propriedades e uma interpretação intercultural.....</u>	243
5.1.2	<u>A interpretação evolutiva do direito de propriedade nos sistemas interamericano e africano.....</u>	250
5.1.3	<u>Os direitos territoriais indígenas como propriedades.....</u>	262
5.2	O permanente combate a uma cidadania de segunda classe como justificação.....	276
5.2.1	<u>O papel do Estado e os impactos sociais da demarcação.....</u>	290
5.3	O protagonismo indígena nas disputas interpretativas sobre os direitos territoriais.....	295
5.4	Enquanto a demarcação não vem: precedência <i>prima facie</i> e mínimo existencial.....	302
5.5	Conclusões parciais: síntese da proposta de interpretação intercultural.....	311
	CONCLUSÕES.....	313
	REFERÊNCIAS.....	318

INTRODUÇÃO

Clarividência

O poema é uma bola de cristal. Se apenas enxergares nele o teu nariz, não culpes o mágico.

Mário Quintana¹

No dia 25 de dezembro de 2013, noite de Natal, o telefone tocou. “Veja o que está ocorrendo em Humaitá (município localizado no sul do Estado do Amazonas). Estão colocando fogo na FUNAI e em todos os lugares onde os índios possam estar presentes”, alertou-me a servidora do Ministério Público Federal. A televisão mostrava centenas de pessoas nas ruas, e algumas delas ateavam fogo nos prédios de instituições públicas com atribuições relacionadas à matéria indígena. Prédios públicos da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) haviam sido destruídos, e a integridade física dos indígenas estava ameaçada. Atribuía-se aos índios² da etnia Tenharin a culpa pelo desaparecimento de três pessoas na rodovia Transamazônica (BR-230). A multidão cobrava providências, e os indígenas que estavam na cidade tiveram de alocar-se temporariamente em uma unidade militar.

Nas redes sociais, havia uma mobilização para incendiar as aldeias Tenharin. Portais locais estimulavam o discurso de ódio contra os índios e comemoravam as ações criminosas. Os madeireiros do distrito vizinho de Santo Antônio do Matupi, que desejavam explorar recursos do território indígena, aproveitaram a revolta local para divulgar um manifesto que clamava pela retirada das aldeias das margens da rodovia e exigiam que nenhuma etnia indígena voltasse a estudar nas escolas da comunidade³.

O episódio do desaparecimento dos não índios havia servido de pretexto à contestação da própria presença indígena na região. O que a mobilização desconsiderava, porém, era o fato de que os Tenharin e outras etnias haviam sofrido de forma intensa os impactos da construção da rodovia,

¹ QUINTANA, Mario. *Poesia completa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 2005.

² Sobre o uso do termo “índios”, cabe desde já um alerta. A utilização da palavra tem uma origem histórica na confusão de Colombo, que acreditava ter chegado às Índias quando da chegada ao local hoje conhecido como América. O termo acabou sendo utilizado genericamente para indicar os nativos do lugar, unificando em um rótulo único a diversidade de povos que habitavam essas terras. O que existem, em verdade, são grupos muito diversos entre si, com características próprias. Apesar disso, os próprios indígenas apropriaram-se do termo, como forma de reforçar a solidariedade entre eles e fortalecer a luta do movimento indígena, que muitas vezes encontra um inimigo comum. Por essa razão, e também pelo fato de ser o termo adotado pela Constituição, a palavra “índios” será constantemente utilizada ao longo do trabalho, com o mesmo sentido empregado ao termo “indígenas”. Esta última tem origem latina e designa a pessoa que tem origem no lugar em que nasceu e tem como antônimo o termo “alienígena”. Sobre a solidariedade indígena, veja-se: COHN, Sérgio (org.). *Ailton Krenak*. Série Encontros. Rio de Janeiro: Azougue, 2015, p. 148-150.

³ Veja-se, a respeito: PORTAL DO HOLANDA. Clima de guerra no sul do Amazonas. Brancos avançam contra reserva indígena e destroem casas. Disponível em: <<http://www.portaldoholanda.com.br/amazonas/clima-de-guerra-no-sul-do-amazonas-brancos-avan-am-contra-reserva-ind-gena-e-destroem-casas>> Acesso em 12 dez. 2017.

com profundas alterações em seus modos de vida. Durante a obra, a atuação pacificadora das frentes de atração da FUNAI tentou afastar os grupos indígenas do caminho e permitir o avanço de tratores, operários e ações de desmatamento sobre a região. Com o contato forçado, os danos foram imediatamente sentidos, sobretudo os de natureza ambiental e sociocultural⁴. No presente, são obrigados a conviver não só com as marcas daquela construção, mas também com a permanente limitação ao exercício da autonomia em seu território, convivendo com os ruídos e as fumaças dos carros e o assédio permanente às suas aldeias e riquezas.

A trajetória dos Tenharin é semelhante à da grande maioria dos povos indígenas que vivem no país, e muitos deles vivenciam dramas até piores, pois sequer têm acesso ao território reivindicado e estão sujeitos a uma marginalização constante. A naturalização da atuação pretérita do Estado em políticas de “pacificação” e extermínio, as pressões contemporâneas sobre os territórios, os interesses nos recursos naturais das terras e a omissão estatal na defesa dos direitos indígenas são facetas comuns nas realidades vivenciadas por esses povos. Além disso, propagam-se discursos de ódio e a estigmatização dos índios da atualidade, mediante um questionamento da identidade que não atenda ao perfil do “bom selvagem”, colocando em xeque a afirmação étnica.

A percepção que vigora acerca dos povos indígenas remete a ideias como primitivismo e infantilidade. O senso comum acerca dos primeiros habitantes pode ser sintetizado em passagem de Gilberto Freyre, que aponta diferenças no tratamento de espanhóis e portugueses com relação aos povos nativos que encontraram. Os espanhóis teriam encontrado povos em fase de “semicivilização”, como maias, incas e astecas, por isso teriam se apressado em dissolver seus valores. Já os portugueses teriam se surpreendido com uma espécie de “bandos de crianças grandes”, “uma cultura verde e incipiente”, a qual, além de não oferecer contribuições relevantes a serem dissolvidas, enfrentaria dificuldades para se desenvolver autonomamente frente a uma cultura tida como adiantada⁵.

⁴ O episódio levou o MPF a ajuizar duas ações civis públicas e expedir recomendações, com o fim de garantir proteção da segurança dos indígenas na área e estabelecer reparações em razão da existência da Rodovia Transamazônica. Sobre o tema, veja-se: BRASIL. Justiça Federal. 1ª Vara Federal. Processos nº 243-88.2014.4.01.3200 e 26-45.2014.4.01.3200. O primeiro processo compreende pedidos de reparação em razão da construção da rodovia no território Tenharin, ao passo que o segundo pleiteia a garantia de segurança aos indígenas em razão dos fatos que ocorreram em dezembro de 2013. Neste último houve prolação de sentença em 19 de abril de 2017, que condenou a União e a FUNAI a realizarem plano de fiscalização permanente na terra indígena, após protocolo de consulta junto aos indígenas.

⁵ “Sob a pressão moral e técnica da cultura adiantada, esparrama-se a do povo atrasado. Perde o indígena a capacidade de desenvolver-se autonomamente tanto quanto a de elevar-se de repente, por imitação natural ou forçada, aos padrões que lhe propõe o imperialismo colonizador. Mesmo que se salvem formas ou acessórios de cultura, perde-se o que Pitt-Rivers considera o *potencial*, isto é, a capacidade construtora da cultura, o seu elã, o seu ritmo”. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51ª ed. rev. São Paulo: Global, 2006, p. 157.

Esse tratamento inferiorizante legou aos povos indígenas uma posição marcada pela vulnerabilidade⁶, que perdura até hoje. A realidade dos índios, assim como a dos negros⁷, carrega as marcas da marginalização, calcada pela sistemática negação de dignidade aos indivíduos que compõem esses grupos e pela ausência de participação nos processos decisórios. Após séculos de opressão colonial, vivida em violências reais e simbólicas, na exploração do trabalho forçado e na negação da identidade, acreditava-se que, pouco a pouco, os indígenas iriam desaparecer – enquanto grupo étnico - e estariam plenamente integrados/assimilados à cultura da sociedade nacional.

A luta desses povos, no entanto, levou o atual texto constitucional a prescrever justamente o contrário. O paradigma antes vigente foi suplantado pela consagração do caráter plural da sociedade brasileira, afastando-se a subjugação desses grupos. Ao enfatizar a autonomia dos povos indígenas, a Constituição rejeita o projeto integracionista e exige o respeito por seus modos de vida, costumes, tradições, mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam. O texto constitucional consolida um histórico de lutas em todo o mundo – inclusive no Brasil – em favor da defesa de identidades e da igualdade como reconhecimento.

Abre-se, com isso, um novo capítulo na história das relações do Estado com os povos indígenas, ao reconhecer-lhes o direito de serem como quiserem e de terem sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições respeitados. Após a Constituição de 1988, não há inferioridade ou incapacidade civil, e sim grupos diferenciados, que têm modos próprios de vida, os quais devem ser respeitados como tais. Os povos indígenas possuem o direito de viverem da forma como desejarem, o que não redundaria em congelamento de seus modos de vida.

Após três décadas, a insatisfação de alguns setores – ruralistas, mineradoras, defensores de projetos estatais desenvolvimentistas e outros - com o comando constitucional contido no art. 231 da lei fundamental tem levado à organização de diversas frentes para esvaziar o conteúdo dos direitos territoriais indígenas. Com frequência, as pressões sobre as terras indígenas buscam fundamento na defesa quase absoluta da propriedade privada e em projetos extrativistas de desenvolvimento econômico. A presença indígena é contestada por meio de papéis que descrevem cadeias dominiais e registros cartorários, com a pretensão de demonstrar a continuidade do domínio sobre a terra, e a demarcação de terras é vista como um obstáculo à geração de riquezas e progresso ao país.

⁶ Para uma maior discussão sobre o tema: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

⁷ Florestan Fernandes aponta que as transformações por que passou a sociedade brasileira, após o fim da escravidão, que alteraram a sua estrutura e funcionamento, praticamente não afetaram a ordenação das relações raciais. Essa situação acarretava dois dilemas sociais: um deles, a absorção dessa população às formas de vida social na ordem social competitiva; o outro, o dilema do preconceito de cor, a “velha associação entre cor e posição social ínfima”, que excluía o negro da condição de “gente”: “Enfim, o dilema que nascia das resistências abertas ou dissimuladas, mas todas muito fortes, em se admitir o negro e o mulato em pé de igualdade com os 'brancos'. Enquanto tal dilema subsistisse, mesmo o padrão de democracia inerente à sociedade de classe numa economia capitalista seria impraticável”. FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. Vol 2 (No limiar de uma nova era). São Paulo: Globo, 2008, p. 07-08.

Setores econômicos de peso mobilizam o aparato político e sensibilizam governantes, juristas e boa parte da opinião pública em torno da defesa da relativização do regime jurídico das terras indígenas. A essas pressões soma-se o discurso de estigmatização e inferiorização desses grupos e de seus modos de vida, mediante a reativação do tratamento da condição indígena como passageira e apta a desaparecer à medida que esses grupos se integrem à sociedade nacional. Entre as estratégias prioritárias dos opositores à causa indígena, ganham destaque o sucateamento de órgãos governamentais, a apresentação de projetos de leis e de emendas constitucionais que restringem o alcance dos direitos territoriais indígenas e a tentativa de reduzir judicialmente o alcance da interpretação constitucional.

Nesse contexto, a concretização dos direitos territoriais é analisada pelas lentes de um retrovisor, como se as normas integracionistas do período ditatorial recente ainda estivessem vigentes. A prática constitucional viabiliza, assim, uma interpretação assimilacionista do texto constitucional, como demonstra a adoção do chamado “marco temporal” pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Caso Raposa Serra do Sol. Ao exigir a presença física dos índios em suas terras em 5 de outubro de 1988, o tribunal naturalizou as relações de dominação a que os indígenas estavam sujeitos na ordem constitucional anterior. Os impactos da Constituição sobre a afirmação étnica e as reivindicações territoriais do presente, que deveriam ser tratados de forma positiva em razão do fato de a legislação assegurar direitos, receberam um tratamento desconfiado, que encara o crescimento da população indígena como prática fraudulenta.

Além disso, o direito segue muito apegado a um tratamento uniforme desses grupos, pouco atento às suas especificidades, a seus saberes e ao pluralismo jurídico. A porta que a Constituição abriu com o reconhecimento de direitos é prontamente fechada, por meio da tentativa permanente de enquadramento dos povos indígenas em certos modelos hegemônicos pré-estabelecidos. Os conflitos internos e externos que envolvem esses grupos costumam ser analisados sob a ótica da sociedade envolvente, que elege abstratamente os bens jurídicos prioritários (como a segurança nacional e a propriedade privada), relegando aos direitos territoriais um peso menor.

Este trabalho parte da premissa de que o tratamento da matéria indígena carece de um enfoque paritário. Para concretizá-lo, é necessário criar condições favoráveis a um diálogo efetivo com os grupos culturalmente diferenciados. Nesse sentido, a interdisciplinaridade é um caminho essencial, aproximando direito, antropologia e história. A interpretação que se almeja é denominada “intercultural” por fazer referência à ideia de interculturalidade, em contraposição à doutrina do multiculturalismo. A questão será abordada com mais detalhes nos capítulos 1 e 2, porém cabe adiantar a crítica: o multiculturalismo não responde de forma adequada aos anseios das minorias étnicas, sobretudo daquelas em situação de grave vulnerabilidade, em que a inferiorização representa um padrão de dominação. A proposta multicultural avaliza uma mera acomodação da diferença e pressupõe uma certa superioridade de valores hegemônicos, sobretudo os de natureza

liberal. A interculturalidade, ao revés, vislumbra caminhos mais dialógicos e está preocupada com a crítica às colonialidades ainda muito presentes na estigmatização e na inferiorização dos indígenas, notadamente as do ser, do saber e do poder⁸.

A definição pela interculturalidade possibilita trilhar por diversos caminhos, por isso a proposta que será apresentada é descrita como “uma interpretação intercultural”, sem a pretensão de ser a única possível. A utilização do artigo indefinido baseia-se em duas razões. Em primeiro lugar, entende-se que a interculturalidade é um projeto em construção, que não será capaz de transformar a sociedade de forma repentina, pois certos valores e padrões estão consolidados há séculos. É por isso, inclusive, que este trabalho mencionará as brechas da colonialidade como espaços em que a interculturalidade deverá se afirmar. Em segundo lugar, apenas o protagonismo indígena de alta intensidade, que ainda não se verifica hoje, poderá ser capaz de desencadear interpretações interculturais mais legítimas, pois levará em conta as perspectivas jurídicas dos próprios atores sociais destinatários da proteção. Nesse sentido, a presente proposta almeja concorrer para a consolidação de interpretações interculturais construídas pelos próprios indígenas, tornando o diálogo cada vez mais efetivo.

Uma interpretação intercultural dos direitos territoriais indígenas deve oferecer um novo tratamento às propriedades. O direito legitimou, em favor da noção moderna de propriedade privada, o processo histórico de concentração fundiária no país, por meio de leis e interpretações seletivas, viabilizando a exclusão de certos grupos do acesso ao mercado de terras que se formava no século XIX. Certas formas de apropriação da terra não foram reconhecidas juridicamente e sofreram um intenso processo de invisibilidade social. Afastou-se, assim, a proteção de uma relação diferenciada com a terra, baseada no uso comum e na harmonia com os recursos ambientais nela existentes, e prevaleceu formalmente a singularização da propriedade privada.

Pretende-se, neste trabalho, descolonizar o estudo das propriedades, de forma a nele abarcar as diversas formas, visões e saberes sobre a relação com a terra, o que implica pensar formas de interação, não hierarquização e de convivência dessas propriedades. No campo jurídico, isso implica um novo agir, que é autorizado pela Constituição, tendo em vista o seu claro compromisso com o respeito à diferença e com a redução de desigualdades.

Outro aspecto relevante é o combate a uma cidadania de segunda classe que foi imposta aos povos indígenas, acarretando-lhes uma desvantagem social sistemática. Nesse sentido, persiste até hoje uma permanente hierarquização, que se materializa em algumas sentenças: a terra só é útil se for explorada economicamente, e os seus recursos devem ser maximizados; os saberes das

⁸ A questão referente às colonialidades será tratada no capítulo 2, mas, em linhas gerais, pode-se dizer que a colonialidade do poder consiste em um padrão de poder, gerado pela colonização, que naturalizou as diferenças e permitiu a distinção entre pessoas com base na ideia de raça. A colonialidade do ser importa a inferiorização de certos seres humanos, como negros e indígenas, ao passo que a colonialidade do saber pressupõe a superioridade da forma eurocêntrica de compreender o mundo. QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina”. In: LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000.

comunidades, tidos como não racionais, são úteis apenas enquanto objeto para a produção de conhecimento científico moderno; o meio ambiente e os recursos naturais são encarados como objeto a ser explorado, um meio de produção para garantir certa utilidade ao desenvolvimento humano; e apenas a integração desses grupos ao mercado os colocará em pé de igualdade com o restante da sociedade.

Vários povos convergem, no entanto, pela negação da modernidade/colonialidade enquanto monocultura do saber e do produzir, embora cada povo guarde aspectos específicos desta resistência, de acordo com processos históricos determinados. A territorialidade funciona como fator de identificação, defesa e força, e laços solidários e de ajuda mútua compreendem um conjunto de regras firmadas sobre uma base física comum, essencial e inalienável⁹.

Esta dissertação está dividida em cinco capítulos. No primeiro capítulo, descreve-se a profecia de Davi Kopenawa sobre “a queda do céu” para demonstrar a importância do direito à diferença no tratamento dos povos indígenas e a importância de contestar a noção do sujeito desenraizado e abstrato da teoria liberal. A contribuição de trabalhos como o de Amartya Sen e de autores comunitaristas será apresentada, bem como a própria autocrítica de autores liberais a essa abstração. Discute-se ainda a importância de identificar a opressão e a dominação na construção de certos parâmetros e noções sobre a igualdade, para o que as teorias feministas e as teorias do reconhecimento ofereceram grande suporte. A combinação de aspectos de reconhecimento e redistribuição, proposta por Nancy Fraser, será valorizada. Analisa-se ainda a repercussão dessas construções na elaboração do multiculturalismo liberal e na valorização de grupos identitários não hegemônicos, especialmente povos indígenas. Apesar das contribuições do multiculturalismo, os seus limites são evidenciados, sobretudo na aplicação a uma realidade como a brasileira.

No capítulo 2, os aportes pós-colonial e descolonial são utilizados para aprofundar a compreensão das feridas decorrentes da dominação colonial e para fundamentar a construção de um diálogo intercultural que trate os grupos subalternos de forma não hierarquizante. O trabalho de autores como Edward Said, Homi Bhabha e Gayatri Chakravorty Spivak, pela teoria pós-colonial, e de Aníbal Quijano, Walter D. Mignolo, Catherine Walsh e Boaventura de Sousa Santos, no tratamento da perspectiva descolonial, são destacados. Busca-se, em resumo, construir, a partir de parâmetros descoloniais, as bases da interculturalidade, que afaste a predominância da visão deferente à modernidade/colonialidade, mas não a recuse por completo. A ênfase será conferida ao aprendizado recíproco entre culturas e à superação da chamada colonialidade do poder. Os impactos da compreensão intercultural no modo de entender os povos indígenas no Brasil também serão apresentados, de modo a compreender o igual valor da identidade indígena tanto em situações de distintividade cultural mais evidente como nos chamados processos de etnogêneses. As experiências

⁹ Cf. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de Quilombo, Terras Indígenas, “Babaçuais Livres”, “Castanhais do Povo”, Faxinais e Fundos de Pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2ª ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 133.

do novo constitucionalismo latino-americano e de Cortes do sul global na aplicação da interculturalidade também serão analisadas.

O capítulo 3 busca relacionar a história da propriedade privada no Brasil com o processo de concentração fundiária que ocorreu no país, bem como os efeitos que causou a outras formas de apropriação da terra. Procura-se descrever as mutações da legislação colonial e examinar como elas atendiam aos diversos projetos nacionais destinados aos indígenas. Busca-se também demonstrar que os indígenas não eram sujeitos plenamente passivos nesses processos, a despeito dos processos de dominação a que estavam submetidos. As profundas alterações provocadas pela instituição da propriedade privada, decorrente da Lei de Terras (1850), e os significados da atribuição da cidadania aos indígenas são tópicos relevantes para a compreensão do presente. A criação doutrinária do indigenato, como resposta a uma prática de espoliação dos territórios indígenas, também é examinada, sobretudo à luz da visão positivista inaugurada pela República e da aparição constitucional da matéria indígena, a partir de 1934. Propõe-se também uma análise crítica da jurisprudência do STF até 1988. Ao final, abre-se espaço para o exame dos processos sociais e políticos que se enfrentaram na Assembleia Constituinte de 1987/1988 e culminaram no texto constitucional atual.

O capítulo 4 trata da interpretação constitucional dos direitos territoriais indígenas após 1988. As principais contribuições doutrinárias são apresentadas, e o instituto do indigenato ganha destaque, pois foi resgatado como fundamento para a garantia dos direitos territoriais, com base na expressão “direitos originários”, presente no art. 231 da Constituição. Analisa-se ainda a jurisprudência do STF sobre a matéria, em especial o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, no qual o tribunal propôs a substituição do indigenato pela teoria do fato indígena, mais restritiva dos direitos territoriais indígenas. A insuficiência de ambas as teorias é a conclusão a que se chega ao final do capítulo.

O capítulo 5 descreve a proposta de interpretação intercultural a que se refere o título do presente trabalho, que contém três diretrizes. A primeira é o tratamento dos direitos territoriais como propriedades, indicando-se o seu fundamento não apenas no art. 231, mas também no art. 5º, XXII. A segunda é a historicidade da cidadania de segunda classe dos povos indígenas, o que permite entender as reivindicações territoriais no presente, sendo desnecessária a exigência de uma linearidade quase arqueológica com o passado. A terceira consiste nas tarefas atinentes ao protagonismo indígena, sobretudo nos processos de demarcação de territórios, com vistas a permitir a apresentação de suas cosmovisões e saberes. Com base nessas diretrizes, enfatiza-se a importância da proteção desses direitos mesmo antes do processo demarcatório (“enquanto a demarcação não vem”), tendo em vista a inércia estatal e a atuação deliberada do governo brasileiro pela não concretização desses direitos.

Ao fim e ao cabo, espera-se que o debate sobre a concretização dos direitos territoriais indígenas deixe de ser analisado com frieza ou desdém. Pensar os direitos territoriais indígenas é também pensar o tipo de projeto que queremos para a sociedade brasileira. Este trabalho vislumbra um país reconciliado consigo próprio e firme na crença de que a sociodiversidade de nossa história é um trunfo, e não um problema¹⁰.

¹⁰ GIANETTI, Eduardo. *Trópicos utópicos: Uma perspectiva brasileira da crise civilizatória*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 172.

1. OS CAMINHOS DO MULTICULTURALISMO E SEUS LIMITES

*Malgrado meu desejo de declarar-te irmão
e contigo fruir alegrias fraternas
Só tenho para dar-te em turvo condomínio o
pesadelo urbano de ferros e de fúrias
em contínuo combate na esperança de paz
(Carlos Drummond de Andrade¹¹)*

O reconhecimento de direitos especiais a grupos minoritários é um tema que move debates acerca do alcance do princípio da igualdade e da garantia de estabilidade social ante a possibilidade de convivência de grupos possuidores de cosmovisões e anseios distintos. As lutas identitárias, que se fortaleceram nos anos 1970, contestaram a noção abstrata ou desenraizada de sujeito e cobraram outra postura do Estado para garantir o respeito à diferença. Nos anos 1990, o fim da guerra fria e os efeitos da globalização abalaram a noção de Estado-nação, e a dispersão de elementos étnicos impactou a noção liberal de homogeneidade cultural dentro dos limites estatais. Cresceu, assim, a preocupação com formas de convivência e políticas de acomodação em favor das minorias.

Nesses debates, a suposta neutralidade preconizada pelo liberalismo político é objeto de fortes críticas. O liberalismo político procura dissociar as noções de bem e de justo, de modo a permitir a convivência de distintas concepções de bem em uma sociedade, por isso se diz neutro e cego às diferenças. Essa neutralidade, porém, não é real, pois revela um favorecimento a valores dominantes relacionados aos grupos que ostentem uma posição privilegiada na sociedade. Assim, quando não se enquadram no padrão hegemônico, práticas culturais de grupos minoritários tendem a ser rejeitadas, proibidas e até criminalizadas.

Diante dessa realidade complexa, o multiculturalismo surge como construção teórica que almeja promover uma melhor acomodação entre pluralismo, diferença e estabilidade. Em sua vertente liberal, o multiculturalismo busca, com ainda mais ênfase, compatibilizar os direitos dos grupos com o respeito à condição de cada indivíduo. No caso dos povos indígenas, cuja organização social se distancia do modelo ocidental, tais questões repercutem na própria existência do grupo.

Neste capítulo, pretende-se apresentar as correntes do pensamento crítico que convergem para o multiculturalismo, bem como os aspectos positivos e as insuficiências de suas abordagens quanto ao reconhecimento de direitos indígenas, especialmente os territoriais. Para compreender a

¹¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. KREEN-A-KARORE. In: _____. *Discurso de primavera e algumas sombras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 19.

diversidade de doutrinas e cosmovisões, faz-se necessário, de início, recorrer à reflexão de uma das principais lideranças indígenas do país, o xamã yanomami Davi Kopenawa, cujo relato servirá de referência para a análise a seguir.

1.1 A profecia de Davi Kopenawa

Em “A queda do céu: Palavras de um xamã yanomami”, Davi Kopenawa apresenta sua trajetória ao antropólogo Bruce Albert e ao público, mostrando a visão do povo Yanomami¹² sobre o mundo. Uma autoetnografia, um relato de vida e um manifesto cosmopolítico, tudo ao mesmo tempo, como diz o coautor no prefácio, em que a visão de um observador indígena, no século XXI, descreve as violências praticadas contra o seu povo e condena a incompreensão dos brancos sobre as consequências de seus atos.

Como espectador privilegiado, Kopenawa mostra os impactos do contato de seu povo com a sociedade regional e os reflexos em sua percepção acerca de questões existenciais. Desde a infância, ele conviveu com as invasões do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), de garimpeiros, missões religiosas e fazendeiros. Na relação com os *napë*, como chama os brancos¹³, o xamã yanomami assiste à destruição da floresta e à valorização desmedida da mercadoria, as quais colocam em marcha a concretização da profecia da “queda do céu”, quando tudo se acabará.

Kopenawa ainda era criança na época em que houve a dizimação das pessoas de sua comunidade, em *Marankana*, no alto rio Toototobi, no extremo norte do Amazonas, em razão de epidemias por doenças transmitidas por funcionários do Estado brasileiro e por integrantes de uma missão religiosa estadunidense. Entre as décadas de 1950 e 1960, perdeu diversos parentes, inclusive pai e mãe.

Os primeiros brancos que conheceu eram os funcionários do Estado, responsáveis pela delimitação das fronteiras nacionais. Quando a vinda foi anunciada, as mães de *Marakana* mandaram os filhos se esconderem, pois temiam que aqueles homens os roubassem delas, como já ocorrera em outras oportunidades. Mais do que a própria cara feia dos homens, suas roupas e procedimentos, Kopenawa temia o ronco de seus motores, as vozes de seus rádios e os estampidos

¹² O povo Yanomami ocupa um espaço de floresta tropical de cerca de 230 mil quilômetros quadrados, nas duas vertentes da serra Parima, entre o alto Orinoco (no sul da Venezuela) e a margem esquerda do rio Negro (no norte do Brasil), abrangendo os Estados do Amazonas e Roraima. Sua população, no lado brasileiro, era estimada em cerca de 23 mil indígenas em 2016. Cf. ALBERT, Bruce. *Povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/povo/yanomami>>. Acesso em 30 out. 2017.

¹³ O termo originalmente significa “inimigos”, mas passou a designar os “brancos”. Outras etnias fazem a mesma referência, como os Parakanã, que ao longo do tempo passaram a fazer uma distinção entre inimigos indígenas e inimigos brancos. Sobre o tema, ver: FAUSTO, Carlos. *Inimigos fiéis: história, guerra e xamanismo na Amazônia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 471-472.

de suas espingardas¹⁴. Os aviões assustavam até os adultos, cujo zumbido fazia todos correrem e se esconderem pela floresta. Temiam que o avião pudesse cair e provocar um incêndio.

O contato com os missionários foi inicialmente amistoso. Foram eles que lhe deram o nome bíblico Davi. Conforme a relação se estabilizava, vários hábitos, como mascar folhas de tabaco, beber o pó alucinógeno de *Yãkoana hi*¹⁵ e acompanhar as danças dos espíritos passaram a ser tratados como práticas pecadoras. Para adorar a *Teosi*, o Deus dos missionários, era necessário rejeitar os *xapiris*¹⁶ e negar as palavras de *Omama*, o demiurgo da mitologia yanomami.

Mesmo com as proibições, os missionários não eram capazes de conter as “fumaças de epidemia”, como os Yanomami chamavam as doenças trazidas pelos brancos. Os efeitos do sarampo eram devastadores, a pele ficava coberta de placas avermelhadas e as pessoas se arranhavam para acalmar a coceira, ficando em carne viva. Perdiam o cabelo, e o rosto ficava inchado¹⁷. A perda de confiança nos missionários e a falta de respostas por *Teosi* levaram à recusa da pregação religiosa e à busca pelos *xapiris*. Um dos fatos que Kopenawa lembra com lamento foi o enterro de sua mãe debaixo da terra. O rito cristão de enterro do cadáver não condiz com a perspectiva yanomami de ritos atinentes à morte, em que o trabalho de luto é encerrado pela incineração dos ossos do defunto¹⁸.

Kopenawa começou a trabalhar na Fundação Nacional dos Índios (FUNAI) na década de 1970, durante a construção da rodovia Perimetral Norte¹⁹, período que foi decisivo para a sua tomada de consciência. Ele ainda era muito influenciado pelos brancos. No posto da FUNAI em Ajuricaba, ganhava roupas e rede de algodão. Desejava imitá-los. Queria vestir calças e usar óculos, ter motor de popa para correr pelos rios para todos os lados. Desejava as mercadorias. Ao ver o andamento das obras, porém, ficava atormentado: “Os brancos rasgam a terra da floresta. Derrubam as árvores e explodem as colinas. Afugentam a caça. Será que agora vamos todos morrer das

¹⁴ KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. *A queda do céu: palavras de um xamã yanomami*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 244.

¹⁵ *Yãkoana hi* ou *Yãkoana a* é a ucuuba-vermelha, árvore da qual se extrai o pó alucinógeno *yãkoana a*, que tem como princípio ativo mais destacado a dimetiltriptamina. Cf. *Ibid*, p. 597.

¹⁶ *Xapiri* é um termo yanomami que designa tanto os xamãs (homens-espírito) – *xapiri thëpë* – os espíritos auxiliares (*xapiri pë*).

¹⁷ KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. *Op. cit.*, nota 14, p. 266.

¹⁸ Cf. RAMALHO, Moisés. *Os Yanomami e a morte*. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Antropologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. 168 f.

¹⁹ A Perimetral Norte (BR-210) foi construída durante a ditadura civil-militar para fazer a ligação entre os Estados de Amazonas, Pará, Amapá e Roraima. A obra não foi totalmente finalizada. Os impactos sobre o povo Yanomami foram narrados pela Comissão Nacional da Verdade, que destacou a omissão na vacinação preventiva daquele povo, como causa de epidemias e mortes. Cf. BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade*. Relatório Final. Vol. II. Texto 5. Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas, p. 231.

fumaças de epidemia de suas máquinas e bombas?²⁰”. Na mesma época, a iniciação no xamanismo permitiu a ele desenvolver uma reflexão cosmológica sobre o mundo dos brancos, suas mercadorias e sobre a destruição da floresta e as mudanças climáticas.

Posteriormente, os impactos de atividades garimpeiras no território Yanomami e a violência de massacres nas décadas de 1980 e 1990 levaram Kopenawa a engajar-se politicamente com outros indígenas na defesa de direitos territoriais, percorrendo o Brasil e o mundo. Os brancos haviam voltado à região para extrair ouro. As lâminas das ferramentas (facões, machados e tesouras) exalavam um odor adocicado, que se espalhava por toda parte e fazia tossir e adoecer, causando mais mortes.

Aos olhos dos *xapiris*, diz Kopenawa, a terra é estreita e cheia de cicatrizes; tem nas bordas as marcas das queimadas dos colonos e dos fazendeiros, e no centro carrega as manchas da lama dos garimpeiros. Se não fosse xamã, Kopenawa crê que jamais saberia como fazer para defender a floresta. A paixão pela mercadoria e pelo dinheiro levou os brancos a cortar árvores, maltratar a terra e a sujar os rios. Atacam as terras dos índios porque já quase não há floresta em sua terra doente e não podem beber a água dos seus rios²¹.

Como habitantes da floresta, Kopenawa mostra que o estudo dos Yanomami é outro. Aprenderam as coisas bebendo o pó de *yãkoana* com os xamãs mais antigos. Assim conheceram os *xapiris*, que abrem os caminhos e mandam construir casas de espíritos. Não têm traços para desenhar as palavras em linhas porque são outra gente, que aprende com *yãkoana* e com os espíritos da floresta. Para conhecer as coisas, diz ele, é necessário sonhar, pois os caminhos dos *xapiris* é que fazem crescer o pensamento.

Diante da hostilidade dos brancos e de tantos episódios de violências, Kopenawa apresenta a profecia que dá nome ao livro: se todos desaparecerem, a terra e o céu vão despencar no caos. Por isso ele pede que os brancos escutem a sua voz, pois “se os cantos dos xamãs deixarem de ser ouvidos na floresta, eles (brancos) não serão mais poupados do que nós²²”. Sem os xamãs, a floresta não ficará em pé sozinha. A floresta virará outra e o céu ficará coberto de nuvens escuras. Choverá sem parar. Um vento de furacão vai soprar sem parar. Não haverá silêncio nem mata. O solo vai se rasgar aos poucos. Nas cidades, os edifícios e os aviões também vão cair. Mas como os brancos não ouvem, parecem não temer a “queda do céu”.

²⁰ KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. *A queda do céu: palavras de um xamã yanomami*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 305.

²¹ Diferentemente dos brancos, quando morre um pai yanomami, seus filhos não pensam em dividir as mercadorias, pois devem queimá-las. Queimam as redes, as flechas, as cabaças e os adornos de plumas. Os verdadeiros bens são as coisas da floresta, pois nunca morrem: água, peixes, caça, árvores e frutos, pedras, céu e sol. KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. *A queda do céu: palavras de um xamã yanomami*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 410-411.

²² *Ibid*, p. 492.

1.2 “Igualdade de quê?” e “De onde eu venho?”: o liberalismo, a diversidade humana e o comunitarismo

A narrativa de Davi Kopenawa provoca-nos a meditar sobre o reconhecimento e o direito à diferença. Nos últimos quarenta anos, as diversas correntes do pensamento crítico vêm debatendo mecanismos e arranjos institucionais para garantir os direitos de minorias em uma sociedade liberal e democrática. Neste debate, despontam temas como a adoção de políticas de inclusão desses grupos no debate público e o respeito às suas identidades. Nem sempre, porém, as diversas formas de pensar são igualmente apreciadas, devido a um tratamento que subestima a contribuição de percepções como a do xamã yanomami.

Rico em ensinamentos e fortemente crítico à sociedade capitalista em que vivemos, o depoimento conduz a alguns questionamentos. Qual a disposição em ouvir a fala do outro, sobretudo quando ela carrega valores distintos e concepções alternativas de vida, trabalho, natureza e relação com a terra? Ou, de maneira mais direta: é possível assegurar um diálogo entre povos que efetivamente acarrete um aprendizado recíproco, que internalize visões não hegemônicas e incorpore com naturalidade as distintas preocupações existentes?

O sistema político liberal clássico, que se dizia cego às diferenças e pretensamente neutro, esconde escolhas em favor de visões dominantes, a começar pelo fato de o sujeito abstrato corresponder ao reflexo de identidades específicas de gênero (homem), classe (burguês) e raça (branco). A noção abstrata não resiste ao fato da diversidade humana e à importância que o pertencimento a uma comunidade exerce na constituição de cada indivíduo.

O ser humano está historicamente situado e a forma como age e pensa deve muito às relações com as pessoas que estão a seu redor. Famílias, vizinhos, comunidades e relações de produção contribuem para moldar os anseios de cada pessoa. Aliado a isso, percebe-se que a ideia de um ser humano universal abstrato, desconectado de uma trajetória e de uma história de vida, esconde a projeção de uma visão hegemônica de um sujeito concreto que é representativo de uma visão historicamente situada. Não é possível, pois, pensar a trajetória de Davi Kopenawa sem atentar para a sua experiência concreta, seus encontros com os *xapiris* e sua rejeição à mercadoria capitalista.

Seja pelo véu da ignorância²³, seja pela distribuição de conchas em uma ilha deserta²⁴, nem mesmo as teorias liberais igualitárias colocam a diversidade no centro da discussão da distribuição de recursos em uma sociedade. Criticando a imagem do véu da ignorância, Amartya Sen observa que a diversidade é um fator que deveria ser considerado desde o início, uma vez que as pessoas são diferentes em vários aspectos, como ambiente natural e social em que vivem, características externas e pessoais (idade, sexo, habilidades físicas e mentais etc.), de modo que a igualdade deve ser confrontada com dois tipos de diversidades: a heterogeneidade básica de seres humanos e a multiplicidade de variáveis pela qual a igualdade pode ser julgada²⁵.

Para o autor indiano, toda teoria sobre igualdade está baseada em alguma métrica de igualdade, em que se escolhe um espaço de avaliação, com a consequência de gerar desigualdades em outros espaços. Assim, a questão central não é perguntar “por que igualdade?”, mas sim “igualdade de quê?”.

²³ Em “Uma teoria de justiça”, John Rawls constrói uma teoria política normativa em favor de um sistema ideal de funcionamento da sociedade, que leve em conta a igualdade moral entre indivíduos. Neste modelo, Rawls indaga quais princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade as pessoas estabeleceriam em um acordo original. Na chamada posição original, o véu da ignorância sobre os participantes afasta o conhecimento que cada um tem sobre seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social, bem como acerca de sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais. Rawls aposta que, na posição original, pessoas razoáveis e mutuamente desinteressadas, sob o véu da ignorância, escolheriam dois princípios de justiça. O primeiro corresponde às liberdades fundamentais, que devem ser iguais para todos. O segundo princípio abrange duas partes: a igualdade de oportunidades, segundo a qual as desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade de oportunidades, e o princípio da diferença, segundo o qual as expectativas mais elevadas dos que estão em melhor situação serão justas se, e somente se, fizeram parte de um esquema que eleve as expectativas dos membros mais desfavorecidos da sociedade. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4ª ed. rev. e atual. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

²⁴ Ronald Dworkin é outro autor liberal igualitário que se vale de um recurso hipotético para explicar a sua concepção de justiça: pessoas náufragas em uma ilha deserta devem fazer a distribuição de recursos. Para tanto, cada um é dotado de um igual número de conchas com as quais está autorizado a adquirir certos recursos em um leilão hipotético. Não há, neste caso, um véu de ignorância, pois as pessoas têm exata consciência das suas condições sociais, de raça, gênero, etnia e de seus talentos naturais. A perspectiva dworkiana baseia-se na ideia de que as pessoas adquirirão, no contexto de escassez de recursos, exatamente o que desejam, aplicando-se ainda um teste de inveja, segundo o qual o leilão só é válido se ninguém desejar os recursos do outro, mesmo que tenha tido a oportunidade de escolhê-los. No leilão, as pessoas sabem seus planos de vida e suas preferências. Não têm ciência, porém, de seus talentos e de sua capacidade de converter as coisas em riqueza, renda e bem-estar. A teoria de Dworkin contém dois princípios fundamentais: igual importância e a responsabilidade especial. A igual importância não significa que todos são igualmente racionais bons ou que todos devem ter a mesma riqueza, mas requer que o governo deve buscar uma igualdade material (que ele chama de igualdade de recursos) por meio da adoção de leis e políticas com vistas a garantir que os destinos sejam insensíveis à sorte bruta das pessoas, ou seja, episódios ou condições sobre os quais elas não tiveram nenhuma ingerência (trajetórias, gênero, raça, habilidades, deficiências). O segundo é o da responsabilidade especial, que significa que todos somos responsáveis pela nossa sorte escolhida – a sorte que decorre de nossas escolhas no leilão. Não há redistribuição em razão das escolhas decorrentes de sorte escolhida. Cf. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 544.

²⁵ SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. London: Oxford, 1992, p. 22-23.

Pessoas com os mesmos bens primários²⁶ podem ter diferentes liberdades para buscar suas concepções de bem. Uma pessoa com deficiência, por exemplo, não tem a mesma facilidade que uma pessoa sem deficiência para converter a renda que recebe mediante algum tipo de política redistributiva. Da mesma forma, com a mesma quantidade de bens primários, uma mulher grávida tem muito menos liberdade para buscar seus objetivos que o homem que não esteja nessas condições²⁷. Um indígena, poderíamos acrescentar, pode sentir-se plenamente atendido em um tratamento de saúde se forem observados cuidados espirituais, como se viu no relato sobre os *xapiris* dos Yanomami, mas pode não ter o tratamento adequado se lhe forem oferecidos antibióticos na quantidade tida como adequada para os não indígenas.

Deve-se adicionar que a situação de uma minoria étnica não pode ser pensada de maneira idêntica à de uma população pobre do campo, pois isso significa desconhecer as trajetórias e as necessidades quanto à relação diferenciada com a terra e a natureza e com uma perspectiva de saúde fortemente atrelada à chamada medicina tradicional. Como afirma Eduardo Viveiros de Castro, a tentativa de tratar o índio como pobre é tentar pensá-lo em “igual a nós”, quando na verdade o que ele quer é ser diferente de nós²⁸.

Em sintonia com a objeção comunitarista ao liberalismo, deve-se reconhecer que a imersão do indivíduo em sua comunidade é decisiva para a constituição do ser²⁹. A abstração do sujeito levou à noção de “ser desenraizado” (*unencumbered self*), que desconsidera a importância da vida em comunidade e da noção de pertencimento para a constituição do indivíduo. Se o sujeito é concreto, historicamente situado³⁰, as pessoas não necessariamente escolhem seus fins, mas os descobrem, conforme as práticas dos grupos a que pertencem, de modo que a pergunta fundamental não é “quem quero ser?” ou “o que desejo fazer da vida?”, mas sim “quem sou?” e “de onde venho?”³¹.

²⁶ A expressão “bens primários” é utilizada por John Rawls. Como pressuposto da aplicação dos princípios de justiça, há a necessidade de que a estrutura básica da sociedade distribua certos bens primários, ou seja, coisas que todo indivíduo racional presumivelmente quer. Nisso se incluem direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza - como bens primários sociais - e saúde, vigor, inteligência e imaginação - como bens primários naturais. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4ª ed. rev. e atual. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 75-76.

²⁷ SEN, Amartya, *Inequality reexamined*. London: Oxford, 1992, p. 27.

²⁸ CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_no%C3%A7%C3%A3o_de_etnoc%C3%ADdio_com_especial_aten%C3%A7%C3%A3o_ao_caso_brasileiro. Acesso em 13 jun. 2017.

²⁹ O comunitarismo retoma a concepção hegeliana de que a imersão do indivíduo em sua comunidade é decisiva para a constituição do ser, que também havia sido objeto de preocupação em Marx. Cf. MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Tradução de Nélio Schneider e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 40

³⁰ Cf. SANDEL, Michael J. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. In: GOODIN, E; PETTIT, Philip (eds.). *Contemporary Political Philosophy: An Anthology*. Massachusetts: Blackwell Publishers, 1997, p. 247-255.

³¹ Cf. GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 140.

O atomismo da visão liberal clássica desconsidera que a cultura é o que torna possíveis os bens e concebíveis as ações e sentimentos³². Não existe um comportamento que seja identificado a priori e independente de intenções, crenças e conjuntos. Há um caráter histórico básico na condução das vidas humanas, de modo que a história de cada um é embebida da história da comunidade da qual deriva sua identidade, o que enseja a construção das universalidades a partir das particularidades, e não o contrário³³.

Reconhecer o fato da diversidade e admitir que a constituição do sujeito remete ao seu pertencimento a determinada comunidade não são, contudo, suficientes³⁴. A trajetória de Davi Kopenawa e do povo Yanomami mostra que a abertura à diferença não pode prescindir da cognição das formas de opressão e dominação exercidas. Por isso, é necessário discutir as hierarquizações que precedem os desenhos institucionais e mantêm as formas desejadas pelos grupos hegemônicos³⁵.

1.3 A opressão e a dominação sobre grupos minoritários: a contribuição do feminismo

Uma concepção de justiça que desafia a dominação institucionalizada e a opressão deve oferecer uma visão heterogênea sobre o público e reconhecer e afirmar as diferenças de grupo, abrangendo não apenas instituições políticas, jurídicas, econômicas e sociais, mas também o poder político, as decisões políticas, a divisão do trabalho e a cultura.

Segundo Iris Young, o conceito de opressão diz respeito a processos institucionais sistemáticos que impedem algumas pessoas de apreenderem e usarem habilidades satisfatórias e expansivas em conjuntos socialmente reconhecidos, ou processos institucionalizados que inibem a habilidade das pessoas para agir e comunicar-se com outros ou expressar seus sentimentos e

³² Cf. TAYLOR, Charles. Irreducible social goods. In: _____. *Philosophical arguments*. Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1995, p. 127-145.

³³ Cf. MACINTYRE, Alasdair. The Virtues, the Unity of a Human Life and the concept of a Tradition. In: SANDEL, Michael (ed.). *Liberalism and its critics*. New York: New York University Press, 1984, p. 125-148.

³⁴ Embora não tenha dirigido uma resposta aos comunitaristas, John Rawls procurou ajustar a sua teoria de justiça e reviu alguns de seus conceitos. A força do “fato do pluralismo” e da diversidade de concepções nas sociedades contemporâneas ganhou muito peso na obra “Liberalismo político”, no qual reconhece que sua proposta não prestava a devida atenção à pluralidade de doutrinas e de visões de mundo. Rawls reconhece que a sociedade ordenada prevista em “Uma teoria de justiça” não era realista, já que uma sociedade democrática pressupõe não apenas uma série de doutrinas abrangentes (religiosas, filosóficas e morais), mas também a incompatibilidade entre essas doutrinas. Nesta reformulação, busca-se a construção de um consenso sobreposto, sendo a estabilidade alcançada mediante consenso sobre a concepção política de justiça. Cf. RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução de Sergio René Madero Báez. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 137.

³⁵ Cf. ANDERSON, Elizabeth S. What is the point of equality? *Ethics* 109, nº 2, January 1999, p. 312.

perspectivas na vida social em contextos onde outros podem ouvir³⁶. Já a dominação, que pode estar incluída na opressão ou ser gerada por ela, consiste em um fenômeno sistêmico ou estrutural que exclui pessoas da participação em determinar suas ações ou as condições de suas ações. Tais processos são sistêmicos porque dirigem-se a uma pessoa simplesmente pelo fato de ser membro de um grupo³⁷.

A classificação em grupos sociais é uma exteriorização da opressão. A identificação de um grupo emerge no encontro e na interação entre coletividades sociais que experimentam algumas diferenças nos seus modos de vida e nas suas formas de associação, ainda que eles se considerem pertencentes à mesma sociedade³⁸. Não se trata de diferenças relacionadas a um atributo qualquer – como cor do olho ou morar na mesma rua, mas de formas culturais, situações sociais e histórias dos grupos, forçadas ou forjadas por eles ou pelos outros.

As teorias políticas feministas, em suas diversas vertentes, são caudatárias da crítica aos limites das instituições liberais. A despeito do teor democrático e igualitário, essas instituições reproduzem e naturalizam a opressão e a dominação³⁹. Com enfoque na desigualdade de gênero⁴⁰, a crítica à separação entre a esfera pública e a esfera privada mostra como a atribuição de papéis sociais às mulheres são uma maneira de conformar e acentuar sua posição subordinada e expor as relações de poder na vida cotidiana, pois são excluídas da primeira e estão em posição submissa na segunda. Assim, diante da dominação masculina, evidenciam-se os limites da universalidade e da ideia de neutralidade liberais.

A ideia liberal de que as desigualdades sociais da esfera privada não são relevantes para a igualdade política obscurece a submissão das mulheres aos homens dentro de uma ordem aparentemente universal, igualitária e individualista⁴¹. Assim, os critérios supostamente universais que regem a sociedade civil (esfera pública) são, em verdade, aqueles associados ao indivíduo do sexo masculino. Produzem-se dicotomias que associam ao feminino a natureza, o pessoal, o emocional, o amor, o privado, a intuição e, ao masculino, a cultura, o político, a razão, a justiça, o

³⁶ YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University, 1990, p. 38.

³⁷ Ibid, p. 52.

³⁸ Ibid, p. 43.

³⁹ Sobre as diversas correntes do feminismo, ver: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flavia. “Feminismo e Política”. São Paulo: Boitempo, 2013; SILVA, Cristina Telles de Araújo. *Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

⁴⁰ A categoria “gênero” está relacionada à institucionalização social das diferenças sexuais, ou seja, ao entendimento de que as diferenciações sexuais são socialmente construídas. Nesse sentido, ver: OKIN, Susan Moller. “Gênero, o público e o privado”. Tradução de Flávia Brasil. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 16 (2): 440, maio-agosto/2008, p. 305.

⁴¹ Cf. PATEMAN, Carole. “Críticas feministas à dicotomia público/privado”. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Teoria política feminista: textos centrais*. Niterói: Editora da UFF, 2012, p. 57.

público, o universal e a liberdade. A mulher possui uma função natural de procriar e deve estar situada no espaço doméstico, ao passo que os homens detêm cultura e estão aptos a atuar na esfera pública.

As ambiguidades da distinção público/privado tratam como pressuposta a ideia de família como se os seres humanos houvessem sido desde sempre maduros e independentes, desconsiderando o fato de que nascem como crianças dependentes. Não se discutem questões como a justiça interna na família⁴² e a construção social do papel da mulher à frente da criação dos filhos, com repercussões na segregação e na discriminação no trabalho e na política. Como afirma Judith Butler, os sujeitos são produzidos para atender a certos objetivos de legitimação e exclusão, e as estruturas jurídicas atendem à ocultação e à naturalização desse fenômeno por meio da “produção” de algo que elas dizem representar. A teoria feminista deve, para Butler, buscar compreender como a categoria “mulheres” é produzida e reprimida por meio das mesmas estruturas pelas quais se busca a emancipação⁴³.

Com o *slogan* “o pessoal é o político”, as feministas vão contestar a afirmação liberal sobre o privado e o público ao demonstrar que a posição que lhes é atribuída e as suas circunstâncias pessoais a que estão sujeitas é fruto de fatores públicos e de designações que se baseiam na divisão sexual do trabalho em casa e no local de trabalho. O enfrentamento dessas condições deve ser feito pela ação política.

Essas dicotomias serão também abordadas pelas teorias pós-coloniais e descoloniais ao cuidarem dos efeitos da colonização e das colonialidades sobre os povos dominados⁴⁴, com o fim de demonstrar que as opressões são praticadas silenciosamente, por meio de discursos, pressuposições e símbolos que partem de um modelo de sociedade em que certas características são associadas positivamente a um grupo (homem, heterossexual, europeu) e outras negativamente aos demais grupos (mulheres, negros, homossexuais, indígenas, americanos).

Se pensarmos nos povos indígenas que estão no Brasil, a opressão e a dominação são conceitos que ajudam a explicar os silenciamentos e esquecimentos que historicamente foram manejados contra eles. A adoção de processos institucionais sistemáticos que tentaram sufocar a utilização da língua e a tentativa de controle do seu comportamento e das suas manifestações ocorreram não apenas no período colonial, mas também em períodos recentes da história do país, como na ditadura civil-militar (1964-1985), com impactos no presente.

Desde práticas de extermínio mais claras, provocando violências reais e mortes por ataques, até os processos de “pacificação”, que buscavam afastar os indígenas das frentes de expansão e

⁴² Cf. OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. Tradução de Flávia Brasil. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 16 (2): 440, maio-agosto/2008, p. 309.

⁴³ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 19.

⁴⁴ Veja-se, a respeito da colonialidade, o capítulo 2.

retirá-los de seus territórios para garantir a realização de empreendimentos estatais ou o avanço sobre a fronteira econômica, a colocação desses grupos em uma posição de inferioridade e fragilidade sempre foi a regra, paralelamente à construção de um imaginário de inferiorização e de negação da identidade.

É possível, assim, visualizar a presença das cinco faces da opressão mencionadas por Young: exploração, marginalização, falta de poder, imperialismo cultural e violência⁴⁵. A exploração está presente na espoliação de riquezas e de recursos de seus territórios, de exploração de seu trabalho e, mais intensamente nos últimos tempos, do conhecimento tradicional. A marginalização pode ser vista em vários lugares como uma consequência da falta de reconhecimento de direitos básicos, especialmente os territoriais, com impactos flagrantes em locais de grande conflituosidade, como ocorre com os Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul⁴⁶ ou com os Tupinambá de Olivença na Bahia⁴⁷. A falta de poder é fruto de arranjos institucionais que não são pensados para acolher a diferença e a participação política dos indígenas – nas Cortes, no Poder Legislativo e no Poder Executivo – e que não assegura concretamente o respeito aos processos próprios de aprendizagem (previstos no art. 210, § 2º, da Constituição). A resistência quanto à aplicação da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (Convenção nº 169/OIT), que trata, entre outras coisas, da consulta prévia aos povos indígenas em caso de decisões administrativas ou legislativas que os afetam, é um exemplo disso⁴⁸. O imperialismo cultural e a violência também estão presentes: o

⁴⁵ A injustiça da exploração consiste em processos que causam uma transferência de energias de um grupo a outro para produzir distribuições desiguais. A marginalização significa expelir alguns grupos da participação útil na vida social e potencialmente sujeitá-lo à privação material severa e até ao extermínio. A falta de poder corresponde à impossibilidade de participação nos processos decisórios, com submissão à autoridade de outras pessoas no trabalho e pouca autonomia e autoridade sobre si próprio. O imperialismo cultural corresponde à forma como os significados dominantes estigmatizam grupos, tratando-os como outros, universalizando a cultura ou a experiência de um grupo em face de outros. A violência não se resume a aspectos físicos, mas também a assédio, intimidação, com o propósito de degradar, humilhar e estigmatizar grupos. É o que se depreende da diferença entre homens e mulheres e indígenas e europeus. Cf. YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University, 1990, p. 53-57.

⁴⁶ Como relata Bruno Martins Morais, após um processo de colonização baseado na expropriação de terras pela Companhia Mate Laranjeira, os indígenas Kaiowá e Guarani foram “empurrados” na década de 40 do século XX pelas frentes de colonização de fazendeiros. À medida que se abriam fazendas de pastagem ou lavouras de monocultivo, as aldeias se desintegravam, por violência, doença ou pressão de missionários, e os indígenas eram amontoados em pequenas reservas, misturando-se a indígenas de povos próximos e também de outras regiões: “Com os mecanismos próprios de regulação social enfraquecidos, no confinamento os Kaiowá e Guarani ficam totalmente dependentes da intervenção dos agentes externos para mediação dos conflitos. Este é o motivo da epidemia de mortes, sejam homicídios ou suicídios (...). Cf. MORAIS, Bruno Martins. *Do corpo ao pó: crônicas da territorialidade Kaiowá e Guarani nas adjacências da morte*. 2016. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 79.

⁴⁷ No caso dos Tupinambá de Olivença, hoje em processo de retomada de suas terras, Daniela Fernandes Alarcon descreve que o aumento da produção cacaueteira provocou na virada do século o avanço dos não indígenas sobre as terras do sul da Bahia. Houve um processo avassalador de extinção de aldeias – que passariam a ser consideradas terras estaduais públicas – e alienação das terras para particulares e processos de legitimação de posse, mediante pagamento de quantias irrisórias. Os indígenas passaram a trabalhar nas fazendas, onde a mão de obra era explorada sob o sistema de aviamento, gerando dívidas impagáveis que os deixava à mercê de coronéis. Cf. ALARCON, Daniela Fernandes. *O retorno da terra: as retomadas na aldeia Tupinambá da Serra do Padeiro, sul da Bahia*. 2013, 272 f., Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁴⁸ A Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, prevê, em seu art. 6º, o dever dos Estados de consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições

primeiro, mediante estigmatizações e hierarquizações⁴⁹; o segundo, por meio de violências reais e atos aparentemente neutros que refletem violências simbólicas.

1.4 Demandas por reconhecimento e redistribuição

Em paralelo às formas de opressão e dominação, para legitimar uma posição de inferioridade, há a construção não inocente de visões que se introjetam na sociedade e nos próprios indígenas, como as expressões “índio é vagabundo”, “índio é preguiçoso”, “índio é atrasado” e, nos últimos tempos, “índio é aproveitador”. Mais do que um estereótipo, tais visões interferem na identidade e na própria trajetória das pessoas estigmatizadas.

Se o olhar do outro nos constitui como pessoa, o reconhecimento intersubjetivo nos confere o devido respeito, e o não reconhecimento gera a desvalorização da identidade⁵⁰. O não reconhecimento e o reconhecimento indevido ocorrem geralmente quando são atribuídos certos traços negativos a um padrão culturalmente construído⁵¹, e tais estigmatizações são especialmente sentidas em fatores como etnia, gênero, orientação sexual, religião, deficiência, classe.

O debate sobre o reconhecimento tomou grande impulso com os trabalhos de autores neo-hegelianos como Axel Honneth e Charles Taylor. Honneth apresenta uma concepção ampla de reconhecimento, que abrange três esferas (amor, direito e solidariedade), em resposta a três formas

representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Apesar de ter *status* supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 466343. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008), a convenção vem sendo, na maioria das vezes, ignorada pelo Poder Executivo federal. Sobre o tema da consulta, veja-se: SALES, Isabela do Amaral. *Consulta livre, prévia e informada: garantia de direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais à luz da Constituição Federal de 1988*. 2015, Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Amazonas, 2015.

⁴⁹ Como observa Edward Said, o poder de narrar, ou de impedir a formação de outras narrativas, é muito importante para a cultura e para o imperialismo, além de constituir um ponto de conexão entre ambos. Cf. SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁵⁰ Deve-se a Hegel o tratamento do reconhecimento no âmbito filosófico. O encontro de duas consciências, na dialética entre senhor e escravo, conduz a diversas questões. As consciências não são iguais, pois há concepções de mundo distintas, mas a consciência do senhor não reconhece a autonomia da outra. Mesmo assim, o reconhecimento que o senhor obtém é cheio de contradições, já que não é verdadeiro. A dependência do reconhecimento alheio acarreta consciência de si e autoconfiança, com efeitos muito mais decisivos que o valor intrínseco que nos atribuímos. A filosofia de Hegel exercerá influência sobre os trabalhos contemporâneos acerca do reconhecimento, em especial de Axel Honneth e Charles Taylor. Cf. HEGEL, G. W. F. *Phenomenology of Spirit*. Tradução de A. V. Miller. Oxford: Oxford University Press, 1977.

⁵¹ Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 242.

básicas de violação (violação física, privação de direitos e degradação⁵²). O amor responde à violação da integridade corporal, como ocorre no caso de tortura e estupro. Neste caso, o desrespeito não se limita ao aspecto físico imediato, abrangendo também impactos psicológicos e de autoconfiança que são duradouros e não se esgotam quando da prática violadora.

O combate à privação de direitos diz respeito à expressão de interesses universalizáveis em contraste com o rebaixamento dos indivíduos. Na negação de direitos básicos, há a frustração da expectativa de um tratamento específico. Como exemplo, pode ser citada a negação de direito de voto a determinadas pessoas. Por fim, o desrespeito que abrange a degradação e a discriminação (por exemplo, a homofobia) exige medidas de reconhecimento relacionadas à reputação e ao prestígio. Na sociedade moderna, a reputação está desvinculada do *status* estamental, pois liga-se a realizações individuais associadas a valores e objetivos compartilhados socialmente⁵³. As pessoas vivem essas experiências de privação e, diante desse cenário de formas de desrespeito, passam a lutar por reconhecimento.

A abordagem de Charles Taylor diferencia-se da proposta de Honneth por enfatizar a relação entre uma identidade inferiorizada e a falta de reconhecimento com o respeito por pessoas com trajetórias culturais distintas. Ele identifica a passagem da Idade Média para a Modernidade como um momento marcado por duas mudanças fundamentais. A primeira das mudanças foi o colapso das hierarquias sociais, que formavam a base da noção de honra – própria dos estamentos -, dando lugar à noção de dignidade, cuja concepção tem caráter igualitário e universalista. A segunda mudança correspondeu à formatação do ideal de autenticidade, uma identidade individualizada que o sujeito descobre em si próprio e que põe em evidência a descoberta e o contato moral consigo mesmo⁵⁴.

A identidade, para Taylor, só pode ser definida de forma dialógica, ou seja, mediante trocas intersubjetivas⁵⁵, e é parcialmente moldada pelo reconhecimento ou pela falta de reconhecimento ou

⁵² HONNETH, Axel. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb, James Ingram e Christiane Wilke. New York; London: Verso, 2003, p. 138-150.

⁵³ Uma crítica comumente feita à teoria de Honneth consiste no fato de o autor inflar o conceito de reconhecimento, confundindo-o com a ideia de justiça, o que dificulta a tradução da concepção em uma categoria jurídica – como um direito ou um princípio. Nesse sentido, veja-se: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 249.

⁵⁴ TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy (eds). *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, N.J., Princeton: University Press, 1994, p. 27/29.

⁵⁵ Jessé Souza observa que, para Taylor, a anterioridade da linguagem é o núcleo de seu argumento: “Os sujeitos não podem ser percebidos como anteriores às relações comunicativas que os definem enquanto tais e constituem o horizonte ético e situacional que oferece o contexto inextricável para a construção das suas identidades e, portanto, das suas ações no mundo. Ao contrário da perspectiva habermasiana, que pressupõe a possibilidade formal de um ponto de vista excêntrico e universalizável, essa posição excêntrica para Taylor não seria sequer possível, dado o círculo hermenêutico implicado na relação entre o agente e o contexto intersubjetivo insubstituível que o condiciona”. SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Lua Nova*, n. 50, 2000, p. 140.

pelo reconhecimento errôneo (*misrecognition*). Por isso, o reconhecimento devido é uma necessidade humana vital⁵⁶.

A mudança do enfoque da honra para a dignidade favoreceu o surgimento de políticas universalistas, que enfatizam a igual dignidade dos cidadãos, com repercussão em direitos civis e políticos e até na esfera socioeconômica. A autenticidade e a identidade, por sua vez, provocaram a necessidade de políticas de diferença, de igual base universalista, em que a identidade de um indivíduo ou de um grupo e sua distinção são preservadas. Segundo Taylor, este último aspecto é ignorado pela teoria liberal, privilegiando-se a assimilação a uma identidade majoritária ou dominante⁵⁷. O conflito entre essas duas políticas, ambas baseadas em uma noção de igual respeito, decorre da forma como a primeira se conduz, cega às diferenças, valorizando a não discriminação, em contraponto ao viés contrário à homogeneidade cultural, que é próprio da segunda.

O problema é que mesmo o liberalismo cego às diferenças é um reflexo de culturas particulares, um particularismo mascarado como universal. Por isso, o autor defende a adoção de uma meta coletiva em favor da sobrevivência cultural de determinados grupos, sem qualquer visão particular acerca de projetos de vida, e propõe que uma sociedade com metas coletivas pode ser liberal, desde que seja capaz de respeitar a diversidade, especialmente quando lida com aqueles que não compartilham dessas metas comuns e desde que possa oferecer adequadas salvaguardas para direitos fundamentais. Para o autor canadense, o Estado deve atuar em favor da preservação dessa cultura, sobretudo para grupos cujo modo de vida esteja ameaçado pelas forças desagregadoras da sociedade envolvente⁵⁸.

O trabalho de Taylor promoveu a reabilitação do conceito de reconhecimento e chamou a atenção para o senso moral da limitação da civilização ocidental e para o estudo do outro⁵⁹, além de

⁵⁶ A dependência em relação aos outros não nasceu com a era da identidade, mas antes o reconhecimento não aparecia como um problema, pois as relações se mantinham praticamente inalteradas ao longo da vida, em razão da pequena ou inexistente mobilidade social, tendo havido uma mudança nas condições em que a tentativa de ser reconhecido pode falhar.

⁵⁷ TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: TAYLOR, Charles; GUTTMAN, Amy (eds). *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, N.J., Princeton: University Press, 1994, p. 38.

⁵⁸ As identidades coletivas de Taylor são contestadas por Steven Rockefeller, que ressalta que o reconhecimento igual é intrínseco e não depende de uma identidade étnica, mas de uma identidade humana universal, de maneira que colocar a última em posição igual ou superior à primeira representaria um enfraquecimento do liberalismo e uma abertura de portas à intolerância. (ROCKEFELLER, STEVEN C. Comentário. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução de Marta Machado. Piaget: Lisboa, 1994, p. 106). Jürgen Habermas critica a teoria de Taylor por sua ambiguidade, ao não expressar claramente qual sua posição de Estado democrático constitucional, bem como pelo fato de se valer de uma concepção específica de vida boa. Para Habermas, a teoria dos direitos não é de todo cega às diferenças culturais, de modo que a interpretação de Taylor sobre o que seria a primeira forma de liberalismo incorre no paternalismo ao ignorar a ideia de autonomia pública, que só pode existir se aqueles a quem a lei se dirige podem compreender a si próprios como autores das leis perante as quais são sujeitos enquanto pessoas legais privadas (HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução de Shierry Weber Nichol森. Piaget: Lisboa, 1994, p. 130-131).

⁵⁹ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Ebook – Kindle edition, Pos. 3078.

conferir destaque ao multiculturalismo⁶⁰. Há um olhar específico para a realidade do Quebec, no Canadá, onde há uma forte demanda da comunidade francófona por medidas protetivas para a sobrevivência de sua cultura. Apesar da forte atuação da minoria nacional francófona, é bom ressaltar que a realidade quebequense praticamente não se assemelha à de povos indígenas que vivem no Brasil, pois esta é muito mais precária e sujeita a uma opressão permanente⁶¹.

Atenta às demandas por reconhecimento, mas opondo-se a Honneth e Taylor, Nancy Fraser afasta-se da ideia de autorrealização para elaborar uma teoria de justiça que pretenda unir tais demandas com pleitos por redistribuição. Para tanto, desenvolve uma concepção bidimensional de justiça que compatibilize demandas por igualdade social e pelo reconhecimento à diferença. Seu objetivo é demonstrar que a justiça requer ambas as coisas.

Buscando articular os conceitos não de forma filosófica, mas como paradigmas populares de justiça (*folk paradigms of justice*), Fraser observa que, em casos extremos, pode até não haver uma intersecção entre redistribuição e reconhecimento, como nos casos de diferenciação de classe (problema de redistribuição) ou na condição de pessoas homossexuais⁶² (problema de reconhecimento). Na maioria dos casos, porém, nenhuma das políticas é capaz isoladamente de resolver a questão. Nas questões de gênero, por exemplo, incidem tanto aspectos redistributivos, relacionados à divisão entre trabalho produtivo pago e trabalho doméstico não pago, quanto aspectos de reconhecimento, em razão do padrão institucionalizado de valores culturais que privilegia a masculinidade e da subordinação de *status* que sofrem as mulheres.

⁶⁰ Em comentário à obra de Taylor, Michael Walzer descreve dois tipos de liberalismo: um liberalismo comprometido com direitos individuais, marcado pela neutralidade e ausência de objetivos coletivos além da liberdade pessoal, segurança física, bem-estar e segurança dos cidadãos, de um lado; e um liberalismo comprometido com a sobrevivência e o florescimento de uma determinada nação, cultura ou religião, ou com um grupo (limitado) de nações, culturas e religiões – desde que os direitos básicos dos cidadãos com nenhum ou vários compromissos estejam protegidos. A primeira visão de liberalismo não seria incompatível com o multiculturalismo, porém o reconhecimento de igual valor entre culturas poderia ser insuficiente para garantir a sobrevivência das minorias culturais, de modo que uma atuação mais incisiva, como o controle sobre recursos públicos e cotas de emprego, seriam mais efetivos para protegê-lo. Cf. WALZER, Michael. Comentário. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução de Marta Machado. Piaget: Lisboa, 1994, p. 118. Em outra obra, Walzer observa que qualquer forma que não seja o Estado liberal seria perigosa para comunidades e indivíduos. A correção comunitária, diz ele, requer um Estado liberal de um determinado tipo, o qual não é historicamente incomum: um Estado deliberadamente não neutro. WALZER, Michael. *The Communitarian Critique of Liberalism*. In: _____. *Politics and Passion: Toward a More Egalitarian Liberalism*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 156.

⁶¹ No Quebec, houve a adoção de medidas como a proibição de membros da comunidade francófona de matricularem seus filhos em escolas anglófonas e a previsão da utilização da língua francesa em empresas com um determinado número de empregados. A distinção quanto à realidade indígena brasileira pode ser demonstrada pelo fato de a língua francesa ser falada por um quarto da população daquele país, além de a comunidade francófona receber o apoio oficial da federação ao seu caráter bilíngue (por meio do chamado federalismo assimétrico) e de haver o reforço internacional da cultura francesa. Nesse sentido, veja-se: HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismo: desde 1780*. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 198.

⁶² Nancy Fraser constrói tipos ideais a partir desses extremos (classe e orientação sexual), embora reconheça que mesmo nesses casos é possível identificar a confluência de demandas, como no caso da estigmatização da pobreza. Cf. FRASER, Nancy. “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb, James Ingram e Chrsitiane Wilke. New York; London: Verso, 2003, p. 25.

Nas questões raciais, ocorre o mesmo: certos grupos sofrem taxas altas de desemprego e de pobreza em razão dos tipos de trabalho que lhes são destinados, enquanto mão-de-obra supérflua. Ao mesmo tempo, quanto ao *status*, padrões eurocêntricos de valores culturais privilegiam o que estiver associado ao branco, enquanto estigmatizam aquilo que se relaciona ao preto e ao amarelo, tratando-os como inferiores.

Para enfrentar o dilema redistribuição-reconhecimento, Fraser propõe um critério normativo: a paridade de participação, que permite avaliar a legitimidade de demandas identitárias. Existem duas condições para a paridade de participação: a) a distribuição dos recursos materiais deve assegurar aos participantes independência e voz; b) os padrões institucionalizados de valor cultural devem expressar igual respeito a todos os participantes da sociedade e garantir oportunidades iguais para conquistarem a estima social⁶³. Com esse critério, neutralizam-se demandas que tenham por finalidade deslegitimar o outro (como demandas da Ku Klux Klan, por exemplo) e busca-se garantir recursos materiais para que os grupos e indivíduos possam se expressar.

Além do critério da paridade de participação, Nancy Fraser propõe remédios “afirmativos” e remédios “transformativos”. Os remédios “afirmativos” não promovem alterações estruturais, mas geram alguns resultados, ao passo que os “transformativos” buscam subverter as estruturas econômicas e sociais que os engendram. Exemplo: combate à miséria (afirmativo) e socialismo (transformativo), valorização da identidade (afirmativo) e extinção das diferenças entre heterossexuais e homossexuais (transformativo). Fraser valoriza medidas transformativas, mas reconhece as dificuldades de implementá-las, por isso preconiza que, para cada medida, seja avaliado se a adoção de um remédio afirmativo pode ter um impacto capaz de influir, no futuro, em uma medida transformativa, o que ela caracteriza como “reformismo sem reforma”.

A proposta de Nancy Fraser gera especial interesse de aplicação em uma realidade marcada pela desigualdade, como é a brasileira. A marginalização histórica de negros, povos indígenas e outras populações tradicionais, mulheres, homossexuais e outras minorias gera repercussões tanto nos campos de redistribuição como no de reconhecimento. É recorrente o discurso que tenta reduzir os problemas atinentes ao racismo e à exclusão unicamente a uma questão social, o que é constantemente desmentido pelas estatísticas⁶⁴.

Diante de um cenário de extrema vulnerabilidade dos povos indígenas, a adoção de políticas de transferência de renda, por exemplo, não é suficiente para lidar com as peculiaridades

⁶³ Ibid, p. 36.

⁶⁴ Em trabalho do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, apontou-se que em 2004, as mulheres alcançavam 63% da renda masculina e em 2014 este número chegou a pouco mais de 70%. Apesar da aproximação de rendimentos, não houve uma alteração efetiva da estrutura das desigualdades: os homens ganham mais que as mulheres (R\$ 1.831 x R\$ 1.288, em 2014), as mulheres negras estão na base da pirâmide (R\$ 946) e os homens brancos, no topo (R\$ 2.393). BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota Técnica nº 24. Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf. Acesso em: 23 set. 2016.

socioculturais de cada grupo, uma vez que o incremento de rendimentos, sem a garantia de território ou do livre desenvolvimento de sua cultura, pode gerar desagregação social e internalização de práticas não cultivadas por um grupo. Por outro lado, a demarcação de territórios insere-se em políticas de redistribuição atinentes à democratização do acesso à terra no país.

Ademais, a caracterização dos remédios como “afirmativos”, “transformativos” ou “afirmativos com viés transformativo” possui relevância na indicação de rumos para a emancipação de uma minoria étnica oprimida. Certas medidas de caráter meramente afirmativo não contribuem para a real autonomia de povos indígenas e muitas delas podem reforçar uma estigmatização. Por exemplo, no âmbito da saúde, a criação de um subsistema de saúde, com atenção diferenciada aos povos indígenas, é relevante, porém tem um impacto limitado se não for acompanhada de um controle social efetivo pelos próprios indígenas, com uma diretriz intercultural, não pautada apenas na biomedicina, mas também em práticas tradicionais dos grupos.

Outro caso exemplar é o da consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção nº 169/OIT, cuja aplicação pode representar uma mera embalagem pluralista, por meio de realização de audiências homologatórias, com direito à participação dos indígenas (logo, afirmativo), ou pode ganhar contornos de um processo de efetivo consentimento prévio, livre e informado desses povos (afirmativo com viés transformativo)⁶⁵.

Transpondo o debate filosófico para o Direito Constitucional, Daniel Sarmiento aponta três situações distintas em que o reconhecimento vêm à tona⁶⁶. A primeira delas corresponde à situação em que um grupo ou indivíduo é privado do exercício de direitos universais que são gozados pelos demais membros da sociedade. É o que ocorre, por exemplo, com a atribuição de incapacidade civil aos indígenas, que foi abolida com a Constituição de 1988, mas segue presente no imaginário nacional e na prática judiciária.

⁶⁵ Para César Rodríguez Garavito, uma adoção débil da consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção nº 169/OIT, é aquela que a trata como mecanismo meramente procedimental, em que o foco está na mera participação dos povos indígenas, e não em seu consentimento. Nesse processo, desconsideram-se as assimetrias existentes e deixam-se intocadas as relações de poder, propiciando uma atuação agressiva do agente econômico, mas sob uma roupagem que absorve o discurso do “empoderamento” das comunidades. O mesmo ocorreria com muitos litígios originados na omissão da consulta ou nas consultas feitas inadequadamente. Como exemplo, cita o caso do povo *embera*, quando da construção da represa Urrá em área de conflito na Colômbia (Sentença T-652/98), em que a tramitação do processo e a decisão judicial favorável não foram suficientes para impedir a exploração dos recursos. O autor observa que é possível, porém, uma visão contra-hegemônica, baseada na autodeterminação e na incorporação de estratégias jurídicas pelos povos indígenas para a sua mobilização política, que recuse uma adoção meramente conciliatória do procedimento de consulta. GARAVITO, César Rodríguez. *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa em los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia, 2012.

⁶⁶ Embora não haja uma cláusula geral do reconhecimento na Constituição, Daniel Sarmiento insere o reconhecimento no conceito de dignidade da pessoa humana, associando-o também à igualdade e à solidariedade, podendo-se falar de um direito fundamental ao reconhecimento, consistente no “direito ao igual respeito da identidade pessoal”. Tal direito tem uma faceta negativa, que veda práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as, e uma faceta positiva, que exige do Estado que promova medidas destinadas a combater tais práticas e a superar os estigmas existentes. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 256-257.

A segunda situação diz respeito ao reconhecimento de direitos específicos. O que a igualdade postula não é o tratamento igual de todas as pessoas, mas sim o respeito a cada um como igual, de modo que o reconhecimento de demandas identitárias que gerem proteções jurídicas diferenciadas é uma decorrência natural desse postulado. É natural que se identifique a melhor forma de proteger e que os direitos específicos não se convertam em privilégios. Mas em se tratando de grupos estigmatizados ou excluídos, o que se busca é justamente adequar normas e práticas para superar injustiças históricas e estruturais, que atingem de forma desproporcional a determinados indivíduos. As soluções, porém, na visão de Sarmento, devem colocar o indivíduo à frente do grupo ou da cultura, assegurando-se o respeito ao “valor intrínseco da pessoa⁶⁷”.

A terceira situação corresponde ao direito à diferença cultural das próprias populações tradicionais. Colocando em evidência a importância da cultura para a constituição da identidade, o autor ressalta que em comunidades tradicionais tais aspectos ganham maior relevo, tendo em vista que os laços comunitários tendem a assumir um peso maior, com gramáticas menos individualistas e mais coletivistas. Assim, quando se trata de povos indígenas, dado que as injustiças históricas deixaram profundas cicatrizes no universo simbólico-cultural, restabelecer um equilíbrio nas relações com a sociedade regional pressupõe não apenas medidas de redistribuição, mas também de reconhecimento⁶⁸.

O respeito ao indivíduo deve ser colocado em evidência, porém a forma de organização de certos grupos étnicos leva-nos a respeitar a igual centralidade do conjunto de indivíduos que os compõem. Tal questão deve ser examinada com cuidado e de maneira atenta às heterogeneidades internas, mas sem relevar a importância da afirmação de direitos coletivos dos grupos indígenas que se relacionem à autonomia, à titularidade, à vivência de acordo com os costumes e tradições, à consulta sobre as decisões da sociedade que os afetem e a mecanismos para garantir a sobrevivência física e cultural desses povos. A compatibilização de formas de vida distintas e a concretização de medidas de respeito simultâneo a grupos e indivíduos, sem patrocinar concepções específicas de bem, vão ser temas centrais no debate multicultural no campo liberal.

Analisando a Constituição brasileira, não se encontra previsão expressa do reconhecimento, porém existem dispositivos que apontam para a preocupação com a inferiorização de pessoas e grupos, como o art. 5º, XLII, que criminaliza o racismo, e o art. 215, § 1º, que trata da proteção de culturas indígenas e afrobrasileiras. O objetivo é combater os efeitos negativos de uma desvalorização identitária e interferir para a construção de uma nova cultura social, que seja mais inclusiva.

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p., p. 270.

⁶⁸ *Ibid*, p. 280.

1.5 Multiculturalismo liberal

Os debates entre comunitaristas e liberais, a reabilitação da teoria do reconhecimento e a contribuição de outras correntes do pensamento crítico, como o feminismo, vão confluir, entre os anos 1980 e 1990, para as teorias do multiculturalismo. O fim da guerra fria abalou conceitos como o de Estado-nação, com os efeitos da globalização e da dispersão de elementos étnicos que atingiram fortemente a noção liberal de homogeneidade cultural nos limites estatais, levando os teóricos a preocuparem-se com formas de convivência e políticas de acomodação em favor de grupos minoritários.

As teorias do multiculturalismo reconhecem que o Estado liberal, apesar de enunciar direitos universais a todos os indivíduos, privilegia, na prática, as maiorias, como ocorre na divisão dos poderes centrais e locais, na organização dos serviços, na língua a ser adotada e no estabelecimento de feriados⁶⁹. Essa neutralidade aparente cria uma série de barreiras, estigmatizações e exclusões dos membros dos grupos minoritários, com resultados danosos ao autorrespeito devido às pessoas⁷⁰. Ao reconhecer este fato, o multiculturalismo liberal defende que os direitos de minoria não podem ser vistos como privilégios injustos ou formas individuais de discriminação, mas como compensações por desvantagens injustas, apresentando-se como uma exigência de justiça⁷¹.

As respostas multiculturais são variadas. Iris Young, por exemplo, adota uma concepção bem ampla de cultura que seja capaz de abranger diversos grupos sociais. Utilizando os conceitos de opressão e dominação, Iris Young observa que, em uma sociedade na qual alguns grupos seguem privilegiados e outros continuam oprimidos, não é possível insistir na ideia de que algumas pessoas devem deixar para trás suas afiliações particulares e experiências para adotar um ponto de vista geral, pois essa pregação não elimina as diferenças e só reforça o privilégio⁷². É por isso que ela defende uma cidadania diferenciada, baseada em um público heterogêneo, em que as diferenças são

⁶⁹ KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 51-52.

⁷⁰ Id. *Politics in the vernacular: nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Oxford, UK. New York: Oxford University Press, 2001, p. 32.

⁷¹ Entre os autores que rejeitam o multiculturalismo, a colocação da cultura como um aspecto central é vista com ressalvas por autores ligados ao liberalismo igualitário. Para Brian Barry, a culturalização de grupos leva inevitavelmente à conclusão de que todas as desvantagens vêm da falta de reconhecimento de um grupo, o que impede o reconhecimento das causas mais importantes de desvantagem em relação a um grupo. As políticas baseadas no atendimento a grupos culturalizados impactam, na visão de Barry, nas chamadas políticas de solidariedade, nas quais os cidadãos pertencem a uma sociedade única e compartilham um destino comum. Nesta sociedade, os desacordos políticos estão voltados ao bem comum e a uma distribuição mais justa de ônus e benefícios pelas instituições comuns. A agenda multicultural torna a conquista de políticas igualitárias mais difíceis em dois sentidos: afasta o esforço político por metas universalistas e gera desinteresse na coalizão em favor da equalização de oportunidades e recursos. Há uma disputa nos grupos em favor de recursos e não por reformas igualitárias. Cf. BARRY, Brian. *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. UK: Cambridge, 2001, p. 300-320.

⁷² YOUNG, Iris Marion. 1989. Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship. *Ethics*, Vol. 99, N. 2, Jan. 1989, p. 250-274.

publicamente reconhecidas como irredutíveis, e reconhece-se que as pessoas que têm uma certa perspectiva da história não podem completamente entender ou adotar o ponto de vista daqueles que têm perspectivas e histórias próprias.

A abordagem de Young compreende negros, mulheres, trabalhadores, indígenas, pessoas com deficiência e idosas, entre outros grupos. Os grupos, enquanto produtos de relações sociais, são fluidos, logo há um constante dinamismo. Assim, a identidade de um grupo pode se tornar saliente em circunstâncias específicas, quando em interação com outros grupos. Além disso, cada grupo terá diferenças internas a ele próprio e cada indivíduo pode ter múltiplas identidades, podendo estar sujeito à opressão quanto à determinada filiação, mas não quanto a outra.

Já Will Kymlicka adota uma concepção etnificada do conceito, limitando-se a tratar de grupos que se organizam de forma apartada da sociedade nacional ou cujos caracteres distintivos são evidentes, o que desperta maior interesse para o presente trabalho e será abordado na sequência. O trabalho de Kymlicka suscitou várias discussões sobre o alcance das proteções aos grupos e a possibilidade de construção de um universalismo que leve em conta as distintividades culturais dos grupos.

Dentro do multiculturalismo, há a defesa de um “multiculturalismo sem cultura”, feita por Anne Philips, que coloca a agência humana no centro e rejeita uma visão encapsulada de cultura. Uma noção reificada de cultura tende a ver uma unidade interna nas culturas e tende a enxergar diferenças sólidas onde há uma fluidez permanente. Isso força os membros dos grupos a um regime de autenticidade, negando a eles a chance de cruzar fronteiras culturais ou de pegar emprestado novas influências e definir e redefinir a si próprios⁷³. A autora observa que o fracasso em problematizar a cultura contribuiu para uma tentativa radical de descrever as pessoas como profundamente diferentes em suas práticas, valores e crenças. Isso teria habilitado o multiculturalismo a representar as diferenças de uma maneira mais separatista do que realmente é, transformando a diferença cultural em uma fonte de instabilidade política⁷⁴.

O diálogo entre grupos deve ser rechaçado, segundo Phillips, pois encoraja a sedimentação de grupos culturais e comunidades, na qual há uma seleção de porta-vozes – geralmente homens – que se situam na posição de representantes da cultura, quando na verdade externalizam suas próprias leituras da cultura. Tais porta-vozes geralmente seriam os membros mais poderosos da minoria que são chamados a falar como guardiões das práticas da comunidade nos debates interculturais⁷⁵. Direitos como escolher um parceiro sem interferência do Estado, usar a vestimenta de acordo com sua visão religiosa ou cultural ou viver de acordo com suas crenças seriam direitos

⁷³ PHILLIPS, Anne. *Multiculturalism without culture*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 14.

⁷⁴ PHILLIPS, Anne. *Multiculturalism without culture*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 24.

⁷⁵ *Ibid*, p. 161.

individuais. Nenhum desses direitos é incondicional, todos eles dependem do contexto e devem ser ponderados com outros direitos⁷⁶.

Em que pesem a validade das ponderações sobre os abusos cometidos nas relações intragrupais, sobre os quais as demais correntes do multiculturalismo também se debruçaram e formularam desenhos institucionais – como se verá –, e o fato da fluidez dos múltiplos pertencimentos, a ênfase que Anne Phillips confere à agência individual na resolução destas questões desconsidera formas organizacionais distintas das ocidentais. Sem o exercício de compreensão das formas de organização dos grupos e o reconhecimento que a distintividade destes antecede qualquer tipo de estímulo proporcionado pelas políticas multiculturais, a obstrução *a priori* do respeito aos direitos de grupos enquanto tais inviabiliza a própria adoção de políticas de acomodação, o que distancia o “multiculturalismo sem cultura” do próprio multiculturalismo.

1.5.1 O multiculturalismo e grupos étnicos

Will Kymlicka preocupa-se com grupos que contêm a chamada “cultura societal”, consistente em uma comunidade intergeracional e um determinado território, com língua e história próprias. A “cultura societal” corresponde a um vocabulário compartilhado de tradições e convenções de um conjunto de instituições, da vida pública e privada, com uma língua comum, que historicamente se desenvolveu em um dado território e ofereceu às pessoas uma gama ampla de escolhas sobre a condução de suas vidas.

Com essa definição mais estreita do multiculturalismo, Kymlicka exclui estilos de vida e movimentos sociais específicos, como as preocupações relativas às mulheres e às pessoas LGBTI⁷⁷, por considerar que estas se situam na maioria das nações homogêneas e não apresentam tais graus de distintividade.

⁷⁶ Sem abandonar uma abordagem de direitos de grupos, Thomas Pogge critica o estabelecimento de direitos especiais a determinados grupos por razões culturais ou étnicas. Ele reconhece que há certos tipos de grupos que podem receber um tratamento diferenciado, mas recusa a ideia de tratamento diferenciado de grupos de diferentes tipos. Em sua visão, não haveria razão para distinguir, de início, grupos sobre outros. Grupos religiosos e linguísticos, por exemplo, não seriam menos merecedores de direitos especiais do que grupos étnicos. Ele ressalta que não se opõe a direitos de grupos étnicos, mas destaca apenas que os direitos desses grupos podem ser baseados nos direitos clássicos individuais à liberdade de associação e à participação política plena. O importante é assegurar uma justa distribuição entre grupos de diferentes tipos, sendo irrelevante se o grupo é ou não parte de um grupo étnico. A imprecisão seria uma característica do termo étnico, de modo que a especificação de suas delimitações pode variar, fortalecendo a suspeita de que pessoas são movidas pelo auto-interesse. POGGE, Thomas. *Group Rights and Ethnicity*. In: SHAPIRO, Ian; KYMLICKA, Will (ed.). *Ethnicity and group rights*. New York, London: New York University Press, 1997. p. 188.

⁷⁷ Sigla que designa lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros, pessoas intersexuais e outras pessoas que não sejam abrangidas pelas outras iniciais.

Os Estados multiculturais demandam, segundo o autor, a complementação da teoria de direitos humanos por uma teoria de direitos de minorias, que trate de direitos diferenciados de grupos ou *status* especiais para culturas minoritárias. Ele considera que a teoria liberal pode abarcar direitos coletivos, por isso propõe os direitos específicos de grupo⁷⁸, sem a necessidade de que o Estado patrocine concepções específicas de vida boa. Sua teoria defende que a autonomia e a escolha individual dependem do acesso à cultura societal do grupo.

Os direitos de minoria seriam consistentes com a teoria liberal devido a razões baseadas na igualdade, no acordo histórico e na diversidade. A igualdade impõe garantir a retificação da desvantagem das culturas minoritárias em relação às decisões majoritárias – causada pela imposição da língua, dos currículos em escola pública, estabelecimento de feriados etc. –, por meio de autonomia territorial, poderes de veto, representação assegurada em instituições centrais, demandas por terras, direitos referentes à língua. A medida a ser adotada consiste em garantir a todos os grupos nacionais que, se assim o desejarem, tenham a oportunidade de manter-se como cultura distinta.

O acordo histórico remonta à tentativa de superar as consequências das incorporações involuntárias de determinados grupos, como as decorrentes da colonização. Esse acordo teria por objetivo tornar a federação mais voluntária. O modelo que Kymlicka imagina é o dos tratados internos a um Estado nacional, como ocorreu na formação dos Estados Unidos e na sua relação com povos nativos. Já a diversidade cultural é um valor por si só, que contribui para a riqueza de todos, mas não possui tanto peso em relação às minorias nacionais, se comparadas a medidas de integração, com menores impactos à coletividade como um todo⁷⁹. Este argumento seria mais eficaz na defesa de direitos poliétnicos, pois assim os grupos se misturariam na cultura majoritária. Ao sustentar tal posição, Kymlicka reforça uma visão de isolamento das minorias nacionais, como se estivessem totalmente apartadas da sociedade em geral e a garantia de direitos a elas não refletisse uma contribuição para a diversidade cultural da sociedade.

Para desenhar a proteção dos direitos de grupos, Kymlicka propõe uma diferenciação inicial entre os grupos culturais, dividindo-os em minorias nacionais e grupos étnicos. As minorias nacionais caracterizam-se pelo desejo de manter uma diferenciação perante a sociedade nacional, demandando formas de autonomia e de autogoverno para garantir sua sobrevivência como sociedades distintas, o que envolveria povos indígenas e grupos como os francófonos de Quebec. Já

⁷⁸ “Liberals today insist that the liberal commitment to individual liberty precludes the acceptance of collective rights, and that the liberal commitment to universal (colour-blind) rights precludes the acceptance of group-specific rights. But these bald statements are no part of the liberal tradition. Few if any liberals, until very recently, supposed that liberal principles allowed only universal individual rights. What contemporary liberals take to be well-established liberal principles are in fact novel additions to the liberal canon”. KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 68.

⁷⁹ KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 121.

os grupos étnicos desejam integrar-se a uma sociedade mais ampla e a serem aceitos como membros plenos dela, como é o caso de imigrantes⁸⁰.

Os povos indígenas deveriam receber, na visão do autor, o tratamento de minorias nacionais, pois lutam para manter as instituições de uma cultura societal que já possuíam quando foram incorporados a um estado maior. Demandam direitos de língua, autonomia regional, formas de autonomia e autogoverno para garantir sua sobrevivência como sociedades distintas. Desta definição já se depreende uma compreensão de que tais grupos se caracterizam pelo desejo levar uma vida apartada da sociedade nacional, o que mostra uma visão essencializada de sua formação, como se criticará adiante⁸¹.

O autor canadense elabora ainda uma classificação dos direitos de grupo em dois tipos: as proteções externas e as restrições internas. As proteções externas consistem em mecanismos para assegurar os direitos de um determinado grupo em face da sociedade hegemônica, notadamente contra decisões externas. Um exemplo clássico é a demanda por terras, mas podem ser citados direitos próprios de saúde, poderes de autogoverno e direitos de representação. Tais proteções seriam consistentes com a democracia liberal, por promoverem a igualdade entre grupos e não permitirem a opressão de um sobre o outro⁸². Além disso, não entram em conflito com direitos individuais.

As proteções externas asseguram a continuidade do grupo enquanto tal e promovem a sua igualdade perante outros grupos. Não há, para Kymlicka, ofensa à teoria liberal porque se trata de um mecanismo que assegura a igualdade sem acarretar violações de direitos individuais. No Brasil, a demarcação de terras indígenas, a criação de um subsistema de saúde indígena e a previsão de territórios etno-educacionais para o desenvolvimento da educação indígena constituem exemplos de proteções externas.

Tais proteções dizem respeito a relações intergrupais, ou seja, à defesa dos interesses de um grupo contra a sociedade envolvente e ao impacto de suas decisões externas. Asseguram, por exemplo, que a maioria não poderá se valer de sua superioridade numérica ou de sua riqueza para

⁸⁰ Embora aborde de maneira superficial a situação dos afro-americanos, Kymlicka afirma que eles não estariam em nenhum dos dois grupos, pois, de um lado, não se enquadram no padrão de imigração voluntária e foram impedidos de integrar as instituições da cultura majoritária e, de outro, não possuem um território nos Estados Unidos ou uma língua histórica comum (Ibid, p. 24-26).

⁸¹ Os grupos de imigrantes não são considerados “nações” e não ocupam territórios. Participam de instituições públicas da cultura dominante e falam a língua dominante, como ocorre com certos grupos nos Estados Unidos e no Canadá, mas mantêm traços distintivos étnicos e culturais bem delineados, que o Estado se dispõe a garantir o respeito. O próprio autor reconhece que esta classificação pode conter temperamentos, como no caso de grupos de imigrantes que passam a desejar o autogoverno e almejar a condição de minoria nacional. Um Estado é multicultural se os seus membros pertencem a diferentes nações (Estado multinacional) ou se emigraram de diferentes nações (Estado poliétnico), desde que este fato constitua um aspecto importante da identidade pessoal e da vida política. KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 15.

⁸² Id. The good, the bad and the intolerable: minority group right”. In: GOODALE, Mark (ed.). *Human rights: an anthropological reader*. Malden: Wiley-Blackwell, 2009, p. 60.

retirar os recursos vitais à reprodução de uma comunidade. Haveria, pois, compatibilidade com as normas liberais e promoção da igualdade de grupos, sem a opressão sobre indivíduos.

As mesmas conclusões não são extraídas para as restrições internas. Estas caracterizam-se pela exigência de respeito aos indivíduos que se situam em determinado grupo e que não podem ser oprimidos por decisões internas – o que geraria uma dupla opressão (minorias dentro de minorias). O enfoque direciona-se para relações intragrupais, ou seja, às determinações do grupo que possam acarretar a restrição de liberdades de seus membros. Neste caso, as restrições devem ser analisadas conforme o caso, a fim de identificar se há compatibilidade com princípios liberais. Subjaz a esta classificação a preocupação com o exercício de jurisdição por parte desses grupos e com práticas não liberais que possam caracterizar uma violação de direitos individuais. Como exemplos, há o tratamento inferiorizante de mulheres e crianças e a previsão de punições que impliquem violências não admitidas numa sociedade liberal, como a prática de tortura.

O autor apresenta ainda três direitos de grupos: direitos de autogoverno, direitos poliétnicos e direitos especiais de representação. Os direitos de autogoverno buscam assegurar autonomia sobre determinado território e geralmente são invocados por minorias nacionais ou povos indígenas. Já os direitos poliétnicos – que posteriormente ele chamará de direitos de acomodação⁸³ – dizem respeito às particularidades étnicas de cada grupo que podem ser protegidas. Os direitos de representação referem-se à participação política, inclusive quanto a decisões federais que possam colocar o grupo em risco.

Os povos indígenas têm direitos de autogoverno para garantir proteções externas e para impor restrições internas. As restrições internas podem não ser condizentes com princípios liberais, hipótese na qual Kymlicka propõe que seja feita uma negociação pacífica, sem o uso da força. A maioria nem sempre será capaz de impedir a violação de direitos individuais dentro de uma comunidade a título de restrição interna, mas isso não significa que os liberais devam omitir-se. Devem oferecer incentivos ou medidas de desestímulo, sempre de modo não coercitivo, como a recusa de privilégios comerciais e até medidas de embargo⁸⁴. A intervenção para proteger direitos liberais só poderia ocorrer em caso de sistemática violação de direitos humanos, como escravidão, genocídio, tortura e expulsões em massa.

De qualquer forma, sempre deve haver, para Kymlicka, uma análise caso a caso, em que nem sempre as decisões de uma Corte devem prevalecer sobre as do grupo. Deve-se, assim, buscar um pensamento criativo sobre novos mecanismos de fazer cumprir direitos humanos que evitem as objeções legítimas dos povos indígenas, baseadas no caráter eurocêntrico das instituições e das leis.

⁸³ KYMLICKA, Will. *Politics in the vernacular: nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Oxford, UK New York: Oxford University Press, 2001, p. 51.

⁸⁴ Id. *The good, the bad and the intolerable: minority group rights*. In: GOODALE, Mark (Ed.). *Human rights: an anthropological reader*. Malden: Wiley-Blackwell, 2009, p. 60.

A separação em minorias nacionais e em direitos poliétnicos desconsidera a complexidade e multiplicidade de situações referentes a grupos minoritários. Nesse sentido, Iris Young observa que a teoria de Kymlicka desconsidera que há um fluido contínuo entre os grupos e que não existe uma cultura em essência, mas múltiplas identidades em constante movimento. Para Thomas Pogge, a preferência de Kymlicka por minorias nacionais não é justificada. A lógica de que estes grupos teriam uma identidade herdada, da qual não podem se desvencilhar, seria vaga, pois há sempre um elemento de escolha e responsabilidade⁸⁵.

Em resposta aos que criticam a sua visão essencialista de cultura, o autor canadense observa que os dois grupos (minorias nacionais e direitos poliétnicos) são os mais comuns, os mais bem-sucedidos e os mais relevantes para decisões a serem tomadas no futuro. Além disso, haveria uma razão baseada na *realpolitik* para afastar a ideia de “fluido contínuo”: uma das objeções mais frequentes aos direitos de minoria é a de que eles levam a uma “ladeira escorregadia” (*slippery slope*), por meio do surgimento paulatino de mais grupos que igualmente podem reivindicar direitos de autogoverno, levando a uma crescente desintegração da sociedade⁸⁶. Em razão disso, ele considera mais importante mostrar que há diferenças profundas e relativamente estáveis entre os vários tipos de grupos étnico-culturais.

Esses grupos são merecedores de proteção especial por conta dessa posição especial, por isso Kymlicka deseja que o seu modelo só seja aplicável a grupos cuja alteridade em relação à sociedade nacional seja mais radical. Se fosse adotado um conceito mais elástico, qualquer grupo poderia buscar o reconhecimento de autogoverno e gerar fragmentação infinita; se não fosse adotado um critério específico, as políticas assimilacionistas prevaleceriam e gerariam violações aos direitos das minorias nacionais.

Verificam-se dois problemas no raciocínio do autor. O primeiro problema está relacionado à tentativa de enquadramento dos grupos em uma visão culturalizante e estática. No caso de povos indígenas, ele imagina um modelo ideal que, uma vez subsumido, justificaria o reconhecimento de direitos de grupo. Para viabilizar tal construção, há a premissa do isolamento e de uma alteridade radical para assegurar direitos e enquadramento no modelo, o que despreza a realidade de interação e contato desses grupos – em que línguas e certos modos de vida sofrem constantes transformações – e o dinamismo próprio da cultura. O segundo problema reside em pressupor que todos os grupos

⁸⁵ POGGE, Thomas. Group Rights and Ethnicity. In: SHAPIRO, Ian; KYMLICKA, Will (ed.). *Ethnicity and group rights*. New York, London: New York University Press, 1997. p. 210-212.

⁸⁶ A crítica da “ladeira escorregadia” causa, segundo Kymlicka, dois efeitos perniciosos ao debate sobre direitos de minorias: por um lado, a garantia de direitos de autogoverno a um grupo levaria a que outros grupos não valorizassem a integração e buscassem o separatismo. Assim, para evitar um risco da fragmentação, o melhor caminho seria rejeitar as demandas de autogoverno das minorias nacionais; por outro lado, se há grupos (como imigrantes) que aceitam a integração, o que Estado deve fazer é encorajar também todos os demais grupos étnico-culturais a fazerem o mesmo. A fim de evitar o separatismo constante e garantir uma integração de grupos à sociedade, bastaria exigir que os indígenas aprendessem a agir como imigrantes. É contra essa percepção de “ladeira escorregadia” que Kymlicka aponta sua teoria. KYMLICKA, Will. *Politics in the vernacular: nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Oxford, UK New York: Oxford University Press, 2001, p. 59.

indígenas desejam organizar-se politicamente de maneira assemelhada à de uma minoria nacional, presumindo-se uma separação muito clara na relação com a sociedade envolvente, o que não é um fator de distintividade, já que nem sempre é identificado.

Outro problema diz respeito à preocupação com a primazia de valores liberais como uma base satisfatória para a justiça em relações étnico-culturais. A teoria de Kymlicka propõe um diálogo em relação a práticas não liberais de um grupo. O problema reside no fato de que, apesar da busca do diálogo, há o risco de que este quase sempre se dê em condições desiguais, nas quais a maioria liberal vai indicar caminhos aceitáveis e não aceitáveis, seja por meio da filtragem pelas instituições, seja pela recusa peremptória de certos valores que aparentemente não possuam qualquer ponto de conexão com os majoritários.

A abordagem etnocêntrica do autor fica mais clara quando ele se debruça mais especificamente sobre os direitos indígenas e a justificativa da autodeterminação desses povos. Em contraponto à visão de que a justificativa para autodeterminação são as violações sistemáticas do passado e a dívida histórica, as quais ensejam a garantia de reconstrução de comunidades e culturas, Kymlicka aponta que as medidas de reparação são, na maioria dos casos, temporárias, como as ações afirmativas, e servem para superar os efeitos de uma injustiça histórica, porém deixam de existir se forem exitosas. Assim, se os direitos indígenas fossem meros remédios transitórios, não haveria justificativa para estabelecer um sistema de direitos diferenciados em relação a esses povos. Em seu lugar, propõe a estipulação de direitos substantivos, que são mais permanentes ou “inerentes” a direitos de autodeterminação⁸⁷.

Para fundamentar os direitos substantivos, Kymlicka observa que os povos indígenas não apenas constituem distintas culturas, mas constituem formas inteiramente diversas de cultura, distintas civilizações, enraizadas em modo pré-moderno de vida que necessita de proteção de forças de modernização, secularização, urbanização e ocidentalização⁸⁸. Depreende-se da argumentação uma compreensão estática e etnocêntrica sobre os povos indígenas, já que os trata como pré-modernos, com um modo de vida que ficou parado no tempo e está localizado em um passado anterior a uma ideia de civilização (superior).

A visão essencializante de Kymlicka fica ainda mais clara quando ele afirma que a compreensão substantiva coloca restrições à autodeterminação, pois tais direitos podem deixar de ser assegurados se os indígenas passarem a dirigir carros, ir à universidade, trabalhar em corporações modernas ou adotar modos de vida ocidentais. Ou seja, por esse raciocínio, os indígenas só poderão manter seus direitos especiais de autodeterminação se mantiverem um modo

⁸⁷ KYMLICKA, Will. *Politics in the vernacular: nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Oxford, UK New York: Oxford University Press, 2001, p. 128.

⁸⁸ “Indigenous peoples do not just constitute distinct cultures, but they form entirely distinct forms of culture, distinct 'civilizations', rooted in a premodern way of life that needs protecting from the forces of modernization, secularization, urbanization, 'Westernization', etc.”. Ibid, p. 128-129.

específico de vida, o qual não poderia ser influenciado (ainda que de forma opressiva) pela civilização ocidental⁸⁹.

Apesar de empreender esforços pela defesa dos direitos dos povos indígenas, Kymlicka não consegue escapar do essencialismo e da idealização da organização desses povos, reproduzindo certas exigências próprias de uma visão estigmatizante e hierarquizante, como um território ancestral, geralmente rural, com uma natureza selvagem, práticas culturais atávicas, economia de subsistência e pleno desejo de manter-se como comunidade cultural distinta da comunidade majoritária⁹⁰. Tal aspecto merece reflexão no caso brasileiro, em que os séculos de homogeneização e imposição de costumes, línguas e cosmovisões acarretaram fortes prejuízos às identidades de alguns grupos, situação que foi historicamente utilizada para negar-lhes direitos, sobretudo à terra.

A teoria padece também de um vício comum ao chamado multiculturalismo liberal: a tentativa de colocar as minorias nacionais ou outros grupos sob a órbita da concepção hegemônica, restando às formas de organização e cosmovisões não liberais seguir as regras de um jogo com as quais não possuem qualquer familiaridade e que estão previamente definidas. Nas abordagens do multiculturalismo, há uma tendência de primazia de certos valores compartilhados que são próprios de uma cultura liberal, inclusive no que se refere à presunção de racionalidade dos envolvidos, sem maior interesse nos valores que certos grupos étnicos, como os povos indígenas, podem apresentar.

Feitas as devidas ressalvas e reconhecidos os seus limites, é possível reconhecer que a teoria do autor canadense oferece ao menos algumas ferramentas úteis para tratar de direitos de grupos, como as proteções externas e restrições internas, e afasta o caráter neutro do Estado liberal para realçar os direitos das chamadas minorias nacionais, em especial os de autogoverno e os territoriais, como essenciais para que tenham voz e se organizem em condições minimamente adequadas para exercer a participação política. As proteções externas são fundamentais para garantir os modos de organização dos povos indígenas, enquanto grupo e individualmente. Nesse sentido, a defesa dos direitos territoriais ganha especial relevância, assim como todos os aspectos atinentes às suas peculiaridade socioculturais (trabalho, saúde e educação, por exemplo).

⁸⁹ “However, I think this issue cannot be avoided. I understand why Anaya wishes to avoid relying on any claims about radical cultural difference. As I noted earlier, this line of argument would put severe constraints on the direction of indigenous self-determination. It would imply that as soon as indigenous peoples start driving cars, going to university, working in modern corporations, and adopting other aspects of modern Western lifestyles, then they lose their claim to self-determination. They could only maintain distinctive rights to self-determination if they maintain a traditional way of life.” KYMLICKA, Will. *Politics in the vernacular: nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Oxford, UK New York: Oxford University Press, 2001, p. 129.

⁹⁰ Esta abordagem multicultural possui as características do chamado “modelo antropológico indigenista”, conforme classificação de Daniel Bonilla Maldonado. Para o autor, o modelo “territorializa”, “ecologiza” e essencializa a identidade indígena, que pressupõe ser estável e imutável. Idealiza-se um indígena “verdadeiro”, aquele que vive em território ancestral de sua comunidade. MALDONADO, Daniel Bonilla. “Indígenas urbanos y derechos culturales: Los límites del multiculturalismo liberal”. *Revista Direito GV*, v. 07, n. 02, 2011, p. 569-604.

1.5.2 Entre universalismos e relativismos, a hierarquização de princípios liberais

O fato de os grupos sociais não estarem isolados, mas em constante interação em uma sociedade complexa, leva à necessidade de pensar em mecanismos que assegurem a convivência entre perspectivas distintas e modos de regular procedimentos e deliberações que compatibilizem – ou não – as visões de mundo existentes na sociedade. Entre autores mais liberais, considera-se que a resposta de Kymlicka à acomodação multicultural melhora o *status* dos grupos, mas pode piorar a situação dos membros menos favorecidos do grupo. É o caso, por exemplo, de mulheres que são inferiorizadas dentro de determinado grupo em razão de práticas tradicionais. Este problema desponta na discussão sobre a viabilidade do exercício de jurisdição por grupos em certos campos (como direito de família) e os riscos de violação de direitos individuais dos cidadãos.

Ayelet Shachar contesta a ideia de que as proteções externas não contrariam princípios liberais, pois elas podem ser usadas para justificar restrições internas que violem direitos individuais. Por exemplo, a garantia de jurisdição em direito de família é uma proteção externa, porém quando esta é exercida, gera restrições internas que tornam vulneráveis mulheres, crianças e minorias internas, provocando o chamado paradoxo da vulnerabilidade multicultural⁹¹, segundo o qual uma pretensa proteção de minorias é capaz de gerar violações de direitos dentro das próprias minorias⁹².

As legítimas preocupações com minorias dentro de minorias não podem, contudo, olvidar-se da repercussão que as atuações externas a estes grupos provocaram – e ainda provocam - em sua organização social. Nesse sentido, é válida a advertência de Rita Segato, no sentido de que o Estado tenta entregar uma lei que defende as mulheres da violência a que estão expostas, mas antes provocou fissuras nas instituições tradicionais e na trama comunitária que as protegia.

⁹¹ SHACHAR, Ayelet. Group identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation. *The Journal of Political Philosophy*, Volume 6, N. 3, 1998, p. 289.

⁹² Schachar propõe uma remodelação do modelo multicultural, que intente consertar os efeitos intragrúpicos perniciosos das proteções externas, por meio de um modelo de *joint governance* (governança conjunta), na qual tanto as tradições do grupo como as leis do Estado simultaneamente governam as questões jurídicas. Acionam-se, assim, os dois sistemas jurídicos para resolver uma única disputa. Uma forma de utilização é descrita a partir do caso *Martínez* (Santa Clara Pueblo vs. Martinez. Suprema Corte dos Estados Unidos. 436 U.S. 49 (1978): uma mulher da etnia Pueblo contestava a regra do grupo que estabelecia que se a mulher tivesse filhos com alguém de fora da comunidade perderia o direito de residir na reserva. A Suprema Corte dos Estados Unidos negou o direito da mulher, sob o fundamento da autonomia da comunidade para regular tal questão. Para Schachar, a abordagem “intersectionis joint-governance” demandaria uma outra solução: não haveria interferência quanto à demarcação de fronteiras e à delimitação do alcance da jurisdição, mas deveriam ser fornecidos remédios distributivos para lesões sancionadas pelas tradições do grupo. Respeitando a proteção da terra decorrente da não admissão de uso por terceiros estranhos ao grupo, os remédios interseccionais não poderiam garantir uma terra a Audrey Martinez, já que nenhum outro *outsider* poderia compartilhá-la. Mas outros remédios distributivos poderiam ser conferidos para a criança excluída. Por exemplo, poderia ser ordenado que houvesse fundos de educação para Audrey e outras crianças que fossem forçadas a sair da reserva por causa de situações similares (Ibid, p. 303).

Em muitos casos, o discurso de proteção das minorias dentro das minorias só surge após a postura intervencionista do Estado ter debilitado as autonomias e agravado as diferenças de hierarquia interna em um grupo. Medidas como a escolha pelo Estado colonial de líderes homens como interlocutores representaram o reforço da cultura patriarcal e diminuíram a força das mulheres em grupos nos quais a distinção entre o público e o privado não se operava com a mesma força que em sociedades liberais e de maneira distinta àquela imaginada por algumas correntes do feminismo. Tais medidas do passado provocaram, no casos analisados por Segato, a despolitização do espaço doméstico nas decisões da comunidade, com perda de suas formas ancestrais de intervenção e enfraquecimento da participação das mulheres⁹³.

Além da preocupação com as restrições internas, o multiculturalismo suscita também o debate sobre a melhor resposta para a organização da justiça e a compatibilização entre diferentes culturas. Entre os extremos do universalismo e do relativismo fortes, há propostas que buscam conexões entre ambas as propostas. Amy Guttmann descreve quatro classificações que permitem uma compreensão do panorama no âmbito do multiculturalismo liberal: nas duas pontas há o relativismo cultural e o universalismo abrangente; entre os extremos, o relativismo político e o universalismo deliberativo.

O relativismo cultural caracteriza-se pela defesa de que cada cultura deve conter o seu próprio conjunto de entendimentos sociais que governem a sua distribuição de bens. Assim, uma prática pode ser vista como justa em determinada cultura e injusta em outra, não havendo qualquer conflito quanto a isso. Um exemplo é a aceitação da poligamia junto a um grupo e a sua recusa em outro.

A proposta relativista aceita as práticas culturais de todos os grupos, mas não leva em conta as possibilidades de convivência e conflitos entre eles numa mesma sociedade. Além disso, desconsidera os desacordos sobre o significado de bens sociais das próprias culturas. Afinal, não existe tamanha homogeneidade em cada grupo social, e muitas vezes o que se apresenta como a visão de um grupo reflete apenas o entendimento de um grupo dominante ou de líderes e porta-vozes do grupo⁹⁴. Se uma liderança indígena diz, por exemplo, que o seu povo tem uma prática

⁹³ “En este nuevo orden dominante, el espacio público, a su vez, pasa a capturar y monopolizar todas las deliberaciones y decisiones relativas al bien común general, y el espacio doméstico como tal se despolitiza totalmente, tanto porque pierde sus formas ancestrales de intervención en las decisiones que se tomaban en el espacio público, como también porque se encierra en la familia nuclear y se clausura en la privacidad. Pasan a normar la familia nuevas formas imperativas de conyugalidad y de censura de los lazos extendidos que atravesaban la domesticidad (Maia 2010; Abu-Lughod 2002), con la consecuente pérdida del control que el ojo comunitario ejercía, vigilando y juzgando los comportamientos. La despolitización del espacio doméstico lo vuelve entonces vulnerable y frágil, y son innumerables los testimonios de los grados y formas crueles de victimización que ocurren cuando desaparece el amparo de la mirada de la comunidad sobre el mundo familiar. Se desmorona entonces la autoridad, el valor y el prestigio de las mujeres y de su esfera de acción. Cf. SEGATO, Rita Laura. *Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial*. Disponível em: <https://www.forsalud.org.pe/genero_y_colonialidad.pdf> Acesso em 30 jul. 2017.

⁹⁴ GUTTMANN, Amy. The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, Nº 3, 1993, p. 178.

específica que implica o arrendamento da terra ou a inferiorização de mulheres, isso não deve ser necessariamente tratado como a posição do grupo, já que pode haver divergências internas sobre isso.

No outro extremo, o universalismo abrangente pressupõe um conjunto amplo de princípios universais para enfrentar os conflitos. Tal visão peca pelo alto grau de abstração e pelo suposto desprezo à contextualização histórica e as diferenças entre grupos sociais. Em verdade, carrega consigo uma percepção eurocêntrica, que privilegia culturas liberais, sempre fundada na razão e na existência de uma resposta única para um conflito moral.

Entre os extremos do relativismo e do universalismo, há o relativismo político e o universalismo deliberativo, de características mais dialógicas. O relativismo político reconhece a insuficiência do relativismo cultural, em razão da existência de desacordos dentro das culturas e entre elas, e propõe uma saída procedimental, que permita um acordo social em questões de justiça dentro de uma comunidade política, por meio do diálogo. A sua força reside em prever uma discussão pública e negociada sobre os desacordos, porém não oferece nenhum tipo de caminho substantivo ou balizas mínimas ou finais para o diálogo. Guttman aponta que o relativismo político peca por ser uma concepção insuficiente e por desconsiderar bens básicos que, em sua visão, não poderiam estar sujeitos ao procedimento, como o direito de não ser escravizado ou torturado, temas que possuem atualmente forte carga de acordo moral nas comunidades políticas liberais⁹⁵.

No campo do universalismo, a resposta alternativa a uma versão forte é o universalismo deliberativo, que preconiza uma deliberação real baseada no diálogo entre perspectivas razoáveis em fóruns específicos de deliberação⁹⁶. O universalismo deliberativo contém certos princípios de caráter substantivo e outros que conferem condições procedimentais para a deliberação. Os princípios substantivos corresponderiam à aqueles sobre os quais não paira desacordo entre concepções razoáveis, pelo menos neste momento histórico, de modo que sua rejeição não seria razoável. Como exemplo, Guttman cita a proibição da escravidão. Por outro, há um conjunto de princípios procedimentais que apoiam a deliberação em conflitos morais fundamentais, para a qual se busca um resultado razoável⁹⁷. Esse resultado é provisório e repercute no momento deliberativo específico, quando se admite a qualidade provisória daquela resolução pública para enfrentar a controvérsia, já que o desacordo moral impede uma resolução única e atemporal.

Em que pesem as preocupações com a construção de uma visão plural, a perspectiva do universalismo deliberativo é marcada pelos valores de uma cultura liberal de direitos. Apesar de haver uma abertura ao multiculturalismo, a ideia de razoabilidade novamente apresenta-se como um aspecto balizador para a admissão das concepções aceitáveis e da forma como o debate vai ser

⁹⁵ GUTTMANN, Amy. The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, Nº 3, 1993, p. 181.

⁹⁶ *Ibid*, p. 198.

⁹⁷ *Ibid*, p. 200.

conduzido. Além disso, da mesma forma que em Shachar, a preocupação com as culturas ditas irrazoáveis acaba por ofuscar outros debates importantes, como a necessidade de se combater a opressão de grupos minoritários e garantir direitos que possam conflitar com aspectos mais econômicos de certas liberdades, e não com aspectos existenciais. O debate sobre a garantia de terras aos povos indígenas e a sua concretização em face da propriedade privada é um exemplo claro disso.

As preocupações de Shachar e Guttman refletem o interesse de boa parte dos estudiosos em direitos humanos sobre as formas de aceitação (ou não) de práticas de grupos que possam afetar a inviolabilidade dos indivíduos. No caso dos povos indígenas, são recorrentes as longas discussões e contestações a certas práticas – como aquelas que os brancos chamam “infanticídio” e as sanções internas de grupos em razão de comportamentos de membros de uma etnia. Muitas linhas são escritas para tratar destes assuntos, mas, além de ser desconsiderado o fato de o Estado muitas vezes aprofundar a opressão sobre minorias dentro de minorias, geralmente se dispensa menor atenção aos mecanismos de efetivação de certas proteções externas ante um cenário de sistemática negação de direitos.

Existe uma constante preocupação nos debates referentes ao multiculturalismo com os supostos perigos culturais oriundos dos diferentes, deixando-se de olhar para os efeitos da miséria e da marginalização. Como alerta Joaquín Herrera Flores, esta tendência decorre de um universalismo de partida que implica um pré-juízo em torno do qual toda a realidade deve adaptar-se⁹⁸. Ao mesmo tempo, uma visão localista ou relativista afunda-se em uma pluralidade de participações e promove um universalismo de retas paralelas, que se fecha sobre si mesmo. Em oposição a esses dois caminhos, Flores propõe um universalismo de chegada ou de confluência, que deve ser alcançado após (e não antes de) um processo conflitivo e discursivo de diálogo, por meio do qual as propostas se entrecruzam, e não se superpõem⁹⁹. Este universalismo deve estar preocupado com restrições internas, mas também com proteções externas.

Em sentido próximo, Bhikhu Parekh enfatiza três ideias centrais ao multiculturalismo (ou ao pluralismo). A primeira delas consiste no fato de que todos os seres humanos possuem uma cultura, de cujo interior contemplamos o mundo, embora possamos ser críticos a alguns de seus aspectos. A segunda ideia é a de que diferentes culturas representam diferentes sistemas de significados de sentidos para a vida, sendo que cada uma delas atende a uma gama limitada de capacidades, possibilidades e emoções humanas. Por fim, a terceira ideia é a de que toda cultura é internamente plural, dinâmica e está em constante diálogo com suas diferentes tradições e correntes de

⁹⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>> Acesso em: 04 abr. 2011, p. 15.

⁹⁹ *Ibid*, p. 21.

pensamento¹⁰⁰. Deve haver uma perspectiva multicultural que não esteja comprometida como uma doutrina particular ou uma visão de boa vida e que não questione o quanto de diversidade ela irá tolerar. Ao contrário, deve aceitar a realidade e o desejo de diversidade cultural, estruturando a vida política de acordo com essa realidade.

Esse diálogo, para Parekh, deve conter pré-condições institucionais, como liberdade de expressão, procedimentos acordados e normas éticas básicas, espaços de participação pública, uma estrutura responsiva de autoridade e o empoderamento de cidadãos. Deve ter, por outro lado, as virtudes políticas do respeito mútuo e preocupação, tolerância, autocontenção, amor pela diversidade e abertura para novas ideias.

Outra proposta é a de Daniel Bonilla Maldonado, que defende a construção de um modelo multicultural pluralista, que aposte no diálogo e reconheça as características dos diversos grupos, quebrando-se a estrutura hierarquizada que põe precedência à visão liberal. A fim de assegurar esse tratamento, o autor colombiano estabelece cinco condições¹⁰¹: i) o Estado deve ser efetivamente imparcial frente às comunidades culturais, acomodando-as e não impondo uma visão majoritária; ii) deve-se conferir o máximo de autogoverno às comunidades tradicionais, em especial aos povos indígenas; iii) a existência de uma moralidade mínima, com pequena intervenção estatal e possibilidade de amplo diálogo entre as sociedades; iv) a possibilidade de saída da comunidade por parte de um membro, quando não concordar com suas práticas e modos de vida; v) a existência de diálogos interculturais.

Em linha semelhante, Daniel Sarmiento propõe um diálogo com povos indígenas que seja de mão dupla e que contribua para uma solidariedade nas compreensões. Este diálogo pode valorizar, por exemplo, a relação que tais povos desenvolvem com a natureza e deve buscar a construção de procedimentos que compatibilizem os seus interesses com grupos majoritários. Deve respeitar as formas próprias de organização desses grupos e a construção conjunta de modelos de compatibilização¹⁰².

Nesse cenário, a expressão “interculturalidade” se mostra mais feliz que “multiculturalismo”, pois não se contenta em apenas reconhecer o fato das múltiplas culturas, mas também em preconizar um diálogo que reconheça as incompletudes mútuas e permita a troca entre os diferentes saberes, por meio da chamada hermenêutica diatópica¹⁰³. A visão intercultural confere

¹⁰⁰ PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. London: Macmillan Press, 2000, p. 336-340.

¹⁰¹ MALDONADO, Daniel Bonilla. *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006, p. 271-283.

¹⁰² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 295.

¹⁰³ A hermenêutica diatópica pressupõe que os *topoi* de cada cultura são tão incompletos quanto à própria cultura a que pertencem. A incompletude não é visível por dentro desta cultura, pois sempre tem a aspiração de totalidade. A hermenêutica diatópica busca, assim, ampliar a consciência de incompletude por meio de um diálogo intercultural. Nesse sentido, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª ed.

ênfase ao diálogo em igualdade de condições entre os grupos que compõem uma sociedade, pressupondo uma troca de cosmovisões e um aprendizado recíproco.

Só o preenchimento mútuo das incompletudes de cada cultura pode permitir, por exemplo, que Davi Kopenawa seja efetivamente ouvido e capaz de influenciar nos procedimentos decisórios que afetem brancos e indígenas. Deve-se atentar à sua fala e reconhecer que os contornos das distinções entre o secular e o religioso em culturas ocidentais e culturas não ocidentais não é idêntico, e que nem mesmo nas primeiras o secularismo se apresenta de forma homogênea ou atingiu sua plenitude. As reflexões do xamã mostram ainda a necessidade de um tratamento da natureza que fuja da noção incompleta de simetria entre direitos e deveres e coloque-a em interação com um todo. Ao mesmo tempo, a democracia e a liberdade são valores ocidentais que podem suprir incompletudes do pensamento yanomami¹⁰⁴.

Os caminhos para a interculturalidade serão analisados mais detidamente no próximo capítulo. Por ora, o que se buscou foi mostrar como o multiculturalismo liberal, ao discutir a construção de modelos que permitam a convivência entre culturas, deixa clara a posição proeminente de certos valores e um certo desinteresse pelas cosmovisões de outros grupos. As opressões internas nos grupos – que muitas vezes são reais e não devem ser desprezadas – são aparentemente tratadas como fenômenos que não ocorrem nas sociedades liberais, e a influência das interações de dominação sobre os grupos minoritários é ignorada.

Ressalte-se que não se pretende condenar os valores liberais ou defender, por exemplo, um relativismo cultural que aceite acriticamente quaisquer restrições internas. O que está em análise é o fato de que as cosmovisões e as perspectivas desses povos não são consideradas como fatores relevantes para a construção de um diálogo, enfatizando-se constantemente as práticas iliberais tidas como negativas.

A forte preocupação com restrições internas intragrupoais que afetem direitos individuais – que é relevante, porém de solução complexa que não pode prescindir de uma perspectiva dialógica que recuse saídas simplistas, como a criminalização – acaba por relevar a falta de efetividade na concretização de direitos básicos de populações marginalizadas que se chocam com interesses econômicos e com a manutenção do *status quo*, em razão da pouca reflexão sobre a perene hierarquização de visões, bem como sobre a recusa de pensar em formas inovadoras de compatibilização de direitos.

São Paulo: Cortez, 2010, p. 448.

¹⁰⁴ Boaventura de Sousa Santos trata da incompletude das culturas ocidentais e as culturas hindu e islâmica, mas o exemplo é plenamente aplicável ao caso Yanomami (Ibid, p. 449-455).

1.6 Conclusões parciais: apropriação e superação do multiculturalismo

A fim de sintetizar as ideias trazidas neste capítulo e indicar os rumos da reflexão que será desenvolvida nos próximos, pode-se dizer que os caminhos traçados pelas diversas correntes do pensamento crítico para assegurar o respeito à diversidade contribuíram para a consolidação do multiculturalismo, que se consagrou nos textos de diversas Constituições. O multiculturalismo contribuiu de forma decisiva para a emergência da diferença, revisitando o conceito do princípio da igualdade e colocando na agenda política global a diversidade cultural e a ideia de diversidade histórica.

Nesse contexto, sobressai a perspectiva anti-subordinação do princípio da igualdade, baseada no direito a ser tratado como igual, que rechaça tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação e admite tratamentos diferenciados, desde que estes visem superar situações de discriminação. Além disso, tal perspectiva considera discriminatórios tratamentos supostamente neutros que reforcem a subordinação¹⁰⁵, de modo que a omissão diante de realidades discriminatórias representa uma ofensa ao princípio da igualdade. Esta noção é diferente da perspectiva da antidiferenciação, que prevê um direito a igual tratamento, que reprovava qualquer tipo de tratamento diferenciado e que se preocupa com a neutralidade das medidas. Na prática constitucional, esta perspectiva autoriza a afirmação de deveres de proteção a certos grupos subordinados ou minoritários, como ocorre com a previsão em favor de povos indígenas.

Deve-se sublinhar ainda que, no campo do direito antidiscriminação, tendo como norte também a dignidade da pessoa humana, o enfrentamento da discriminação deve ir além da intencionalidade para considerar as diversas abordagens do tema, como as discriminações interseccional, multidimensional, inconsciente e organizacional, cujos impactos coletivos reproduzem, em relações intergrupais e intragrúpicas, a estratificação, ou seja, mantém indivíduos e grupos em posições que ao longo do tempo ganham estabilidade e perpetuam as desigualdades¹⁰⁶.

Em sua intrínseca relação com a teoria do reconhecimento, a igualdade destaca ainda a relevância das formas de vida de cada um para o exercício da liberdade e da condução de projetos

¹⁰⁵ Nesse sentido, veja-se: RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁰⁶ Segundo Adilson José Moreira, a discriminação interseccional leva em conta as diferentes formas de discriminação com base nos aspectos estruturais do sistema de opressão e mostra-se mais útil para compreender como as desigualdades de ordem cultural ou material atingem as pessoas, sobretudo para discutir duplas formas de discriminação, como ocorre com mulheres negras (minorias dentro de minorias). Já a multidimensionalidade problematiza as várias formas como as demandas são apresentadas pelos grupos minoritários. Por exemplo, as demandas de justiça racial devem enfrentar o racismo sexista e o racismo homofóbico, integrando a luta contra os sistemas de subordinação. Entre as discriminações não intencionais, as discriminações inconscientes decorrem de estereótipos que atuam como esquemas mentais que influenciam os comportamentos e representações culturais, e a discriminação organizacional leva em conta a repercussão desses processos inconscientes na discriminação de pessoas no âmbito profissional. Cf. MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, Justificando, 2017.

de vida. O Estado viola a igualdade e a ideia de igual respeito e consideração quando não oferece o mesmo respeito aos diferentes grupos. Vale citar o exemplo de Daniel Bonilla: da mesma forma que uma pessoa comprometida com uma moral individualista vê obstaculizado seu projeto de vida se o Estado reconhece a propriedade coletiva sobre a terra, o membro de um grupo indígena que encara o uso da terra de forma coletivista verá limitado o seu se o Estado reconhecer unicamente a propriedade individual¹⁰⁷.

A perspectiva da reparação histórica alinha-se à noção de anti-subordinação, pois orienta o atendimento a certos grupos historicamente situados que foram vítimas de opressões e dominações no passado, com efeitos sentidos no presente. Diferentemente do que se imaginava, o genocídio de povos indígenas no Brasil não foi capaz de extingui-los e a reparação deste passado de violências não pode ficar num campo meramente simbólico. À medida que a legislação consolida a possibilidade de tratamento como igual, afastando a tutela ou a perspectiva inferiorizante em relação aos índios, pessoas que antes tinham a identidade sufocada passam a afirmá-la e a sustentar seus vínculos com povos pré-colombianos, reivindicando direitos que não se limitam ao reconhecimento, mas também à redistribuição.

As violações perpetradas pelo Estado contra povos indígenas foram flagrantes, seja por meio de atos concretos de extermínio, seja por estratégias de “pacificação” e mestiçagem que implicaram fortes impactos desagregadores sobre os grupos, desterritorialização e negação da identidade. Com medidas de reparação, a oportunidade de reconstruir/ressignificar práticas e retomar/assegurar espaços de convivência é um caminho que quebra a falsa ideia de que havia situações consolidadas na evolução da formação da nação. A reparação, nesse ponto, deve servir de referência para superar uma cidadania de segunda classe e, por meio de uma atuação de “eliminação de castas” enfrentar uma realidade profundamente desigual com o fim de romper com a percepção de “neutralidade do *status quo*”, ou seja, com a ideia de que só há neutralidade quando a atuação do Estado implica a confirmação das desigualdades já existentes¹⁰⁸.

Desnaturalizar o processo impositivo de um projeto nacional de territorialização e regulação do mercado de terras e colocar em evidência direitos que asseguram aos índios o direito de reivindicar terras enquanto grupo implica permitir às minorias que construam, se assim o quiserem, tradições e defendam a sua diferença ante a intervenção indevida do Estado e da sociedade regional.

A estes princípios soma-se a ideia de diversidade cultural, que permite justificar peculiaridades no desenho do tratamento diferenciado que será conferido a certos grupos para que eles sejam considerados iguais. Assim, se um povo indígena exerce sua relação com a terra de forma diferenciada e baseia-se numa compreensão não mercadológica daquele bem, o princípio da

¹⁰⁷ MALDONADO, Daniel Bonilla. Los derechos de las minorías culturales y las desigualdades de clase. In: GIRAUDDO, Laura (ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 30.

¹⁰⁸ A expressão é de Cass R. Sunstein. SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 448-451.

igualdade exige que seja reconhecido um tratamento distinto, ao passo que a diversidade cultural autoriza a configuração do exercício daquele direito de forma que atenda às perspectivas do grupo.

Nesse ponto, as críticas às visões culturalizantes ou etnicizantes são corretas, pois qualquer tentativa de exotizar ou congelar as práticas dos grupos é uma medida equivocada e não condizente com as interações dos grupos indígenas e com o dinamismo inerente às culturas. A proteção de grupos indígenas não se justifica em razão de uma alteridade radical, mas do autorreconhecimento desses grupos como indígenas. Embora singela, tal afirmação custa a ser compreendida pelos operadores do direito, que buscam sempre identificar uma alteridade radical na constituição desses grupos, ignorando, como se verá, que são desnecessárias para o reconhecimento algumas distintividades culturais específicas – como línguas ou vestimentas – e subestimando os processos de esquecimentos e silenciamentos a que os indígenas estiveram submetidos, bem como as etnogêneses por que passaram.

É imprescindível, ainda, reconhecer que muitos grupos entendem sua existência baseados em noções coletivas, de modo que a perspectiva individualista deve procurar entender as formas como as cosmovisões de cada etnia repercutem nos indivíduos.

Nos debates do multiculturalismo, conceitos como proteções externas, paridade de participação, remédios afirmativos e transformativos, e a combinação de mecanismos de redistribuição e reconhecimento, são ferramentas extremamente úteis para lidar com a complexidade dos casos e para propor soluções que assegurem o respeito aos direitos dos povos indígenas. Por outro lado, devem ser tratados com desconfiança pressupostos como o de razoabilidade, racionalidade ou valores culturalmente compartilhados, pois indicam que grupos culturalmente diversos só podem ter respaldo constitucional quando houver a aceitação de certas regras para a organização política da sociedade ou se for possível uma acomodação que permita a sobrevivência física e cultural sem colocar em risco a estabilidade constitucional criada. Ou seja, as formas de organização dos grupos e seus direitos devem ser harmonizados com os parâmetros do liberalismo político e os princípios consensualmente estabelecidos entre doutrinas razoáveis e racionais. Estas premissas são limitadoras quanto ao pleno respeito das cosmovisões e formas de organização de grupos cujas trajetórias não se familiarizam com valores priorizados no liberalismo político.

Com base no alerta de Davi Kopenwa, o tratamento da diferença que não escuta os povos indígenas nem os deixa falar teatraliza uma mera formalidade, que está longe de enfrentar a complexidade da convivência com esses grupos. A escuta seletiva, que só aceita o que pode ser facilmente acomodado à sociedade hegemônica, tampouco é aceitável, pois está longe de viabilizar um diálogo que se dê em igualdade de condições.

O multiculturalismo liberal tende a preocupar-se com as práticas não liberais de certos grupos e com *hard cases* que representem graves desacordos morais, colocando em segundo plano

as necessidades existenciais e fundamentais desses grupos. A acomodação de direitos garantida em cartas constitucionais é vista como suficiente para a preconização do respeito ao pluralismo, deixando-se de olhar para a efetividade dessas normas. Isso fica evidente no caso dos direitos territoriais de povos indígenas, cuja aceitação é praticamente plena por não acarretar as chamadas tensões intragrupo de direitos individuais (restrições internas) nem o chamado paradoxo da vulnerabilidade multicultural.

A grande maioria dos autores do multiculturalismo reconhecem como válidas as proteções externas referentes às terras indígenas. Olvidam-se, porém, da existência de disputas territoriais que são fruto de uma omissão do Estado em demarcar terras. Diante da previsão na Constituição de 1988 e do caráter declaratório da ocupação dessas terras, a omissão estatal em praticar atos demarcatórios acarreta conflitos de direitos territoriais com direitos de propriedade privada, cuja resolução não pode basear-se em uma concepção hegemônica.

A construção de um universalismo de chegada ou de uma hermenêutica diatópica depende de uma efetiva visão intercultural que valorize, respeite e trate efetivamente como iguais as diversas formas de organização e concepções de mundo. Isso não significa negar a importância de valores democráticos e liberais. Fazer isso significaria meramente inverter o lado da moeda, o que seria igualmente prejudicial. Confiante na construção de valores compartilhados, o que se busca é assegurar a efetiva via de mão dupla, na qual se permita o intercâmbio de práticas com viés emancipatório e a aproximação de saberes e práticas.

No próximo capítulo, serão abordadas as perspectivas pós-colonial e descolonial e o marco da interculturalidade. Pretende-se preencher a lacuna deixada pelo multiculturalismo liberal pela interação de multiplicidade de formas de vida que desfrutem nos conflitos sociais de uma posição de igualdade para a construção de soluções dialógicas. O direito deve estar atento a essas realidades e interpretar seus institutos de forma mais acolhedora às pluralidades existentes.

2. A INTERCULTURALIDADE COMO UM PROJETO DESCOLONIAL

Caminemos Solos

*A veces pienso que los indios
esperamos a un hombre
que todo lo pueda,
que todo lo sepa,
que ayude a resolver todos nuestros problemas.*

*Pero esse hombre que todo lo puede
y que todo lo sabe,
nunca llegará:
porque vive em nosotros,
se encuentra em nosotros,
camina com nosotros,
empieza a despertar: aún duerme.*

(Natálio Hernández¹⁰⁹)

Como se viu no capítulo anterior, o multiculturalismo enfatiza a diferença e prevê direitos de grupos que podem ser acomodados em relação à sociedade majoritária, mas, ao lidar com a realidade do estigma e da inferiorização, questiona pouco as razões desta construção do “outro”, principalmente em sociedades marcadas pelos impactos da colonização. Mesmo quando o faz, o lugar de enunciação tem um viés eurocêntrico, que dispensa pouca atenção à compreensão dos povos dominados.

As teorias pós-colonial e descolonial preocupam-se justamente em romper com um olhar hegemônico e desconstruir as visões do “outro” que foram consagradas em dicotomias que colocavam os povos colonizados em posições inferiores. A construção do outro do “oriente”, como mostra Edward Said, e a colonialidade do poder, de que trata Aníbal Quijano, consagraram um discurso de inferiorização desses povos como forma de justificar a dominação.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ, Natalio. Caminemos solos. In: MONTEMAYOR, Carlos. *La voz profunda. Antología de la literatura mexicana en lenguas indígenas*. México, DF: Joaquín Moriz Editorial, 2004, p. 171.

Reconhecer este fenômeno é fundamental para repensar as estigmatizações e os essencialismos, bem como para construir diálogos interculturais que aspirem a uma igualdade de condições com os povos indígenas. Enfrentar a ferida colonial demanda ir além das políticas de acomodação e mexer nas cicatrizes de um passado de violências.

A interculturalidade fortalece mecanismos mais atentos à historicidade dos conflitos sociais e aos processos políticos que embasam a etnicidade e a afirmação identitária. A sua construção não é um processo fácil, mas vem sendo buscada pelo chamado novo constitucionalismo latino-americano, que alude às Constituições da Bolívia e do Equador, e pode ser extraída da atuação de alguns tribunais constitucionais do Sul Global.

2.1. Teoria pós-colonial: pode o indígena, enquanto subalterno, falar?

A descolonização de diversos países após a segunda guerra mundial provocou o questionamento dos caminhos que cada sociedade poderia tomar para superar o passado colonial. Os trabalhos do Grupo de Estudos Subalternos (*Subaltern Studies*), do qual participavam autores indianos como Homi Bhabha e Gayatri Chakravorty Spivak, e a obra do palestino Edward Said formaram o campo da chamada teoria pós-colonial, que influenciou os debates sobre os efeitos do colonialismo na construção de imagens sobre “o outro” não europeu e na formação da subjetividade de pessoas subalternas e da identidade em razão de distinções de raça, cor ou etnia.

A contribuição da teoria pós-colonial mostra que o colonialismo não é apenas um fenômeno econômico e político, pois possui uma dimensão epistemológica, relacionada à constituição de signos e de símbolos. O nome “pós-colonial” não pretende descrever o colonialismo como um fato do passado, mas sim reconhecer os seus efeitos permanentes com o desejo de superar fenômenos como a hierarquia de linguagens, a criação de oposições (positivas e negativas) e a demarcação de superioridades de certos grupos sobre outros, com impactos na limitação de direitos.

Os autores ligados a esta teoria ressaltam a proliferação de histórias e temporalidades, a erupção da diferença e a construção de narrativas diversas daquelas que constituíram o Estado-nação¹¹⁰. Embora remeta a momentos históricos específicos de descolonização no século XX – um exemplo é o período pós-independência na Índia -, a teoria pós-colonial é aplicável a todos que vivem a marca da colônia.

Em “Orientalismo”, de 1978, Edward Said discute o impacto da dominação imperial da Europa sobre as colônias da Ásia e do Oriente Médio, durante os séculos XIX e XX, e a institucionalização de uma imagem sobre “o oriente” ou “o oriental”. Trata-se de uma imagem que

¹¹⁰ Cf. HALL, Stuart. “Cuándo fue lo ‘postcolonial’? Pensando en el limite”. In: RESTREPO, Eduardo; WALSH, Cathernie; VICH, Víctor (eds.). *Sin garantías: Trayectorias y problemáticas em estudios culturales*. Popayán, Colômbia: Envió editores, 2010, p. 571.

não é meramente geográfica. Ela representa formas de vida e pensamento capazes de gerar subjetividades concretas que se incorporam às estruturas objetivas, como leis estatais, códigos de comércio e regulamentos burocráticos.

A obra de Said discute uma forma de produção de pensamento, favorecida pelo exercício do poder ocidental, que cria uma distinção ontológica e epistemológica entre o “Oriente” e o “Ocidente”. O primeiro é tratado como um lugar sem história ou desprovido de razão, e o oriental é visto como um ser irracional, depravado, infantil, diferente. Já o segundo é o lugar do europeu, que é considerado racional, liberal, virtuoso, maduro, normal¹¹¹. Said demonstra que escritores, poetas, romancistas, filósofos, teóricos políticos e administradores imperiais aceitaram tal distinção básica como ponto de partida para teorias, romances e relatos políticos sobre o Oriente, seus povos, costumes, “mentalidade” e destino, com influências que perduram até hoje.

A história do campo de estudos chamado “Orientalismo”, criado em países ocidentais como França e Inglaterra, é a da conversão de ideias que, a serviço de uma ideologia, surgem como mera representação sobre o conhecimento do tema em autoridade sobre ele. Said observa que um texto que pretende apresentar conhecimento acerca de um objeto real, sobretudo quando fortalecido pela autoridade de acadêmicos e instituições e governos, cria não apenas conhecimento, mas a própria realidade que pretende descrever. Com o tempo, conhecimento e realidade formam um discurso e aquele texto funciona como uma espécie de guia de viagem, de modo que só passamos a buscar no outro exatamente o que aquilo que o passo a passo de um manual nos mostra¹¹².

A apreensão da cultura dos povos colonizados, com um conjunto de histórias de extermínio, pressupõe simultaneamente uma lógica imperial, e ambas estão em andamento e em constante interação. É isso que permite as construções de alteridades e diferenças¹¹³. Nesse sentido, Homi Bhabha mostra como o discurso colonial trata os colonizados, caracterizando-os como uma população de “tipos degenerados” sobre a base da origem racial, com o objetivo de justificar a conquista e fixar os sistemas de administração e instrução, produzindo o colonizado como o “outro”¹¹⁴.

Nesse cenário, as ciências sociais criaram um imaginário sobre o mundo social do “subalterno”, entendido este como qualquer sujeito subordinado em razão de sua condição de

¹¹¹ SAID, Edward. *Orientalismo: o Oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. Kindle Edition. Cap. 1. Pos. 1033.

¹¹² Ibid. Pos. 2193-2213.

¹¹³ SAID, Edward. A representação do colonizado: Os interlocutores da antropologia. In: *Reflexões sobre o exílio e outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 128.

¹¹⁴ BHABHA, Homi K. *El lugar de la cultura*. Tradução de César Aira. Buenos Aires: Manantial, 1994, p. 95-96.

classe, casta, etnia, gênero etc¹¹⁵, que atende aos interesses de legitimação do poder imperial nos níveis econômico e político e à distinção de identidades entre colonizadores e colonizados¹¹⁶.

Deve-se atentar para as várias mediações de representações que estão introjetadas e que certamente constituem a subalternidade do sujeito. Em “Pode o subalterno falar?”, Gayatri Chakravorty Spivak mostra que, embora fisicamente possa falar, o subalterno não tem voz própria. Ele não está em condições de se expressar, pois intelectuais e mediadores querem falar por ele o tempo todo, reproduzindo estruturas de opressão e mantendo-os numa posição de silêncio¹¹⁷. Ademais, valores e justificações que produzem a própria opressão dos subalternos estão presentes na expressão do oprimido, de modo que qualquer ato de resistência pode estar imbricado no discurso hegemônico.

Em diálogo com esta compreensão, pode-se citar Paulo Freire, para quem os oprimidos possuem uma dualidade existencial, pois “hospedam” o opressor e introjetam sua sombra na condução de seu destino, assumindo atitudes fatalistas em razão da situação concreta de opressão, como se aquela condição inferiorizada fosse natural. O fatalismo dá a impressão aparente de docilidade e de passividade, quando, em verdade, os oprimidos estão imersos na realidade dos opressores que os colocam em uma consciência servil e em uma posição de aceitação da sua posição subalterna como mero destino¹¹⁸.

Um grupo indígena, por exemplo, que pretende denunciar a violação de direitos territoriais às instituições públicas ou à sociedade depende da mediação, que pode ser maior ou menor conforme a sua interação com a sociedade regional. A mediação pode ser feita por um jornalista, um

¹¹⁵ A categoria “subalterno” foi desenvolvida por Antonio Gramsci para designar grupos sociais que estavam sujeitos à dominação de classe. Indo além da noção de proletariado, o marxista italiano procurava, com o termo, entender as diversas relações de poder e subordinação ao longo da história e as outras situações modernas de dominação que colocavam grupos sociais à margem da história. Os subalternos caracterizam-se pela heterogeneidade, desagregação e pela falta de coesão, que os tornam importantes de expressar suas aspirações e necessidades (LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (org.). *Dicionário Gramsciano*. Tradução de Ana Maria Chiarini et al. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 746-747). A teoria pós-colonial valeu-se deste termo para aprofundar a análise dos sujeitos que sofrem os efeitos da dominação colonial e aplicou-o em termos de classe, casta, gênero, raça, etnia e linguagem, com forte repercussão identitária. Não há uma aplicação uniforme do conceito entre os autores, o que não afasta, porém, a força do termo para designar a situação de pessoas e grupos inferiorizados. Com base nisso, este trabalho considera pertinente a provocação de Spivak sobre o poder de fala dos subalternos para suscitar o debate sobre a interculturalidade e as possibilidades de intervenção dos povos indígenas nos processos políticos. Sobre a noção de subalternidade em Gramsci e no Grupo de Estudos Subalternos, veja-se: GÓES, Camila. Repensando a subalternidade: de Antonio Gramsci à teoria pós-colonial. *Revista Outubro*, n. 26, julho de 2016, p. 89-111.

¹¹⁶ CASTRO-GOMEZ, Santiago. La poscolonialidad explicada a los niños. In: SAAVEDRA, José Luis (comp.). *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 31.

¹¹⁷ SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goular Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 90.

¹¹⁸ Para superar essa realidade e lutar por sua libertação, os oprimidos devem ter a consciência crítica dessa opressão e, por meio da pedagogia do oprimido, devem agir em dois momentos: no primeiro, devem desvelar o mundo da opressão e comprometer-se com sua transformação; no segundo, já transformada a realidade opressora, a pedagogia deixa de ser do oprimido e passa a ser a pedagogia dos homens em processo permanente de libertação. Cf. FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 57.

antropólogo, uma organização não governamental ou pelo Ministério Público¹¹⁹. A voz do grupo estará sempre em composição com códigos e elementos linguísticos, valorativos e normativos da sociedade nacional, que implicam estratégias e negociações.

Poder falar não se resume, assim, a dispor de canais formais de voz, mas sim implica viabilizar um processo dialógico que reconheça o caráter híbrido da palavra do outro. Embora não seja possível pensar o subalterno indígena “fora” da modernidade ou de um *locus* ocidental, buscando um “terreno encantado” da tradição, é imprescindível a quem está de fora denunciar a linguagem que ele não domina e o privilégio que condiciona o diálogo entre culturas.

Por isso, deve-se exercer a escuta como um registro da diferença, que leva em conta a complexidade para entender o hibridismo e sua dimensão política, não se omitindo aquilo que é ouvido quando contradiz o que se imagina ou se espera em relação a discursos sobre identidade, cultura e poder. A busca de uma horizontalidade, sem simplificar a cena ou romantizar o subalterno, pressupõe perceber os silêncios conscientes, as estratégias de negociação e os esquecimentos premeditados¹²⁰. É este o caminho que a interculturalidade deverá trilhar.

Alguns cuidados, todavia, são necessários. Primeiramente, o reconhecimento da incompletude da modernidade não enseja a negação de tudo o que ela produziu. É possível combinar saberes e permitir aproximações. Em segundo lugar, devem-se criticar os essencialismos e afastar a tentativa de extrair a pureza da voz subalterna do outro, sob pena de se produzir novamente uma atitude colonial. O processo de convivência é dinâmico e gera aprendizados recíprocos, ainda que seja necessário reafirmar a insubmissão a um padrão de poder. Não cabe, porém, falar em retorno às origens puras ou em resgate de tradições.

2.2 As colonialidades do poder, do saber e do ser

Os impactos da teoria pós-colonial na América Latina foram muito grandes e permitiram a compreensão da mesma problemática a partir dos processos coloniais aqui ocorridos. Em meio aos esforços para entender o destino dos povos que sofreram e sofrem os efeitos da colonização, em suas várias dimensões (histórica, simbólica, subjetiva, identitária), o conceito de colonialidade do poder, formulado por Aníbal Quijano, busca interpretar os efeitos permanentes da sujeição de

¹¹⁹ O exemplo é de João Feres Junior e Thammy Pogrebinski. Cf. FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Ebook. Kindle Edition. Pos. 2670 de 5420.

¹²⁰ Nesse sentido, veja-se: RUFER, Mario. El habla, la escucha y la escritura. Subalternidad y horizontalidad desde la crítica poscolonial. In: BERKIN, Corona; KALTMEIER, Olaf (ed.). *El diálogo*. Metodologías horizontales em Ciencias Sociales. Gedisa: México, 2012.

determinados grupos como algo constitutivo do projeto da modernidade. Para Quijano, não se pode compreender a modernidade sem entender a ideia de colonialidade.

A colonialidade do poder consiste em um padrão de poder, fruto da colonização, que naturalizou as diferenças e permitiu a distinção com base na ideia de raça na forma como a conhecemos hoje, bem como estabeleceu a impossibilidade de dissociação da modernidade com o processo histórico de invenção da América (ou da ideia de América Latina, como diz Walter Mignolo¹²¹) e da própria Europa.

As independências na América Latina ocorreram sem a respectiva descolonização de suas sociedades, o que favoreceu a rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais. A colonialidade do poder atinge o imaginário dos dominados e recai sobre os modos de conhecer, produzir conhecimento, produzir perspectivas, imagens e sistemas de imagens, símbolos, modos de significação, em que a modernidade, a racionalidade e o eurocentrismo são, de um lado, o topo da marcha da história; de outro, há inferioridade, emoção, pré-modernidade e atraso.

Quijano observa que, na América, a ideia da raça serviu para outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. Os povos conquistados e dominados foram situados em uma posição natural de inferioridade e, por conseguinte, o mesmo ocorreu com os seus traços fenotípicos e com seus descobrimentos mentais e culturais¹²². Esse processo, que define a colonialidade do ser, estabelece a inferiorização e o estabelecimento de estigmatizações em relação aos povos dominados, especialmente negros e indígenas, atribuindo-lhes características que se mostram atrasadas quanto ao padrão de referência tido como superior ou mais avançado (europeu).

A modernidade universalizou uma particularidade – o sujeito europeu – e reconheceu em um tipo determinado de sociedade (Europa) a superioridade histórica na marcha da humanidade, racional, civilizada e ocidental, em contraponto ao irracional, ao primitivo e ao mágico dos outros povos (não Europa). Para tanto, forjou-se, a partir de um “outro”, indígena ou negro, uma identidade europeia, e, como corolários de uma compreensão evolucionista da história, emergiram dois mitos fundantes principais: o estado de natureza como estágio de pré-modernidade da história humana, que se associa à não Europa, e o tratamento das diferenças entre Europa e não Europa como diferenças de natureza racial, e não de histórias de poder¹²³.

As colonialidades conduziram à expropriação de descobrimentos culturais pelas populações colonizadas, à repressão de formas de produção de conhecimento e de expressão e à apreensão,

¹²¹ MIGNOLO, Walter D. *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Tradução de Silvia Jawerbaum e Julieta Barba. Barcelona: Gedisa, 2007.

¹²² QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000, p. 203.

¹²³ *Ibid*, p. 211.

pelos colonizados, da cultura dos dominadores. A diferença e a inferioridade dos povos colonizados foram recepcionadas como um dado, e os ideais de igualdade e liberdade pressupuseram dúvidas sobre a humanidade dos povos indígenas¹²⁴, a condescendência com a escravidão e a atribuição de *status* de segunda classe a quem supostamente ainda não havia atingido um grau civilizatório compatível com a modernidade.

No debate entre Frei Bartolomé de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda, em que pese a diversidade de compreensões sobre os povos indígenas e a importância das posições do primeiro quanto à prevalência do poder temporal sobre o poder espiritual e aos direitos naturais dos povos indígenas, ambos os lados refletem visões inferiorizantes acerca desses povos. Enquanto Sepúlveda defendia que os indígenas eram pessoas naturalmente bárbaras, cujas práticas violavam valores universais, e por isso deveriam ser submetidos ao domínio europeu, Las Casas distinguia os tipos de bárbaros, sendo que apenas aqueles que não contavam com um sistema básico de governabilidade poderiam ser escravizados. Embora os descrevesse como infieis, ele relatava que os indígenas possuíam um sistema de governo, eram sábios e polidos, tinham uma só mulher própria, não devoravam os bens de ninguém nem injuriavam ou matavam espanhóis pecadores e eram muito prudentes, humanos, dóceis e obedientes, por isso deveriam ter a oportunidade de manifestar o seu livre consentimento à evangelização¹²⁵.

Como diz Tzvetan Todorov, a conquista da América é um fato sem precedentes que representa a fundação da nossa identidade atual, tanto de europeus como de não europeus. Antes da América, o mundo era pequeno; a partir de 1492, o mundo está fechado e o seu universo torna-se infinito, pois os homens descobriram a totalidade de que faziam parte¹²⁶. Quando Colombo aportou no lugar que considerava ser as Índias, via nos índios um objeto, uma espécie natural a ser juntada às plantas e animais de sua coleção naturalista; já Hernan Cortés, invasor do México, embora também carregasse essa compreensão naturalista, via nos indígenas sujeitos comparáveis aos europeus, mas não em sentido pleno. Eram sujeitos reduzidos ao papel de produtores de objetos, artesãos ou malabaristas. O papel que desempenhavam era digno de admiração, embora este apreço não apagasse a distância em relação aos europeus, que se mantinha claramente delimitada¹²⁷.

¹²⁴ Nesse sentido, ver: LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O paraíso destruído: brevíssima relação da destruição das Índias*. Tradução de Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L&PM, 2001.

¹²⁵ O tema que despertava mais dificuldade na defesa de Las Casas era o de sacrifício humano pelos indígenas. O religioso tenta minimizar essa questão, associando tais práticas às leis próprias dos indígenas e comparando com práticas de sacrifício descritas na bíblia, como a de Isaac por Abraão. Embora o canibalismo fosse condenável, não seria necessário declarar guerra àqueles que os praticam. Ao fazer essa comparação, Las Casas permite entrever a coexistência de universos possíveis. *Ibid*, p. 157-162.

¹²⁶ TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone Moi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 4.

¹²⁷ TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone Moi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 68.

Noções que se assemelham à dicotomia entre bárbaros e cristãos do debate entre Las Casas e Sepúlveda estão ainda presentes hoje no discurso de um universalismo que Immanuel Wallerstein chama de “universalismo europeu”¹²⁸. Trata-se de uma postura que apela a um discurso localizado de direitos humanos e de democracia com viés evangelizador, que pressupõe a superioridade da civilização ocidental e afirma uma “verdade científica” do mercado, sem qualquer consideração quanto à existência de alternativas às regras da economia liberal.

Na América Latina, as perspectivas eurocêntricas foram adotadas pelas elites locais como próprias. O colonialismo interno, categoria desenvolvida por Pablo González Casanova para designar uma estrutura de relações sociais e de exploração entre grupos culturais heterogêneos que reproduz a dominação colonial mesmo após os processos de independência¹²⁹, representa a introjeção do eurocentrismo e da assunção das diversas manifestações da colonialidade (do poder, do saber e do ser). Um exemplo são as explicações e construções dominantes acerca da formação do Brasil, que absorvem o discurso da modernidade e culpam um atraso intrínseco – associado à persistência de aspectos “pré-modernos” na formação dessas sociedades – e certos traços culturais como as causas para um fracasso na implementação do projeto da modernidade. As causas principais de nossos males não decorreriam das relações de dominação ou da forma como a modernidade se delineou – para a qual a colonialidade exerceu papel fundamental -, mas sim de traços culturais próprios, herança do comportamento ibérico ou certa ausência de propensão a práticas democráticas liberais.

O mito da democracia racial, por exemplo, busca explicar a singularidade nacional, mascarando e suavizando o racismo sob a defesa de uma convivência harmônica entre cidadãos de primeira e segunda classe¹³⁰, e a ideia de “homem cordial” vê na predominância de relações de

¹²⁸ WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 26.

¹²⁹ CASANOVA, Pablo González. El colonialismo interno. In: *Sociología de la explotación*. Buenos Aires: CLACSO, 2006, p. 197-198. Disponível em <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130909101259/colonia.pdf>> Acesso em: 30 jul. 2017. Há certas diferenças nas aplicações dos termos, mas a maioria dos autores concordam que o colonialismo externo identifica-se com uma forma específica de dominação político-administrativa datada historicamente que organiza o mundo em torno de metrópoles/colônias e basicamente tem a ver com a organização da dominação em termos políticos, ao passo que o colonialismo interno se refere à manutenção de formas de dominação mesmo após os processos de independência. A noção de colonialidade, por sua vez, liga-se a um padrão de poder global que inclui o colonialismo e vai mais além, abrangendo o pensamento no qual seguem sendo perpetuadas diferenças, subalternidades, dominações e subordinação, além de identidades fixas e homogeneizadoras (índio, mestiço, negro). Paulo Thadeu Gomes da Silva (que se vale da expressão colonialidade interna) cita como exemplos desta última as práticas de exploração dos índios pelos não índios como mão-de-obra barata, a necessidade de comprovação de posse das terras que reivindicam como seus territórios, a presença de missões evangelizadoras nas áreas indígenas e a ausência de representatividade indígena no parlamento. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015, p. 204.

¹³⁰ Gilberto Freyre, em “Casa Grande e Senzala”, sustenta que, no Brasil, o contato entre portugueses e indígenas foi marcado por um equilíbrio entre antagonismos, por uma harmonização de contrários (a cultura mais atrasada e a cultura mais desenvolvida): “Híbrida desde o início, a sociedade brasileira é de todas da América a que se constituiu mais harmoniosamente quanto às relações de raça: dentro de um ambiente de quase reciprocidade cultural que resultou no máximo de aproveitamento dos valores e experiências dos povos atrasados pelo adiantado;”. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51ª ed. rev. São Paulo: Global, 2006, p. 160.

afetividade uma característica herdada de nações periféricas da Europa que demonstraria pouca afeição dessas sociedades à impessoalidade e à racionalidade, impedindo o êxito da modernidade entre nós¹³¹. Em “Os Sertões”, de Euclides da Cunha, o sertanejo é tratado sob uma ótica determinista em que o ambiente o faz primitivo, embora esteja condenado à civilização¹³².

A colonização das perspectivas cognitivas, ou a chamada colonialidade do saber, implicou subjugar qualquer conhecimento que não fosse científico, racional, escrito ou de alguma forma associado à modernidade, relegando a um *status* menor manifestações orais e outros saberes, memórias e sentidos¹³³. A constituição dos arquivos nacionais silencia certas manifestações e produz segredos, em que raça e gênero se escondem nos códigos de práticas e olhares que afirmam no texto sua inexistência¹³⁴. Nos arquivos, há uma única nação e uma única história, ao mesmo tempo em que aos silenciados e vítimas de segredo restam o folclore e a cultura para atenuar o ato original de violência¹³⁵. No imaginário colonizado de nação, os povos indígenas e os povos de ascendência africana estão fora da história¹³⁶.

2.2.1 A sociologia das ausências no campo jurídico

¹³¹ Sérgio Buarque de Holanda observa que predominam no Brasil as vontades particulares, as quais encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Um dos efeitos da supremacia do núcleo familiar, dos laços de sangue e de coração seria a repercussão dessas relações mesmo em instituições democráticas, no sentido liberal, fundadas em princípios neutros e abstratos. A contribuição brasileira para a civilização seria a da cordialidade, o “homem cordial”: “A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. 15ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 146-148.

¹³² Cf. CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro, 2013, p. 82.

¹³³ Maria Paula Meneses observa que a preparação de alimentos também deve ser vista como um elemento concreto de produção de conhecimento. Ao analisar as receitas culinárias orais e escritas em Moçambique, a autora constata que as mulheres, que carregam em suas costas o fardo colonial, elaboram suas memórias e produzem um arquivo de epistemologias específicas, que compreendem múltiplos significados culturais e históricos, refletindo práticas que se geram a partir de experiências de luta e identidade. MENESES, Maria Paula. Ampliando las epistemologías del sur a partir de los sabores: diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique. *Revista Andaluza de Antropología*, n. 10, marzo de 2016, p. 10-28.

¹³⁴ RUFER, Mario. El Archivo: de la metáfora extractiva a la ruptura pós-colonial. In: GORBACH, Frida; RUFER, Mario (coords.). *(IN)Disciplinar la investigación: Archivo, trabajo de campo y escritura*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Universidad Autónoma Metropolitana, 2016, p. 169.

¹³⁵ MBEMBE, Achille. The power of archive and its Limits. In: HAMILTON, Carolyn et al (eds.). *Refiguring the Archive*. Cape Town: David Philip, 2002, p. 24.

¹³⁶ WALSH, Catherine. *Interculturalidad y (de)colonialidad: diferencia y nación de outro modo*. In: WALSH, Catherine (ed.). *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial*. Reflexiones latinoamericanas. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Abya-Yala, p. 28.

O campo jurídico atuou como instrumento de dominação colonial e, mesmo depois dos processos de independência, serviu à normalização e à normatização da marginalização dos grupos historicamente excluídos do projeto de nação. Pierre Bourdieu expõe a relevância do papel do direito neste processo: o direito é a forma por excelência do poder simbólico de atribuir nomes às coisas, criando grupos e conferindo permanência às realidades surgidas de sua classificação. Pelos efeitos de neutralização e universalização, o direito transforma regularidade em regra, colocando-se a favor dos estilos de vida dominantes, restando às práticas diferentes serem consideradas como desviantes, anormais e até patológicas¹³⁷.

Nesse sentido, a sociologia das ausências, de que trata Boaventura de Sousa Santos¹³⁸, busca mostrar que aquilo que aparentemente não existe corresponde, em verdade, a algo que é ativamente produzido como não existente. Isso ajuda a entender as formas como o direito orienta e ordena as relações sociais.

O sociólogo português aponta cinco lógicas que compreendem a não ausência: o ignorante, o atrasado, o inferior, o local ou particular e o improdutivo ou estéril. O ignorante é fruto da monocultura do saber, em que a ciência moderna e a alta cultura são critérios únicos de verdade e de qualidade estética, de modo que aquilo que não é reconhecido ou legitimado pelo cânon é declarado inexistente. O atrasado liga-se à monocultura do tempo linear, segundo a qual a história tem sentido e direção únicos e conhecidos, rumo ao progresso e à modernização. Assim, é atrasado tudo aquilo que se mostra assimétrico em relação a este avanço.

A inferioridade relaciona-se à lógica da classificação social, mediante a naturalização das diferenças, já mencionada, em que a relação de dominação é consequência e não a causa da hierarquia social. Só importa o que é universal e global, com precedência sobre todas as outras realidades que dependem de contextos e que, por isso, são consideradas particulares. O improdutivo atende à monocultura dos critérios de produtividade capitalista, logo aquilo que não maximiza a geração de lucro – seja oriundo da natureza, seja oriundo do trabalho humano – não existe. No caso do trabalho, há improdutividade; no caso da natureza, esterilidade.

Outro conceito que sintetiza o pensamento moderno ocidental é o de pensamento abissal. Trata-se de um sistema de distinções visíveis e invisíveis, com as últimas servindo de fundamento às primeiras. Há uma divisão que separa “este lado da linha” do “outro lado da linha”, cuja eficácia pressupõe que o “outro lado” deve desaparecer como realidade, tornar-se inexistente ou ser

¹³⁷ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 247.

¹³⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Epistemologías del Sur. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 32-34.

produzido como inexistente. O pensamento abissal é caracterizado pela impossibilidade da presença simultânea dos dois lados da linha, com repercussão no conhecimento e no direito moderno¹³⁹.

De um lado da linha, a ciência detém o monopólio da distinção entre verdadeiro e falso, sendo alternativas a ela a filosofia e a teologia, por não terem uma veracidade verificável; de outro lado, estão invisíveis outras formas de conhecimento, como conhecimentos populares, de camponeses ou indígenas, que não são tratados como conhecimento real, mas como crenças, opiniões, magia, idolatria etc. No direito moderno, de um lado da linha, há uma distinção entre o que é legal e ilegal; do outro lado, há todo um território social em que a dicotomia não se aplica, do território sem lei, fora da lei ou do território do a-legal.

No campo jurídico, verificam-se processos de apropriação e violência do outro lado da linha. A apropriação abrange incorporação, cooptação e assimilação, ao passo que a violência se relaciona à destruição física, material, cultural e humana. A dualidade do pensamento abissal continua tão verdadeira hoje como no tempo colonial. Conceitos jurídicos positivados foram muito eficazes em ativar as ausências, valorizando certos saberes em detrimento de outros ou externalizando uma visão hierarquizante quanto a modos de vida, deixando de fora aquilo que estava fora do binômio legalidade-ilegalidade. As sutilezas das discriminações estruturais e a naturalização do regime da tutela – orfanológica ou estatal -, assim como a negação de formas de uso comum da terra, são classificações pelas quais o colonialismo faz sentir os seus efeitos na reprodução de certas perspectivas cognitivas e nos modos de produzir ou dar sentido aos resultados da experiência material ou intersubjetiva¹⁴⁰.

Dizer que o indígena não pode estar em territórios extensos porque não é capaz de produzir riquezas é um exemplo disso. O estudo da propriedade aponta a autodefesa das lógicas das ausências contra tudo aquilo que se mostrar improdutivo (trabalho) ou estéril (natureza) ao desenvolvimento das relações na modernidade capitalista. Como bem imobilizado, que não é transferido nem repassado sob as regras do mercado, a terra indígena está fora da regulação capitalista e é tratada como símbolo de um atraso que se deseja superar.

O tratamento jurídico é marcado pela insistência na ideia de que as comunidades tradicionais são meros resquícios de um passado, cujas terras devem ser liberadas ao mercado, impondo um enquadramento jurídico baseado nos institutos delineados pelo direito civil clássico. O conceito de “tradicional”, porém, é muito mais dinâmico e muito mais atual do que se imagina, cabendo ao intérprete fugir dos essencialismos e analisar essa realidade em toda a sua completude. A tendência de distinguir as formas de apropriação da terra em um suposto antagonismo entre o

¹³⁹ Id. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saber. *Novos Estudos*, nº 79, novembro 2007, p. 71-94.

¹⁴⁰ Como afirma Aníbal Quijano, o processo de independência dos Estados na América Latina sem a descolonização da sociedade não foi um processo rumo ao desenvolvimento dos Estados-nação modernos, mas uma rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais. QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000, p. 26.

moderno e o arcaico não atenta para o fato de que há um único processo histórico, com dois tipos de relações que dele decorrem, sendo que nenhum dos dois modelos de apropriação da terra deixa de ser parte de uma mesma trajetória.

O modo diferenciado de relação com a terra das comunidades classificadas como tradicionais surge justamente nas brechas de formas hegemônicas de apropriação¹⁴¹. A singularidade está na forma de apropriação da terra, baseada no “uso comum”, que não se confunde com a apropriação individualista. Tais grupos - quilombolas, ribeirinhos, quebradeiras de coco babaçu, faxinalenses e tantos outros - possuem normas específicas para o controle dos recursos básicos, que combinam o uso comum de recursos e a apropriação privada de bens, com a concordância, de maneira consensual, dos vários grupos familiares que compõem uma unidade social¹⁴².

Não se trata de grupos homogêneos – há, muitas vezes, forte diferenciação interna, que não chega a desagregar o grupo – e existem hierarquias e diferenciações econômicas que não permitem confundi-las com modalidades de apropriação coletiva ou com formas associativas implementadas pelos órgãos oficiais. O direito tem dificuldades em regular essas realidades, recaindo no processo de nomeação¹⁴³ – enquadramento que tenta explicar essas identidades heterogêneas com base em determinadas características comuns, tornando estáticos os movimentos dinâmicos – ou no essencialismo baseado no “primitivismo” ou no tratamento atemporal¹⁴⁴, que visa limitar a abrangência da classificação e, por conseguinte, o acesso à terra.

2.2.2 Descolonizar os direitos humanos: a opção descolonial e as epistemologias do sul

Diante do cenário histórico de homogeneização e marginalização de certos grupos, que se submeteram a toda a sorte de violências materiais e simbólicas na construção de uma identidade

¹⁴¹ Por exemplo, a desagregação das fazendas de algodão e cana-de-açúcar no Nordeste brasileiro, entre os séculos XVIII e XIX, é apontada como um fator importante para a formação naquela região de modos de produção mais livres e autônomos, baseados no trabalho familiar e em formas de cooperação simples entre diferentes famílias, mediante uso comum de recursos naturais. Sobre o tema, ver: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: _____. *Quilombos e novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 56-88.

¹⁴² Id. *Terras de Quilombo, Terras Indígenas, “Babaçuais Livres”, “Castanhais do Povo”, Faxinais e Fundos de Pasto*: terras tradicionalmente ocupadas. 2ª ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 28.

¹⁴³ Cf. ARRUTI, José Maurício. *Mocambo*: Antropologia e história do processo de formação quilombola. Bauru, SP: Edusc, 2006, p. 51-52.

¹⁴⁴ As chamadas comunidades remanescentes de quilombos ainda hoje seguem sujeitas, em boa parte dos casos, a um tratamento jurídico que busca identificar os requisitos da classificação feita pelo Conselho Ultramarino, em 1740, segundo a qual quilombo seria “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões neles”. É como se a leitura da Constituição, que se propõe transformadora e de garantia de direitos territoriais, devesse ser feita à luz da legislação escravocrata. Para uma leitura crítica do conceito de “quilombos”, veja-se: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Op. cit., nota 141.

nacional artificial, não basta reconhecer o fato do pluralismo ou oferecer direitos mínimos a esses grupos. É necessário dar condições para que as transformações sociais se operem com ampla liberdade a esses povos para que exerçam seus projetos de vida – individuais ou comunitários - e possam ter suas escolhas respeitadas. Entre as propostas de descolonização, a chamada opção descolonial – ou decolonial sem o “s” no prefixo, para enfatizar um processo construtivo e não destrutivo¹⁴⁵ -, que busca transcender a colonialidade e conferir uma possibilidade de desprendimento e abertura ao pensamento que foi encoberto pela racionalidade moderna¹⁴⁶.

A opção descolonial propõe o reconhecimento de que há outras formas de saber que também constituem a modernidade¹⁴⁷. Isso só pode ocorrer quando a modernidade for despojada de sua marcha mítica ao futuro. Em vez de excluir, a (des)colonialidade inclui a modernidade, mas com acento na coexistência e na simultaneidade com outras perspectivas, sobretudo de memórias silenciadas¹⁴⁸.

Relevante, nesse sentido, mencionar a proposta de heterogeneidade histórico-estrutural, que trata não do “fim da história”, mas do “fim da ideia hegeliana da história”¹⁴⁹. Assim, ao contrário da percepção da história como um processo cronológico linear, a heterogeneidade histórico-estrutural pressupõe processos históricos que interagem, e não uma sucessão linear de grandes acontecimentos. Nesse processo, são reconhecidos diversos pontos de vista, em que os acontecimentos são vistos sob a perspectiva da retórica da modernidade (progresso, felicidade, riqueza), mas também pela lógica constitutiva da colonialidade (estancamento, morte, pobreza).

Não estão em jogo apenas distintas interpretações da história, mas também distintas perspectivas, que carregam princípios de conhecimento e regras do jogo próprios dentro da estrutura de poder do mundo colonial moderno. Isso permite a busca de uma genealogia do pensamento

¹⁴⁵ A utilização do termo “decolonial” é proposta por Catherine Walsh e Walter D. Mignolo e tem ampla aceitação. Contudo, há uma visão crítica à expressão, por estar baseada em um anglicismo. No Brasil, tem crescido a utilização da expressão “descolonial”, principalmente nos debates jurídicos. É importante ressaltar que os conceitos são adotados com o mesmo sentido. Sobre a crítica ao termo “decolonial”, veja-se: PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. 545 f. Tese (Doutorado), Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 38.

¹⁴⁶ MIGNOLO, Walter D. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (eds.). *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 27.

¹⁴⁷ Como afirma Mignolo, a prática epistêmica decolonial surgiu “naturalmente” como consequência da formação e implantação da matriz colonial de poder. Isso já ocorria nos vice-reinados hispânicos, nos Anáhuac e Tawantinsuyu no século XVI. Cita o autor tratados políticos descoloniais como “Thoughts and Sentiments on the Evil of Slavery”, do escravo liberto Otabbah Cugoano (1787) ou “Nueva Corónica y Buen Gobierno al Rey Felipe III” (1616), de Waman Poma de Ayala. A diferença, observa o autor argentino, é que esses escritos não eram colocados na mesma mesa de Locke, Hobbes, Maquiavel. *Ibid.*, p. 28.

¹⁴⁸ *Id.* *La idea de América Latina: La herida colonial y la opción decolonial*. Tradução de Silvia Jawerbaum; Julieta Barba. Barcelona: Gedisa, 2007, p. 24.

¹⁴⁹ MIGNOLO, Walter D. *La idea de América Latina: La herida colonial y la opción decolonial*. Tradução de Silvia Jawerbaum; Julieta Barba. Barcelona: Gedisa, 2007, p. 72.

descolonial que se proponha pluriversal, e não universal, caracterizada pelo fato de que cada espaço constitui pontos de abertura que reintroduzem línguas, memórias, economias, organizações sociais e subjetividades.

Esse conjunto de perspectivas aponta para uma justiça cognitiva, que deve contemplar a emergência de pensamentos que se desprendam das amarras do pensamento moderno eurocêntrico e descolonizem o saber¹⁵⁰, ampliando o espaço para saberes antes sufocados e superando a objetificação e a subalternização do (a) outro (a), de forma a acentuar a importância da produção de conhecimento de forma dialógica e autorreflexiva, baseada em práticas concretas¹⁵¹.

Convergindo com esse pensamento, Boaventura de Souza Santos põe em evidência as epistemologias do sul, com apelo aos novos processos de produção e de valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos, e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as desigualdades injustas e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo. Um “Sul” simbólico dos oprimidos, não geográfico, que consiste em uma metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e pelo colonialismo em nível global e também da resistência para superá-lo ou minimizá-lo¹⁵², com uma compreensão mais ampla de mundo que a ocidental, que leve em consideração a diversidade infinita dos modos distintos de ser, pensar e sentir, de conceber o tempo, a relação entre seres humanos e entre humanos e não humanos, de olhar para o passado e o futuro, de organizar coletivamente a vida, a produção de bens e serviços e o ócio. Constitui, assim, não uma alternativa, mas um pensamento alternativo de alternativas, com ênfase na desmonumentalização do conhecimento e em uma sociologia que não seja de ausências, mas de emergências.

Os dois fundamentos centrais das epistemologias do sul são a ecologia de saberes e a tradução intercultural. A ecologia de saberes decorre da diversidade epistemológica e pressupõe múltiplas concepções de ser e estar no mundo. Já a tradução intercultural vincula-se a um procedimento que permita criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis como as possíveis¹⁵³.

É nesta paisagem que a interculturalidade joga um papel central, pois permite a horizontalidade no reconhecimento da pluralidade de culturas e almeja o diálogo em igualdade de condições entre os grupos que compõem uma sociedade, pressupondo uma troca de cosmovisões e

¹⁵⁰ Id. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón (eds.). *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 32.

¹⁵¹ MENESES, Maria Paula. Ampliando las epistemologías del sur a partir de los sabores: Diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique. *Revista Andaluza de Antropología*, nº 10, mar. 2016, p. 17.

¹⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 17/39.

¹⁵³ *Ibid*, p. 37.

um efetivo aprendizado recíproco. Só pode haver interculturalidade mediante a descolonização do ser, do saber e do poder, sob pena de os paradigmas serem construídos unicamente sob uma concepção¹⁵⁴. Tais premissas permitem constatar as limitações do projeto do multiculturalismo ao apostar nas acomodações e no tratamento mais ornamental da diferença, muitas vezes instrumental ao próprio capitalismo e desatento à historicidade que envolveu a construção da inferiorização de grupos por meio de epistemologias, signos e símbolos.

No entanto, o universo que se habita é inegavelmente hostil a noções que não tenham como premissa as dualidades já consagradas (racional/irracional; moderno/pré-moderno). Por estar consolidada há séculos, a ferida colonial não será desconstruída de forma repentina, e o manejo das formas consagradas e dos arranjos institucionais existentes ainda é extremamente necessário. Como então descolonizar os direitos e os direitos humanos, de modo a que sejam efetivamente abrangentes e compreendam outros saberes e sentidos? Em outras palavras, o que fazer para que a interculturalidade represente um efetivo projeto de descolonização e transformação, e não seja meramente funcional ao modelo existente, olvidando-se das assimetrias e das desigualdades sociais existentes?

Uma possível resposta à pergunta acima é a subversão (ou desobediência) epistêmica constante, em que à episteme hegemônica se contrapõem não apenas uma episteme alternativa, mas várias e novas epistemes. Nesse sentido, aludindo a Catherine Walsh, devem ser buscadas as brechas ou fissuras na colonialidade do poder, visualizadas, fomentadas e construídas nos âmbitos, instituições, estruturas da razão e do poder moderno/colonial, que seguem crescendo cotidianamente e costumam passar despercebidas, sem serem vistas ou escutadas.

Este é um processo de luta que não ocorre contra, mas *para* a possibilidade de um modo-outro de vida, e deve vir de baixo para cima, das margens e das fronteiras, das pessoas, das comunidades, dos movimentos, dos coletivos que desafiam, interrompem e transgridem as matrizes do poder colonial em suas práticas de ser, atuação, existência, criação e pensamento. Assim, as brechas “se transformam no lugar e no espaço a partir do qual a ação, militância, resistência, insurgência e transgressão são impulsionadas, onde as alianças se constroem, e surge um *modo-outro* que se inventa, cria e constrói”¹⁵⁵.

Nesse processo de alianças e mobilizações, a construção e a reconstrução de instituições e práticas demandam, além de inovação, uma constante reavaliação sobre as bases das leis, institutos e doutrinas dominantes. A reelaboração dos significados é uma prática fundamental para desconstituir

¹⁵⁴ A reivindicação de identidades negadas é uma parte fundamental da descolonização do ser, ancorada na não indiferença, e a descolonialidade é a prática na qual todos os grupos buscam relacionar-se de forma não condescendente entre si e militantemente em favor dos mais marginalizados, despossuídos e desumanizados na busca por justiça e “vivir bien”. TORRES, Nelson Maldonado. Del mito de la democracia racial y el mestizaje a la descolonización del poder, del ser y del conocer. In: SAAVEDRA, José Luis. *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 206.

¹⁵⁵ WALSH, Catherine. Notas pedagógicas a partir das brechas decoloniais. In: CANDAU, Vera Maria (org.). *Interculturalizar, descolonizar, democratizar: uma educação “outra”?*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2016, p. 72.

o racismo epistemológico, de modo que a utilização de instrumentos existentes pode ser feita para afastar compreensões naturalizadas e colonizadas e permitir a construção de novos conceitos a partir da interpretação, por meio, por exemplo, da mobilização em torno de mutações constitucionais, que contribuem para o desenho de novos significados sociais compartilhados sobre o texto constitucional. Nos momentos iniciais, a pretensão de descolonizar saberes e visões pode não ser bem acolhida, sobretudo pelas Cortes constitucionais, mas ao longo do tempo pode tornar-se parte da doutrina constitucional, após apreensão, remodelação e ressignificação pelos atores sociais¹⁵⁶. Ao responderem a mobilizações políticas, as Cortes protegem valores sociais importantes e constroem os governos que excedem suas limitações constitucionais, modelando a cultura constitucional. O diálogo intercultural tem de penetrar neste processo para criar novas oportunidades para os intérpretes e mobilizações, tanto dos que apoiam quanto dos que se opõem às decisões tomadas¹⁵⁷.

2.3 A resposta da interculturalidade aos limites do multiculturalismo

Considerando a crítica pós-colonial, a opção descolonial e as epistemologias do sul, pode-se dizer que, apesar de conter instrumentos e propostas que valorizam o direito à diferença, as doutrinas do multiculturalismo – sobretudo em suas vertentes mais oficiais - não atendem às demandas dos povos subalternos que vivem a colonialidade do poder, especialmente de grupos étnicos.

Constata-se, de plano, o equívoco da resposta essencialista da condição originária, remetendo a um passado que se imagina quieto, estático e arcaico¹⁵⁸. É comum o multiculturalismo pensar a diferença como um dado a ser acomodado, reconhecido e isolado. Valendo-se de uma ideia de cultura “in vitro” ou de uma etnicidade que espera uma alteridade radical ou distante, há uma constante categorização que simplifica o fenômeno.

É verdade que os povos indígenas, que convivem com essas categorizações desde a atribuição de etnônimos por terceiros externos ao grupo – já que foram os brancos que os homogeneizaram pelo termo “índios” e depois, em alguns casos, atribuíram os nomes às etnias, os quais não se confundem com os nomes que eles se dão -, negociam constantemente com essas

¹⁵⁶ BALKIN, Jack M. How Social Movements Change (Or Fail To Change) the Constitution: The Case of the New Departure (2005). *Faculty Scholarship Series*. Paper 235. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1234&context=fss_papers Acesso em 28 abr. 2017.

¹⁵⁷ BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 325.

¹⁵⁸ CUSICANQUI, Silvia Rivera. *Chhixinakax utxiwa*. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores. Buenos Aires: Retazos-Tinta Limón, 2010, p. 5-6.

classificações e utilizam-nas de maneira que lhes seja positiva, inclusive valendo-se de um certo “essencialismo estratégico¹⁵⁹”. Isso não lhes garante, porém, a imunidade quanto ao julgamento externo, que é oriundo da expectativa em relação à descrição dessas categorias. O perigo dos essencialismos reside na exigência de um agir diferenciado e puro (língua, vestimenta, práticas, religião), cuja ausência acarreta o questionamento da identidade. A tentativa de enquadramento prejudica a captação das relações reais de interação dos grupos, tanto entre si como na relação com a sociedade nacional. Afinal, os povos indígenas estão tão distantes das culturas pré-colombianas como os brasileiros de hoje se diferenciam da sociedade portuguesa do século XV. Há pontos de continuidade que podem ser estudados, mas tais sociedades são, em verdade, contemporâneas à do observador externo, com o qual há interações socioculturais que devem ser analisadas¹⁶⁰.

É verdade que a visão culturalizada não capta o dinamismo do processo e as razões da distintividade de um grupo. Por outro lado, pensar em “multiculturalismo sem cultura” ou em uma perspectiva ampla de grupos desconsidera a distintividade própria dos grupos étnicos. Na antropologia, a influência de Fredrik Barth neste debate é importante. Para Barth, os grupos étnicos são uma forma de organização, cuja característica é o fato de haver um pertencimento em que cada um identifica a si próprio e é identificado pelos outros como constituente de uma categoria distinguível de outras categorias da mesma ordem¹⁶¹. A definição do grupo está na delimitação de suas fronteiras, e não no aspecto cultural. A fronteira étnica canaliza a vida social e implica uma organização complexa de comportamento e relações sociais. Assim, o grupo étnico é um tipo organizacional, em que uma sociedade se utiliza de diferenças culturais para fabricar e refabricar sua individualidade em um processo de interação social permanente.

A partir das lições de Barth, João Pacheco de Oliveira afasta qualquer caráter residual da cultura e sustenta que a etnicidade pressupõe uma trajetória histórica, determinada por múltiplos fatores, e uma origem, que se liga a uma experiência primária, traduzindo-se em saberes e narrativas. Nas identidades étnicas, a atualização histórica não afasta o sentimento de referência à origem, podendo até reforçá-lo. A força política da etnicidade provém dessa resolução simbólica e coletiva¹⁶². Oliveira propõe a imagem da viagem da volta, em que há uma conexão do sentimento

¹⁵⁹ Este termo foi elaborado por Spivak para designar a adoção de uma prática baseada em uma ficção sobre as identidades para a obtenção de direitos. Assim, os grupos valem-se da condição diferenciadora que lhes é atribuída para pleitear vantagens e formar uma agenda política. Por exemplo, a utilização de certos adornos por indígenas em determinadas mobilizações pode ser considerada uma maneira de ativar essa diferenciação no embate político. Cf. SPIVAK, Gayatri Chakravorty. “Criticism, Feminism and the Institution: Interview with Elizabeth Gross”. *Thesis Eleven*, 1984-5; (10/11): 174-175.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016, p. 219.

¹⁶¹ Cf. BARTH, Fredrik. Introduction. In: _____. (ed). *Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference*. Boston, Massachusetts: Little, Brown and Company, 1969, p. 13-15.

¹⁶² OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de*

de pertencimento étnico e um lugar de origem específico, sendo que a relação entre a pessoa e o grupo é mediada pelo território. Não se trata de uma viagem de volta, mas sim uma viagem da volta, ou seja, o exercício não é nostálgico de retorno ao passado, mas sim é vivido no presente, por meio de uma prática social efetiva.

As sociedades indígenas são complexas e suas culturas são heterogêneas e diversificadas. É por isso que, como alerta Oliveira, seria um equívoco pretender reportar-se a uma condição de isolamento, distanciamento e objetividade. A busca de uma resposta linear ou genealógica é problemática, assim como a ideia de que existem perdas culturais, pois as transformações na cultura acontecem a todo tempo, mediante reelaborações e constantes modificações. Essas transformações não são fruto de uma continuidade hereditária, mas vínculos que se desenvolvem e que remetem a uma herança pré-colombiana de forma bastante descontínua.

Em sentido um pouco diverso, conferindo algum valor à cultura, Manuela Carneiro da Cunha defende que grupos étnicos são aqueles que se distinguem de outros grupos porque entendem a si mesmos e são percebidos pelos outros como contínuos ao longo da história, com uma mesma ascendência. Entendem-se como portadores de cultura e tradições que os distinguem¹⁶³. A cultura não é constitutiva da etnicidade, embora se apresente como um modo de o grupo conceber a si próprio, que pode ser verdadeiro ou falso, sem que o componente étnico seja contestado, mas existe, porém, um aspecto residual da cultura que seria irredutível¹⁶⁴. Assim, a etnicidade é uma forma de organização política, de modo que os grupos étnicos se distinguem de grupos religiosos ou de parentesco porque se valem de uma retórica própria para demarcar o grupo, que se não se funde em assunção de fé ou em genealogias compartilhadas, mas em uma origem ou cultura comum. Não se trata, porém, de mera retórica, já que a linguagem é apresentada de forma simultânea à realidade que expressa.

Apesar das divergências quanto ao papel da cultura na etnicidade, tanto Carneiro da Cunha como Oliveira concordam que o foco de atenção nas culturas deve ser deslocado para analisar situações específicas de processos identitários que funcionam também como atos políticos¹⁶⁵. Os povos indígenas não são apenas aqueles que habitam terras indígenas, tampouco as culturas e línguas que em algum momento o Estado reconheceu. Há várias histórias indígenas, em tempos e

alteridades. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016 p. 215.

¹⁶³ CUNHA, Manuela Carneiro da. Três peças de circunstância sobre direitos dos índios. In: _____. *Cultura com "aspas"*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 253.

¹⁶⁴ Id. Etnicidade: da cultura residual mas irredutível. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com "aspas"*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 244.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos "índios misturados"? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: "pacificação", regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 203-204.

ecossistemas distintos, com formas organizativas, tradições culturais e projetos políticos diferentes¹⁶⁶.

O multiculturalismo peca também por não conferir o devido peso à historicidade e à profundidade da ferida colonial. Ele reconhece a dívida histórica e os impactos da violência colonial na atual subordinação dos grupos, mas não percebe que a inferiorização dos grupos é constitutiva da própria modernidade. A sociologia das ausências alerta para o fato de que a construção do aparato do Estado-nação não inclui certos grupos, que estão “do outro lado da linha”. Como consequência, a proposta multicultural confia na inclusão de grupos na institucionalidade existente, por meio de remédios “afirmativos”, sendo menos radical quanto à desconstrução do modelo e à abertura a novas epistemes.

A proposta de acomodação multicultural é muito comprometida com as premissas liberais e a hierarquização de saberes e modos de vida. Valoriza o indígena enquanto ser humano e preconiza um tratamento como igual, mas parte sempre de um olhar que crê na superioridade da ciência e dos sistemas ocidentais de organização política.

A complexidade do pluralismo demanda um novo agir, sendo que o mero reconhecimento do fato das múltiplas culturas sob um guarda-chuva liberal que preconiza a razoabilidade e a racionalidade das doutrinas abrangentes é insuficiente. Segundo uma visão intercultural, conferir voz a esses grupos é apenas uma parte da tarefa, já que é necessário identificar as condições de funcionamento da mediação e a forma de acesso aos canais disponíveis. Seguindo a recomendação de Spivak, se não é possível falar pelo subalterno indígena, é necessário assegurar que a mediação sirva para viabilizar o diálogo e evite, ao máximo, falar por ele. Nesse ponto, quanto maior a abertura às cosmovisões indígenas e a recusa de procedimentos que não contemplem esse diálogo, menor será o risco de impedimento dessa fala.

Nesse processo, a condição de indígena não é mera representação do primitivo, nem busca preencher as expectativas de observadores externos acerca da persistência de algum costume ou símbolo específico, mas sim um posicionamento de natureza política, que fundamenta direitos perante o Estado e a opinião pública, de modo que os componentes culturais e emblemas étnicos poderão ser cambiantes conforme o contextos históricos e as tradições culturais eventualmente priorizadas.

No Brasil, a história oficial procurou silenciar a visão de povos indígenas. As narrativas dão conta apenas dos grupos sociais brancos que formaram a nação, invisibilizando as marcas e os destinos sociais de vencidos e vencedores, de senhores e escravos¹⁶⁷. Os processos de “pacificação”

¹⁶⁶ Nesse sentido: Id. Prefácio. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 7-44.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, João Pacheco de. *O nascimento do Brasil: revisão de um paradigma historiográfico*. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 71.

e extermínio causaram severos danos na identidade dos grupos étnicos. A construção da interculturalidade deve enfrentar as marcas e os destinos dos vencidos e apontar caminhos diferenciados na participação, com instrumentos que levem em conta os anseios dos povos indígenas em toda esta complexidade.

O reconhecimento do papel desses grupos na interpretação constitucional demanda a coparticipação e o fomento a mecanismos plurais na (res)significação e na condução das decisões estatais, com ênfase na internalização de diversas cosmovisões nas estruturas institucionais. Os institutos jurídicos devem ser repensados de modo a carregarem esta polissemia na resolução de conflitos, e interpretações unilaterais devem ser tidas como violadoras desse diálogo intercultural.

Nesse diapasão, é indispensável auscultar as antropologias e filosofias indígenas para reler os textos legais. Estar atento às cosmovisões e às formas de explicação do mundo que os indígenas elaboram é fundamental para efetivar o diálogo intercultural, no qual certas visões serão contrapostas e questionadas. Por exemplo, ao formular o chamado perspectivismo ameríndio, Eduardo Viveiros de Castro observa que o pensamento indígena vê uma unidade no espírito e uma diversidade nos corpos, ou seja, uma única cultura e distintas naturezas, em que humanos e não humanos interagem e veem a si próprios como humanos, o que implica uma completa inversão da clássica distinção entre natureza e cultura, capaz de desautorizar a própria noção de “multiculturalismo”, a ser substituída por uma ideia de “multinaturalismo”¹⁶⁸.

Davi Kopenawa afirma que os brancos têm um pensamento “curto e obscuro”, que não se expande nem se eleva, por medo da morte e porque os seus sonhos não vão tão longe quanto o do seu povo. Embora os Yanomami não possuam leis desenhadas em peles de papel, diz o xamã, a imagem de *Omama* e a de seu filho são a sua lei e governo. As palavras de *Omama* e dos espíritos penetraram no pensamento com a *yakoana* e o sonho, e as leis são guardadas desde o início:

O que eles (os brancos) chamam de educação, para nós são as palavras de *Omama* e dos *xapiri*, os discursos *hereamuu* de nossos grandes homens, os diálogos

¹⁶⁸ O perspectivismo ameríndio foi desenvolvido por Eduardo Viveiros de Castro para demonstrar, em breve síntese, que os povos indígenas que habitam a América possuem, em geral, cosmovisões similares quanto à caracterização da natureza, aspectos humanos nos seres não humanos. Na cosmologia ameríndia, os animais não veem a si próprios como não humanos, mas como humanos, e veem seu alimento como alimento humano (o sangue, para o jaguar, seria um cauíim; os vermes de carne podre, para um urubu, seriam um peixe assado), além de possuírem um sistema social identicamente organizado ao das instituições humanas. Os animais também seriam gente e se veriam como pessoas. Por esta concepção está a ideia de que a forma manifesta de cada espécie é um envoltório (uma “roupa”) a esconder uma forma interna humana, normalmente visível apenas aos olhos da própria espécie ou de certos seres transespecíficos, como os xamãs. A forma interna seria o espírito do animal: uma intencionalidade ou subjetividade formalmente idêntica à consciência humana, materializável em um esquema corporal humano oculto sob a máscara animal. Haveria então, à primeira vista, uma distinção entre uma essência antropomorfa de tipo espiritual, comum aos seres animados, e uma aparência corporal variável, característica de cada espécie, mas que não seria um atributo fixo, e sim uma roupa trocável e descartável. Sobre o tema, veja-se: CASTRO, Eduardo Viveiros de. *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

wayamuu e *yãimuu* de nossas festas. Por isso, enquanto vivermos, a lei de *Omama* permanecerá sempre no fundo de nosso pensamento¹⁶⁹.

Nem sempre, porém, tais visões se apresentarão em uma alteridade tão radical, e nem por isso deixarão de merecer o mesmo respeito e consideração. Nesse ponto, cabe reconhecer que toda e qualquer cultura é, por natureza, “híbrida”, já que sofre imposições e apropriações e recebe distintas influências de várias tradições. Não existe uma cultura pura ou “descontaminada” de outras. Ao mesmo tempo, cabe ressaltar que esta noção de cultura como algo híbrido é perceptível para quem está de fora, mas obviamente os membros de um grupo a vivem como uma totalidade, de modo que as discontinuidades e suas contradições são consequência de uma reflexão exterior a elas mesmas¹⁷⁰.

As relações interculturais permitem a construção de identidades em contraste com outras, sendo que os indígenas são ao mesmo tempo sujeitos ativos e passivos das transformações políticas e culturais em suas sociedades. Os sincretismos não devem ser entendidos como aspectos de “aculturação” ou aceitação acrítica de traços exógenos que indiquem um deslocamento ou uma substituição da cultura, mas sim um processo de etnogênese que é resultado do dinamismo da própria cultura e da afirmação da fronteira étnica mesmo em face de ações de desrespeito, geralmente produzidas pelo Estado¹⁷¹.

As etnogêneses consistem em processos de construção de uma autoconsciência e de uma identidade coletiva e asseguram a “invenção” das culturas, que ocorre por meio de estratégias adaptativas que as sociedades subordinadas criam para sobreviver e para desenhar seu próprio perfil. Para continuarem sendo o que são, devem deixar de ser o que eram. Em muitas situações, a adoção de certos traços e práticas externas não representam, assim, uma abdicação da identidade, mas sim uma forma de negociação para garantir a sua perpetuação, de maneira a torná-la mais compatível com o que propõe a sociedade dominante¹⁷².

Há formas de resistência cotidiana que se dão de forma prosaica e não direta. Os grupos étnicos valem-se dela para sobreviver e manter-se vinculados entre si e ao território. James C. Scott demonstra que muitas formas de resistência que não dispõem de articulação coletiva envolvem dissimulação, deserção, escamoteamento, sabotagem etc. Não há coordenação ou planejamento,

¹⁶⁹ KOPENAWA, Davi; BRUCE, Albert. *A queda do céu: Palavras de um xamã yanomami*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 391.

¹⁷⁰ BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. *Processos Interculturales: antropología política del pluralismo cultural em América Latina*. México, DF: Siglo XXI Editores, 2006, p. 101.

¹⁷¹ ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.) *Povos indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 51.

¹⁷² BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. *Processos Interculturales: antropología política del pluralismo cultural em América Latina*. México: Siglo XXI Editores, 2006, p. 103-104.

mas redes informais que não implicam confrontação simbólica com o poder¹⁷³. A luta de indígenas e negros não se deu apenas por meio dos exemplos heroicos individuais de Tupac Amaru ou Zumbi dos Palmares, mas nas formas diárias de resistência no trabalho, no exercício da autonomia, no ato de comer, nos rituais e em diversas práticas diárias.

Embora não ganhem destaque, tais formas de resistência implicam negociações que asseguram a presença política destes grupos, por meio de uma silenciosa apropriação de símbolos. Em público, tudo parece homogêneo ou apresenta-se como um suposto conformismo, porém foi esta resistência que permitiu a manutenção de laços de solidariedade em torno de diversas referências.

Mais do que uma resistência à mudança, há um processo de adaptação estratégica das comunidades nativas, que não se fixam como remanescentes arcaicos do passado, mas como configurações dinâmicas partícipes e criadoras do presente. As configurações étnicas atuais são resultado deste processo, o que nem sempre guardará plena identificação com o período pré-colombiano. Isso não retira destas comunidades a legitimidade para a afirmação étnica. A perspectiva essencialista não capta esse fenômeno e tem dificuldades em entender os processos de retomadas de territórios e afirmação étnica em lugares onde se julgava que os indígenas tinham desaparecido.

No Brasil, além dos grupos vinculados a seus territórios, há diversos povos que interagem com a sociedade envolvente e grupos que mantêm fortes caracteres distintivos, não cabendo opô-los ou hierarquizá-los entre si, como se houvesse um “indígena verdadeiro” ou um “indígena mais índio que outro”. No Nordeste, onde processos de etnogênese, resistência e estratégias adaptativas são mais visíveis, a maioria dos grupos não tem uma língua própria, e em alguns casos a língua materna só é usada no ambiente familiar mais íntimo ou na realização de ritos. Há mais dificuldades em perceber as fronteiras de uma comunidade indígena nesses casos, já que há uma interação permanente com outras coletividades¹⁷⁴, mas a afirmação étnica está presente e conduz a uma luta política baseada em vínculos identitários.

Além disso, a afirmação étnica não implica apenas a reivindicação de uma continuidade genealógica com grupos existentes ou históricos, mas também a afirmação de identidades e etnônimos próprios, gerando contemporaneamente novos grupos, que se apartam de outros mais amplos¹⁷⁵. Tratando-se de fenômenos sociais, e não naturais, há uma velocidade de transformação

¹⁷³ SCOTT, James C. *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven; London: Yale University Press, 1985, xvi.

¹⁷⁴ Nesse sentido, veja-se: OLIVEIRA, João Pacheco de. Entre la ética del diálogo intercultural y una nueva modalidad de colonialismo. Los Pueblos Indígenas em las Directrices del Banco Mundial. In: _____ (comp.). *Hacia una antropología del indigenismo*. Rio de Janeiro; Lima: ContraCapa; Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 185.

¹⁷⁵ Cf. ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.) *Povos indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 52.

muito maior do que as que ocorrem em mutações biológicas, o que torna errônea a tentativa de enquadrar essas interações em categorias sociais pré-estabelecidas.

Um maior esforço de compreensão deve penetrar em todas as instituições e vincular os atores sociais em suas manifestações. É pouco plausível imaginar, ainda mais em sociedades em que os grupos indígenas sejam minoritários, que uma compreensão igualitária de diálogo intercultural prevaleça de uma hora para a outra. Trata-se de um exercício a ser praticado de forma permanente, conferindo-se ainda mais ênfase quando a temática indígena seja posta em questão. A assunção de que as pré-compreensões das autoridades estão impregnadas do ranço colonial é o primeiro passo para afastar modelos homogêneos de resoluções de conflitos, calcados em concepções dominantes, e instaurar um diálogo intercultural, plural em procedimentos e no conteúdo das argumentações e resoluções.

Há a necessidade de uma descolonização interior que não negue a imprescindibilidade das constantes negociações e do conflito. Um pluralismo que pretenda ser igualitário deve reconhecer que as tensões estruturais são inerentes a ele e que as relações entre grupos culturalmente distintos não é necessariamente fácil, ainda mais em um contexto que demanda não apenas reconhecimento, mas também redistribuição.

Para viabilizar a emergência de uma opção descolonial, a organização política dos indígenas apresenta-se como mais um fator essencial. Em outros países, o fortalecimento dos movimentos indígenas foi fundamental, como mostram os exemplos do Equador (com a *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* – CONAIE), da Bolívia (com o *Movimiento al Socialismo* – MAS) e do México (*Ejército Zapatista*), pois favoreceram a garantia de escuta dos grupos e ofereceram meios de pressão para a instauração do diálogo intercultural. No Brasil, os processos de retomadas de terras e autodemarcações são um exemplo de ativismo político que mexe com o monismo estatal e aponta para situações-limite que provocam tensões na ordem estabelecida para superar a posição inferiorizada dos indígenas. Apropriando-se de territórios e delimitando identidades, os grupos afirmam-se politicamente e buscam “desmisturar-se” por meio da reivindicação de direitos.

Os processos interculturais demandam, pois, a criação de mecanismos para desfazer as assimetrias estabelecidas pela colonialidade e rechaçar a ordem natural das coisas. É oportuno lembrar que justamente os indígenas são historicamente os mais abertos a esses processos, já que foram eles que aprenderam os idiomas dominantes e tiveram a capacidade de mover-se em culturas diferentes das deles, com cujos códigos se familiarizaram. As culturas diversas, por seu turno, pouco ou nada fizeram para adaptar-se às culturas indígenas, tampouco realizaram qualquer esforço de compreensão para a construção de uma sociedade pluriétnica que fosse efetivamente igualitária e participativa.

Acima de tudo, tendo em vista que a cura da ferida colonial não se dá de um dia para o outro, é necessário potencializar as brechas e repensar os arranjos institucionais para assegurar que a coparticipação constitucional dos indígenas comece a ser garantida sem intermediários, com franco respeito a seus modos de vida. A interculturalidade deve representar um efetivo projeto descolonial, e não apenas ser funcional ao modelo existente, estando atenta às assimetrias e às desigualdades sociais existentes.

Catherine Walsh faz o alerta quanto à distinção entre uma interculturalidade crítica e uma interculturalidade meramente funcional: enquanto esta parte dos interesses e necessidades das instituições sociais dominantes, aquela enfatiza o problema do poder, seu padrão de racialização e diferença, representando uma construção a partir das pessoas que sofreram um histórico de submissão¹⁷⁶.

No campo jurídico, o primeiro passo é afastar a hierarquia de saberes e rejeitar uma interpretação baseada em uma só visão de mundo. O respeito ao pluralismo jurídico é uma tarefa importante, e os projetos do novo constitucionalismo latino-americano vão enfatizá-lo. Um pluralismo que afaste o poder estatal como fonte de todo o direito e que seja construído de baixo, por fontes como a justiça indígena. Além disso, deve haver uma consideração e uma busca de compatibilização dos distintos regimes jurídicos em conflitos que envolvam grupos diferentes.

Pode-se dizer, em suma, que a interculturalidade é mais que uma terminologia alternativa. Trata-se de uma proposta de aprendizado recíproco que defende, no campo jurídico, a criação e a interpretação de normas de uma maneira que tome em consideração as distintas perspectivas e espaços. Para que um diálogo intercultural seja efetivo, é necessário que cada grupo traga um ponto de vista, e não uma verdade. Afasta-se assim um sentido impositivo para o diálogo, criando-se uma atitude de respeito em relação ao outro, rumo a um acordo intersubjetivo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: VIAÑA, Jorge; TAPIA, Luis; _____. *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. La Paz: Conveio Andres Bello, 2010, p. 75-96. Um aspecto ressaltado pela autora diz respeito às reformas no âmbito da educação que, sob o pretexto de fortalecer o caráter multicultural da sociedade, reforça estereótipos e colonialismos: “Este problema se puede observar, entre otros ámbitos, en la producción de textos escolares, la formación de maestros y los currículos usados en las escuelas. Bajo el pretexto de la “interculturalidad”, las editoriales de libros escolares asumen una política de representación que, mientras incorpora imágenes de indígenas y negros, refuerza estereotipos y procesos coloniales de racialización (Granda, 2004)”.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, João Pacheco. Entre la ética del diálogo intercultural y una nueva modalidad de colonialismo. Los Pueblos Indígenas em las Directrices del Banco Mundial. In: _____. (comp.). *Hacia una antropología del indigenismo*. Rio de Janeiro; Lima: ContraCapa; Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 192.

2.4. O constitucionalismo no Sul Global: a interculturalidade em construção

A relação da interculturalidade com o constitucionalismo merece um tratamento singular no Sul Global¹⁷⁸, pois deve agregar outras experiências que estejam além das respostas “fora do lugar”¹⁷⁹ ou alheias às feridas coloniais. A leitura própria dos institutos consagrados e uma avaliação crítica dos efeitos da colonialidade na reprodução de certas perspectivas cognitivas e modos de produzir são medidas que se impõem para dar sentido aos resultados da experiência material ou intersubjetiva.

Na América Latina, onde as raízes individualistas permearam os séculos XIX e XX até que as constituições do final do século passado buscassem romper com a tradição liberal e trouxessem listas longas de direitos - especialmente sociais, econômicos e culturais -, desejos e aspirações¹⁸⁰, há o risco constante de as previsões constitucionais constituírem “cláusulas adormecidas”, que não se efetivam na realidade e encontram no Judiciário um bloqueador de transformações sociais¹⁸¹.

No âmbito doutrinário, o debate latino-americano ainda é muito pautado pelas academias norte-americana e europeia, refletindo o colonialismo interno tão característico das faculdades de direito dos países da região¹⁸² e a percepção ideológica sobre o *status* inferior de direitos – como os

¹⁷⁸ Como afirma Boaventura de Sousa Santos, o Sul é uma metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e pelo colonialismo em nível global e também da resistência para superá-lo ou minimizá-lo, com uma compreensão mais ampla de mundo que a ocidental, que leve em consideração a diversidade infinita dos modos distintos de ser, pensar e sentir, de conceber o tempo, a relação entre seres humanos e entre humanos e não humanos, de olhar para o passado e o futuro, de organizar coletivamente a vida, a produção de bens e serviços e o ócio. Não se trata de um lugar geograficamente demarcado, embora se identifique com a realidade dos povos oprimidos nos Estados da América Latina, África e Ásia. Constitui, assim, não uma alternativa, mas um pensamento alternativo de alternativas. SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 17-39.

¹⁷⁹ A expressão é tema de um ensaio de Roberto Schwarz para demonstrar como o Brasil, ao longo de sua reprodução social, “põe e repõe ideias europeias, sempre em sentido impróprio”. Práticas supostamente negadas pelas teorias importadas, como o liberalismo, são legitimadas por estas ao entrarem no Brasil, como se deu com a escravidão. SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. In: ____; *Cultura e Política*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 59-83.

¹⁸⁰ Nesse sentido: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

¹⁸¹ Sobre as mudanças do constitucionalismo na América Latina e o papel do Judiciário, veja-se: GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. In: BALDI, César Augusto (Coord.). *Aprender desde o Sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Aprendendo desde o Sul. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 77-78.

¹⁸² A constatação de Daniel Bonilla Maldonado sobre o tema é precisa: “En segunda instancia, muchos operadores jurídicos latinoamericanos han interiorizado la ideal de que el conocimiento jurídico que se produce em la región tiene solo un valor local o, a lo sumo, un valor regional. De igual manera, han interiorizado que el conocimiento producido em el Norte Global tiene un valor universal. Una realidad que comparten com muchos académicos estadounidenses y europeos. Así, por ejemplo, un libro sobre derecho societario colombiano se presume como un libro que solo tiene relevancia para Colombia y que es de baja calidad. No obstante, un libro sobre derecho societario estadounidense se presume como relevante y aplicable em toda Latinoamérica y como un producto de gran nivel académico.” MALDONADO, Daniel Bonilla. Introducción. In: ____ (comp.). *Geopolítica del conocimiento jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2015, p. 34.

sociais - que deveriam ser instrumentos de redistribuição em localidades tão marcadas pela desigualdade.

Para enfrentar as desigualdades socioeconômica e étnico-racial, a colonialidade e a elitização dos espaços jurídicos, a adoção de novas experiências constitucionais nos textos e nas Cortes pode contribuir propositivamente para superar a tensão entre jurisdição constitucional e democracia em favor dos grupos étnicos vulneráveis e garantir que a interpretação dos textos leve em consideração, na construção de seus significados, as perspectivas desses grupos.

2.4.1 O novo constitucionalismo latino-americano: a interculturalidade nos textos

O tema da diversidade cultural influenciou as Constituições promulgadas em vários países do continente americano. O debate do multiculturalismo e o fortalecimento de novos movimentos sociais, que uniram grupos étnicos e segmentos historicamente discriminados, foram incorporados aos textos constitucionais por meio do reconhecimento constitucional do pluralismo nas respectivas sociedades e do estabelecimento de diretrizes relacionadas ao combate às desigualdades e à valorização das diversas formas de vida. Ao longo do tempo, os textos que surgiam incorporavam novas diretrizes do pluralismo jurídico e da interculturalidade.

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, em classificação didática que agrupa as constituições, aponta a existência de três ciclos de constitucionalismo multicultural na América Latina¹⁸³. O primeiro ciclo foi o do constitucionalismo multicultural (1982-1988), marcado pela emergência do multiculturalismo e por novas demandas indígenas. Neste ciclo, são introduzidos o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e os direitos individuais e coletivos à identidade cultural, com a previsão de alguns direitos indígenas específicos. São deste ciclo as Constituições do Canadá (1982), da Guatemala (1985) e do Brasil (1988).

O segundo ciclo foi o do constitucionalismo pluricultural (1989-2005), no qual as Constituições afirmaram o direito à identidade e à diversidade cultural e incluíram o conceito de nação multiétnica/multicultural e Estado pluricultural, qualificando a natureza da população e adotando uma redefinição do caráter do Estado. Adotou-se um rol de direitos, na esteira da Convenção nº 169/OIT, como a oficialização de idiomas indígenas, a educação bilingüe intercultural, a consulta prévia etc. A maior inovação, porém, diz respeito ao reconhecimento do pluralismo jurídico, mediante o reconhecimento expresso de autoridades indígenas, suas normas e

¹⁸³ Sobre os ciclos, veja-se: FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo. Pluralismo Jurídico y Jurisdicción indígena em el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, Cesar Augusto (coord.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35-57.

procedimentos¹⁸⁴. São deste período as Constituições dos seguintes países: Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999).

O terceiro ciclo foi o do constitucionalismo plurinacional (2006-2009), por meio do qual se propôs uma refundação do Estado, mediante o reconhecimento de que os povos indígenas são nações originárias ou nacionalidades com autodeterminação, ou seja, sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu destino, governar-se com autonomia e participar nos novos pactos do Estado, que se apresenta como “Estado plurinacional”. Além disso, incorporou-se a cosmovisão indígena, o que se traduz no direito à água, ao *buen vivir/vivir bien*, à segurança alimentar, entre outros. São deste ciclo as Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), que formam as bases do chamado novo constitucionalismo latino-americano.

As Constituições do último ciclo foram construídas após forte mobilização política dos povos indígenas e adotam expressamente nortes interpretativos que objetivam desmonumentalizar o conhecimento e descolonizar os sentidos, não se apegando a certos padrões formais ocidentais e permitindo a abertura a outras culturas, com a preocupação de conferir-lhes o mesmo peso e voz nos diálogos interculturais. Por essa razão, serão objeto de análise específica.

2.4.1.1 A Constituição do Equador de 2008: interculturalidade, direitos da natureza e *buen vivir/sumak kawsay*

A Constituição equatoriana, cuja construção foi precedida de fortes embates políticos e econômicos em torno das demandas dos povos indígenas e de recursos naturais¹⁸⁵, produziu o

¹⁸⁴ Antônio Carlos Wolkmer observa, no entanto, que o tratamento de “bens comuns” e de meio ambiente feito pela Constituição brasileira – que estaria, em tese, vinculada ao primeiro ciclo – é muito mais avançado que o da Constituição colombiana. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: _____; MELO, Milena Petters (org.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30.

¹⁸⁵ Além das 14 nacionalidades indígenas existentes no país, há uma ampla diversidade na população, notadamente de afroequatorianos, hispânicos e montubios (população costeira). Os povos indígenas aglutinaram-se na CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador) e já haviam formulado propostas de Estado plurinacional nos anos 90. A Constituição de 1998 reconheceu a diversidade populacional e estabeleceu que o Estado era pluricultural e pluriétnico, porém não foi suficiente para transformar as relações de poder. A assembleia constituinte foi convocada logo no início do mandato de Rafael Correa, cuja eleição dependeu de apoio decisivo do movimento indígena no 2º turno, e transcorreu com certa estabilidade até a externalização das desavenças entre Alberto Acosta, presidente da assembleia, e Correa, que culminou, às vésperas da aprovação do texto final em 2008, na renúncia deste último. Havia divergências sobre a exploração de recursos petrolíferos e minerais e acerca da consulta prévia assegurada aos indígenas. Acosta era um forte defensor da interculturalidade, ao passo que Correa defendia uma visão mais desenvolvimentista, o que o motivou a criticar mais tarde o novo adversário como defensor de um “ecologismo infantil”. Essa ruptura levou precocemente a CONAIE à oposição do governo Correa. Sobre os embates políticos e os impactos no texto da Constituição equatoriana, veja-se: DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009, p. 264-274.

chamado giro biocêntrico, que reconhece a natureza/Pachamama como sujeito de direitos, consagrando as cosmovisões de interação das comunidades humanas com a natureza. Rompe-se com a ideia clássica de atribuição aos seres humanos da fonte exclusiva de direitos subjetivos e direitos fundamentais¹⁸⁶, deixando de tratar a natureza como mero objeto de direito. Diferentemente da ideia de natureza como direito de terceira dimensão, propõe-se o seu reconhecimento como valor intrínseco, o qual independe de especulação sobre a utilidade ou a instrumentalização de seu uso por seres humanos.

Assim, a previsão de direitos de natureza ou da Pachamama não consiste em mero reforço de proteção ambiental. Uma visão antropocêntrica compreende a natureza como um espaço de apropriação de recursos e tem como base um dualismo entre sociedade e ambiente. Já a ideia de Pachamama desfaz essa dualidade, pois entende o ser humano como parte do ambiente, integrado a ela. A ideia de direito de terceira geração/dimensão é limitadora porque atende ao interesse do bem-estar humano, e não encara a natureza como um valor intrínseco.

O tratamento da natureza como valor intrínseco está exposto nos artigos 71 e 72 da Constituição equatoriana, que enfatizam o direito da natureza ou Pachamama ao respeito à sua existência e à manutenção e regeneração de ciclos vitais, estrutura, funções e ciclo reprodutivo (art. 71¹⁸⁷), bem como o direito à restauração, que independe da obrigação do Estado ou das pessoas naturais ou jurídicas de indenizar os indivíduos e coletivos que dependam dos sistemas naturais afetados (art. 72¹⁸⁸). Eduardo Gudynas aponta que o sentido de valor intrínseco manifesta-se por meio da independência quanto a possíveis usos ou fins humanos (valor não instrumental) e das propriedades intrínsecas de ecossistemas, ciclos vitais e processos evolutivos¹⁸⁹. Na prática, o fundamento autônomo da proteção torna desnecessária qualquer demonstração de impacto ambiental sobre a propriedade, a saúde ou a economia, bastando demonstrar a violação dos direitos da própria natureza/Pachamama.

Soma-se à previsão de direitos da Pachamama o conceito de *buen vivir* ou *sumak kawsay*, na língua quechua. Ele demanda que as pessoas, comunidades, povos e nacionalidades gozem efetivamente de seus direitos e exerçam responsabilidades no marco da interculturalidade, do respeito a suas diversidades e da convivência harmônica com a natureza (art. 275). O regime de

¹⁸⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: _____; MELO, Milena Petters (orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33.

¹⁸⁷ “Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

¹⁸⁸ “Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.”

¹⁸⁹ GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza: Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2015, p. 100-102.

desenvolvimento terá como objetivos melhorar a qualidade e esperança de vida e aumentar as capacidades e potencialidades da população no marco dos princípios e direitos que estabelece a Constituição, recuperar e conservar a natureza e manter um ambiente são e sustentável que garanta às pessoas e coletividades o acesso equitativo, permanente e de qualidade à água, ar e solo, e aos benefícios dos recursos do subsolo e do patrimônio natural (art. 276.4).

Há também a preocupação com o reconhecimento de diversas formas de organização social, como se depreende da previsão da democracia comunitária ao lado das formas direta e representativa (art. 95). A interculturalidade permeia o texto, com a previsão de deveres atrelados às concepções indígenas, como os de *ama killa* (não ser ocioso), *ama llulla* (não mentir) e *ama shwa* (não roubar), em referência à língua indígena (art. 83.2). Outros deveres incluem respeitar os direitos da natureza (art. 83.6), promover o bem comum e antepor o interesse geral ao interesse particular, conforme o *buen vivir* (art. 83.7), além de promover a unidade e a igualdade na diversidade e nas relações interculturais (art. 83.10). No campo dos direitos territoriais, a Constituição equatoriana reconhece diversos tipos de propriedade (pública, privada, comunitária, estatal, associativa, cooperativa e mista) e o dever de cumprir a função social e ambiental (art. 321).

2.4.1.2 A Constituição da Bolívia de 2009: Interculturalidade e plurinacionalidade

Na Bolívia, a concessão de espaços limitados de poder aos indígenas nos anos 90, apesar de insuficiente, permitiu que houvesse uma aglutinação de movimentos por direitos e a proposição de alternativas para o país. O aprofundamento das mobilizações sociais levou à identificação de limitações das políticas de diferença e a associação para um novo projeto constitucional. Três núcleos do movimento indígena juntaram-se no chamado Pacto da Unidade para, em diferentes partes do país, contestar o monopólio da política, a transnacionalização da propriedade e os rumos da economia boliviana¹⁹⁰.

A nova Constituição, fruto da eleição de um presidente indígena e da ampla participação indígena na assembleia constituinte¹⁹¹, propõe uma transformação institucional profunda, com o

¹⁹⁰ Nesse sentido: GARCÉS V., Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Tradução de Demerval Aires Jr. e Livia Cavallini Dias. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 167-192.

¹⁹¹ Nas terras altas (abrangendo a área de La Paz), os indígenas aymara/quéchuas formaram um núcleo numeroso de forte atuação política e de influência nesta unidade. Nas terras baixas, onde se situam as planícies amazônicas e as regiões do oriente e do “chaco” boliviano, outro movimento abrigou diversos grupos étnicos em centrais indígenas que se apresentam como instâncias políticas de interação frente ao Estado boliviano. A união deveu-se à intensificação da atividade extrativa na região. O terceiro núcleo se formou a partir da chamada “guerra da água”, em 2000, em Cochabamba, terceiro maior município do país. A organização “Coordinadora por la Defensa del Agua y la Vida”, que envolvia indígenas e diversas outras organizações, liderou o processo de resistência à privatização da água na região e em favor da participação popular na direção e gestão da produção de bens e serviços coletivos. A

desenho de um Estado plurinacional, que se pauta pela interculturalidade e coloca em pé de igualdade jurisdições indígenas, camponesas e ordinárias. O art. 1º realça que a Bolívia é um Estado plurinacional, intercultural e fundado no pluralismo jurídico. A plurinacionalidade consiste no reconhecimento constitucional de que há várias formas, todas igualmente legítimas, de organizar a ação política, conceber a propriedade, gerir o território e organizar a vida econômica¹⁹². Isso implica o deferimento às nações e povos indígenas do domínio ancestral sobre seus territórios e a garantia da livre determinação, o direito à autonomia, ao autogoverno, à cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de suas entidades territoriais, nos termos da Constituição e da legislação (art. 2º).

A carta boliviana prevê o guaraní, o aymara, o quéchua e outros 34 idiomas indígenas como oficiais (art. 5º). Além disso, a forma de democracia adotada não é apenas participativa e representativa, mas também comunitária (art. 11.I). Esta última efetiva-se por meio de eleição, designação ou nomeação de autoridades e representantes por normas e procedimentos próprios das nações e povos indígenas originários, camponeses, entre outros, conforme a lei (art. 11.I.3). Outra inovação é a previsão de um Tribunal Constitucional Plurinacional, formado por magistrados eleitos, conforme critério de plurinacionalidade, com representação do sistema ordinário e do sistema indígena (art. 197.I). Ele pode apreciar consultas das autoridades indígenas sobre a aplicação de suas normas jurídicas a um caso concreto, com decisão vinculante (art. 202.8), e apreciar conflitos de competência entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária e agroambiental (art. 202.11).

A Constituição boliviana pressupõe como intercultural não apenas as dimensões culturais, mas também dimensões políticas, territoriais e econômicas da diversidade, ou seja, a premissa básica é a de que há várias formas, todas igualmente legítimas, de organizar a ação política, conceber a propriedade, gerir o território e organizar a vida econômica¹⁹³. A diversidade cultural é considerada a base essencial do Estado Plurinacional comunitário, sendo a interculturalidade o instrumento para a coesão e a convivência harmônica e equilibrada entre todos os povos e nações. A interculturalidade pressupõe o respeito à diferença em igualdade de condições (art. 98.I).

Em decorrência desta compreensão, o texto boliviano, seguindo o pioneirismo equatoriano no tema, acolhe as cosmovisões indígenas ao prever princípios ético-morais da sociedade plural, como o *ama qhilla*, o *ama llulla*, o *ama suwa* (não seja frouxo, não seja mentiroso nem seja ladrão), *suma qamaña* (*vivir bien*), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem males) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre - art. 8.I). *Vivir bien* corresponde à tradução de *suma*

chamada “guerra da água” foi um movimento vitorioso, que forçou a declaração de nulidade da lei que a autorizara a privatização. Cf. TAPIA, Luis. *El horizonte plurinacional*. La Paz: Ed autodeterminación, 2015.

¹⁹² Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: _____; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg; Abya-Yala, 2012, p. 27.

¹⁹³ *Ibid.* p. 27.

qamaña, na língua aymara (povo que vive em território que abrange a Bolívia, o norte do Chile, o norte da Argentina e o Peru) e consiste em uma noção compartilhada por diversas nações indígenas, que pode ser definida como “vida em plenitude”, “vida harmoniosa”, “vida em equilíbrio”, “caminhar na beleza”, sendo que todas seguem o mesmo paradigma comunitário¹⁹⁴. Esta noção foi incorporada à luta política dos indígenas e serve de contraponto às visões hegemônicas sobre a condução das decisões estatais, sobretudo nas que se referem às relações com a natureza.

A ideia de *vivir bien* ou *suma qamaña* está prevista no art. 313, que estabelece propósitos para que esta filosofia seja alcançada, o que abrange o respeito a direitos individuais e dos povos, a distribuição justa da riqueza, a redução das desigualdades quanto ao acesso a recursos, o desenvolvimento produtivo e a participação ativa das economias pública e comunitária no aparato produtivo.

Quanto à terra e ao território, o Estado reconhece, protege e garante a propriedade individual e a propriedade comunitária ou coletiva da terra, desde que cumpra uma função social ou uma função econômica e social (art. 393). A propriedade comunitária ou coletiva compreende territórios indígenas, comunidades interculturais originárias ou comunidades camponesas. A propriedade coletiva é indivisível, imprescritível, não embargável, inalienável e irreversível. As comunidades poderão ser tituladas mediante reconhecimento da complementariedade entre direitos coletivos e individuais, respeitando a unidade territorial com identidade (art. 394.III).

O pluralismo jurídico é a faceta concreta da interculturalidade e da plurinacionalidade, pois assegura a garantia de igualdade entre modos de organização distintos e a possibilidade de florescimento de outras jurisdições, com aceitação pelas demais. Prevê-se a existência da jurisdição ordinária, da jurisdição agroambiental e da jurisdição indígena, a serem reguladas por lei. A jurisdição ordinária e a jurisdição indígena gozam de igual hierarquia (art. 179.II).

A jurisdição indígena pressupõe o exercício das funções jurisdicionais pelas autoridades indígenas e a aplicação de princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios (art. 190.I). O art. 190.II prevê que a jurisdição indígena respeita o direito à vida, o direito à defesa e garantias estabelecidos na Constituição. O texto não esclarece a forma como essas competências serão coordenadas, o que é remetido para a legislação ordinária (191.II.2). Em clara ofensa à interculturalidade, a lei de deslinde jurisdicional, aprovada em 2010, não cumpriu o texto constitucional e abandonou a paridade das justiças, pois contém severas limitações em relação à

¹⁹⁴ A “vida em plenitude” dos Aymara pressupõe viver em harmonia com a Mãe-Terra e com o Pai-Cosmos, pois toda forma de existência é importante, sendo essencial a espiritualidade e a valorização das práticas comunitárias. Da mesma forma, para os quéchua, a ideia compreende seguir os ritmos da natureza e os rituais à pachamama. Para os Guarani, o termo *Teko Kavi*, que significa *vida boa*, implica respeitar a vida e o caráter espiritual de toda ação, que não é apenas humana, devendo-se respeitar a natureza e os ancestrais. No idioma Mapuche, o termo é “Küme Mongen” e designa uma relação baseada no princípio do equilíbrio, interior e exterior, de cada pessoa com tudo o que existe. E isso vale para muitos outros povos, como os muíscas, os Emberá, os Wayúu, os Cheyene (cujo território está nos Estados Unidos), entre outros. Sobre o tema, veja-se: MAMANI, Fernando Huanacuni. *Vivir bien/buen vivir: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias*. 6ª ed. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

jurisdição indígena¹⁹⁵, o que demonstra a insuficiência, na prática, do texto constitucional para assegurar as transformações almejadas pelo Pacto de Unidade. A descrição genérica de certos temas na Constituição ou as tensões latentes no texto têm sido resolvidas de maneira contrária ou limitadora às ideias de plurinacionalidade, pluralismo jurídico e interculturalidade como pensadas pelo movimento indígena.

Depreende-se que apenas a ênfase textual no caráter plurinacional não evita a constante disputa pela conceituação e compreensão do termo, uma vez que não se trata de uma fórmula pronta, mas um “campo de disputa” discursivo e de práticas sociais, políticas e estatais. As perspectivas monocultural e uninacional seguem introjetadas nas instituições e na sociedade¹⁹⁶, acarretando um tratamento das autonomias indígenas como meras acomodações do sistema liberal para alcançar equilíbrios no sistema político e estatal, com repercussões tímidas no debate sobre a redistribuição da propriedade da terra e do território para efetivo uso, controle e gestão desses povos¹⁹⁷.

2.4.1.3 Interesses divergentes e limitações concretas aos projetos constitucionais andinos

¹⁹⁵ A primeira delas está no art. 10, que trata das competências materiais da jurisdição indígena e exclui da apreciação várias questões: i) na área penal, afasta a competência em delitos contra o direito internacional e contra a humanidade, por tráfico de pessoas, tráfico de armas, homicídio e crimes contra crianças e adolescentes, entre outros; ii) no âmbito civil, afasta a jurisdição sempre que o Estado for parte ou terceiro interessado; iii) afasta também a apreciação de, entre outros, direito do trabalho, previdenciário, direito administrativo e direito agrário, exceto neste caso as discussões acerca da distribuição interna de terras nas comunidades que tenham posse legal ou direito à propriedade coletiva sobre elas mesmas; iv) há também restrições relacionadas a temas que estejam reservados a outras jurisdição pela Constituição ou pela lei. Além disso, o art. 11 limita a competência territorial a relações e fatos jurídicos que se realizem ou cujos efeitos se produzam dentro da jurisdição de um povo indígena originário camponês. Esta previsão é limitadora em relação aos povos indígenas, pois desconsidera a realidade populacional indígena do país, que é bem relevante nas cidades. Ao prever essa limitação, a lei viola o art. 179.II, que prevê a igual hierarquia entre as justiças ordinária e indígena. Disponível em: <<http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/ley-073-deslinde-jurisdiccional.pdf>> Acesso em 12 nov. 2017.

¹⁹⁶ Cf. GARCÉS V., Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. *In: Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Tradução de De Demerval Aires Jr. E Livia Cavallini Dias. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 167-192.

¹⁹⁷ Para densificar o conceito “plurinacional”, Luiz Tapia propõe que a forma de governo plurinacional acarrete uma pluralidade de espaços políticos, com pluralidade de estruturas de autoridades, correspondentes às diferentes nações e a espaços públicos diferentes. Segundo o autor, o próprio governo plurinacional deveria adotar uma forma colegiada do exercício do poder político nos diferentes poderes, em uma espécie de cogoverno, seja mediante a eleição para uma composição plural de governo, seja mediante a rotatividade da cabeça do Estado entre representantes de grupos num governo permanente. Neste modelo, plurinacionalidade não se limitaria a um conjunto de autonomias ou a uma diversidade separada, mas ao compartilhamento das mesmas instituições de autogoverno e a articulação e direção conjunta do país. A não adoção deste modelo representa, na visão do autor, a prevalência do Estado nacional liberal e a insuficiência das mudanças institucionais. TAPIA, Luiz. *El horizonte plurinacional*. La Paz: Ed. Autodeterminación, 2015, p. 69.

A implementação dos projetos constitucionais andinos é um processo complexo, já que certas diretrizes conflitam com interesses econômicos privados e compreensões divergentes sobre o papel do Estado na promoção da cidadania e no combate às desigualdades. Os textos constitucionais refletem as disputas de concepções de mundo, notadamente a colonialista, a nacional-desenvolvimentista e a intercultural. O projeto colonialista corresponde à lógica de manutenção da desigualdade em favor das classes dominantes, ao passo que a lógica desenvolvimentista atende a um ideário de soberania nacional, calcado na exploração extrativista de recursos naturais e no crescimento econômico para reduzir desigualdades, ainda que de forma pontual. A proposta intercultural, por sua vez, valoriza distintas cosmovisões, coloca ressalvas às prioridades do capitalismo e põe em evidência o aprendizado recíproco entre culturas.

Com a entrada em vigor das Constituições, alguns casos emblemáticos demonstram os desacordos entre o governo e as organizações indígenas. Após a promulgação da Constituição, emergiu forte tensão entre a visão desenvolvimentista e a concepção de *vivir bien*, como demonstra o impasse referente à construção de uma estrada que atravessaria o território indígena TIPNIS¹⁹⁸ (*Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Secure*), em que não se observou adequadamente o direito à consulta prévia, com forte mobilização dos indígenas e repressão do governo de Evo Morales¹⁹⁹. O conceito de *vivir bien* foi reduzido, à época, a um conceito genérico de bem-estar, tendo o governo defendido a imposição do projeto às comunidades indígenas mesmo em caso de resistência.

No Equador, a não realização de consulta prévia aos indígenas quando da elaboração da lei que regulou o tema da mineração, com a anuência da Corte Constitucional²⁰⁰, e o caso *Yasuni* mostram os mesmos desacordos sobre a utilização de recursos em áreas indígenas ou

¹⁹⁸ O projeto de construção de uma estrada que cruzaria o TIPNIS (*Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Secure*) expôs a divisão entre setores do movimento indígena e o governo boliviano. A obra era considerada pelo governo como relevante, do ponto de vista geopolítico, para a liberação de mercados para setores econômicos da região de Beni, sem necessitar da passagem por Santa Cruz de la Sierra. O vice-presidente Alberto Linera apresentava a estrada como reivindicação de certos grupos indígenas contra o imperialismo e contra os interesses da elite de Santa Cruz ou de famílias de Beni que queriam monopolizar o preço da carne, e por isso o governo adotou uma linha de enfrentamento contra as comunidades opositoras e estimulou os embates dos “cocaleros”, defensores da estrada, com grupos indígenas. A forte repressão à VIII Marcha de Indígenas de Terras Baixas, em 2011 exemplifica a postura truculenta do governo boliviano. Apesar disso, os movimentos indígenas conseguiram barrar a construção da estrada, culminando na Ley 180/2011, que declarou o TIPNIS patrimônio sociocultural e natural. Mesmo assim, as feridas não cicatrizaram, e o presidente chegou a declarar que um dia a estrada será construída, “com Evo ou sem Evo”. (“La carretera por el TIPNIS se construirá “con Evo o sin Evo”. Disponível em: <<http://www.paginasiete.bo/nacional/2016/11/24/carretera-tipnis-construira-con-evo-118094.html>> Acesso em: 18 mar. 2017.). Sobre o tema, veja-se: SCHAVELZON, Salvador. *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2015, p. 56-65.

¹⁹⁹ BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 165-166.

²⁰⁰ Pouco tempo após a vigência da nova Constituição, em 2009, o governo de Rafael Correa aprovou uma lei de mineração sem a realização de consulta prévia e com uma orientação contrária à ideia de *buen vivir*, com forte viés extrativista. A questão chegou à Corte Constitucional, que referendou a validade da lei, em razão do fato de o país estar em transição institucional e de a consulta não estar regulamentada, limitando-se a estabelecer algumas regras procedimentais para a consulta. Corte Constitucional do Equador. Sentencia 001-10-SIN-CC, julg. 18.03.2010.

ambientalmente protegidas. A iniciativa Yasuní-ITT, capitaneada pela sociedade civil em 2005 e encampada pelo governo Correa em 2008, por meio do então Ministro de Minas e Energia Alberto Acosta, consistiu na decisão de não explorar o petróleo em área ambiental protegida no Parque Yasuní e nos territórios de três grupos indígenas não contatados (ITT corresponde às iniciais de dos nomes de três povos: Ishpingo, Tiputini e Tambococha), deixando-o no subsolo. A área em questão possui reservas petrolíferas cujo valor está estimado em 7 bilhões de dólares, e, em consonância com a proposta de *sumak kawsay* e dos direitos da Pachamama, buscava-se a valorização da “não acumulação” ou o “valor de não fazer nada”, em oposição à acumulação de capital, em uma concreta aplicação do *buen vivir* e de um tratamento não-instrumental da natureza²⁰¹. Como contrapartida, foi solicitada uma compensação financeira à comunidade internacional. Esta solicitação, embora não fosse essencial ao pleito, tentava dar uma resposta ao discurso opositor de que a medida não garantiria qualquer tipo de retorno econômico.

Os desacordos internos do governo Correa levaram à revisão do posicionamento. Em agosto de 2013, um decreto suspendeu a iniciativa²⁰², sob a justificativa de que teria havido pequena acolhida da comunidade internacional ao projeto e poucas doações. Com a liberação da exploração de petróleo, diz o decreto, os povos amazônicos, em conjunto com os governos autônomos, passariam a ser copartícipes dos benefícios econômicos. O decreto destaca ainda que o Estado equatoriano necessitava dos recursos oriundos da exploração para combater e superar a pobreza de seus cidadãos, a começar pelos amazônicos, sem descuidar da proteção devida aos povos em isolamento voluntário. Para reforçar a defesa da medida, o governo acentuou que a exploração se daria em uma área limitada a apenas 1% do Parque Nacional Yasuní.

Como demonstram os exemplos, a utilização do discurso do combate à pobreza para garantir a adoção de estratégias extrativistas tem sido a plataforma dos governos dos dois países. As medidas demonstram as tensões provocadas pelo texto constitucional e a manipulação dos novos conceitos instituídos em favor de velhos projetos. Como observa Salvador Schavelzon, depois de um primeiro período de indefinição e convivência de projetos distintos, ambos os Estados voltaram-se à ideia de progresso baseada no imaginário do desenvolvimento²⁰³, em que a industrialização e a abertura a investimentos seriam o caminho para lutar contra a pobreza e avançar no desenvolvimento dos Estados nacionais. Embora a substituição do multiculturalismo liberal pela noção de

²⁰¹ Segundo Alberto Acosta, a iniciativa continha quatro pilares: i) proteger o território e a vida dos povos indígenas em isolamento voluntário; ii) conservar a biodiversidade inigualável do lugar; iii) cuidar do clima global mediante a manutenção do petróleo no subsolo, o que evitaria a emissão de 410 milhões de toneladas de CO₂; e iv) dar um primeiro passo no Equador para uma transição pós-petrolífera, com efeito simbólico em outras regiões. Cf. ACOSTA, Alberto. *Iniciativa Yasuní-ITT: La difícil construcción de la utopía*. Disponível em: <<https://lalineadefuego.info/2014/02/04/iniciativa-yasuni-itt-la-dificil-construccion-de-la-utopia-por-alberto-acosta/>> Acesso em 05 ago. 2017.

²⁰² O Decreto nº 74/2013, assinado pelo Presidente da República Rafael Correa, promoveu a suspensão.

²⁰³ Veja-se: SCHAVELZON, Salvador. *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2015, p. 22.

interculturalidade tenha expandido o tratamento da diversidade e a celebração do enriquecimento recíproco entre as várias culturas, há dúvidas se o reconhecimento da plurinacionalidade ainda não estaria muito preso a concepções hegemônicas do ocidente, já que as formas de governo e de condução dos negócios estatais pouco se alteraram.

O reconhecimento pelos textos da diversidade de lógicas econômicas vigentes na sociedade e a ênfase nos princípios indígenas, por meio da utilização de conceitos expressos nas línguas originárias, como *sumak kawsay* ou *suma qamaña* e outros conceitos afins, vem sendo mitigado pela sua apropriação em favor de um discurso em prol de interesses nacionais, mediante a utilização das expressões no debate desenvolvimentista. Os partidários de cosmovisões indígenas e do meio ambiente passaram a ser tachados de defensores de um “ecologismo infantil”, na expressão de Álvaro García Linera²⁰⁴, vice-presidente boliviano, e o conceito de *buen vivir/vivir bien* passou a ser utilizado genericamente como bem-estar, o que permite uma legitimação do discurso desenvolvimentista. *Vivir bien*, argumenta-se, não pode ser contrário à distribuição de renda.

Em resumo, as Constituições da Bolívia e do Equador procuraram levar a sério em seus textos um viés descolonizador do Estado e efetivar a interculturalidade como um projeto que contesta os males do capitalismo, sobretudo aos diversos povos que compõem suas sociedades. Há um forte apelo aos novos processos de produção e de valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos, e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as desigualdades injustas e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo. Suas construções podem inspirar a interpretação de institutos em outros ordenamentos, independentemente da previsão constitucional expressa, porquanto são fruto do pensamento indígena, antes invisibilizado e agora valorizado no marco da interculturalidade²⁰⁵.

Esses projetos não encontram, porém, plena ressonância na sociedade e nos governos, estando sujeitos a constantes disputas e apropriações, sobretudo em razão de interesses econômicos divergentes. As resistências dos governos boliviano e equatoriano em abandonar o modelo

²⁰⁴ Para defender projetos de infraestrutura e construções de estradas, o vice-presidente boliviano engajou-se em uma ofensiva feroz contra grupos indígenas que, segundo ele, estariam ligados a organizações não governamentais internacionais que estariam preocupadas em desestabilizar a soberania nacional. Note-se como o discurso é semelhante àqueles adotados por certos segmentos opositores da causa indígena no Brasil, tanto à direita quanto à esquerda. Nesse sentido, veja-se: LINERA, Álvaro García. *El “oenegismo”, enfermedad infantil del derechismo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2011, p. 160.

²⁰⁵ Por meio de uma análise dialógica com a jurisprudência internacional e o direito comparado, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu que o rio Atrato possuía direitos bioculturais, tendo em vista a profunda unidade entre a natureza e a espécie humana, que se expressa em múltiplos modos de vida, na diversidade de culturas e nos significados espirituais e culturais decorrentes da relação entre as diferentes culturas ancestrais com plantas e animais (Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-622/16). No Brasil, a ideia da natureza como “sujeito de direito”, exposta na Constituição equatoriana, embora não prevista expressamente no texto constitucional brasileiro, motivou o ajuizamento em 2017 de ação civil pública pela Bacia Hidrográfica do Rio Doce, representada pela Associação Pachamama, para discutir os danos causados pela Mineradora Samarco, em Minas Gerais, àquele rio. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/da3e7c_8a0e636930d54e848e208a395d6e917c.pdf> Acesso em 15 nov. 2017.

extrativista e desenvolvimentista demonstram como a mera inserção das cosmovisões indígenas ou a enunciação de posturas não capitalistas são insuficientes para promover as transformações sociais, mostrando-se necessário um constante embate sobre o amplo alcance de conceitos como *vivir bien/buen vivir*, Pachamama e até mesmo as concepções de plurinacionalidade e interculturalidade.

As reações interpretativas das cortes constitucionais dos países, a mitigação e a manipulação das cosmovisões indígenas para uma ideia de bem-estar e a regulamentação limitadora da posição de povos tradicionais no debate nacional demandam uma reação similar àquela que não aceita as mudanças superficiais das políticas de diferença, a qual exige um processo contínuo de interpretação e disputa política dos conceitos constitucionais. Essas disputas são mais importantes para a efetivação da interculturalidade do que a própria alteração de textos. Considerando os ciclos pluriculturais no constitucionalismo da região, textos de ciclos anteriores ao do novo constitucionalismo latino-americano contêm bases para permitir aportes pluralistas e interculturais em diversos temas, mediante uma interpretação que contemple o reconhecimento de cosmovisões e formas de organização em igualdade de condições.

2.4.2. O papel das Cortes: historicidade, lutas políticas e a interculturalidade em disputa

Embora a produção de textos normativos descolonizadores revele uma contribuição inestimável à perspectiva descolonial, a experiência andina mostra que a efetivação do diálogo intercultural depende primordialmente da ativação de processos interpretativos por meio de lutas políticas, de forma a disputar os significados das Constituições. Interpretar é escolher, sendo a escolha da Corte Constitucional aquela legalmente vinculante acerca do que a Constituição significa²⁰⁶, mas não há interpretação verdadeira, e sim “apropriada”, com alguns critérios para identificá-la²⁰⁷. Nesse ponto, reconhece-se há muito tempo que não apenas os órgãos estatais, mas todos os cidadãos e grupos sociais desempenham um papel relevante no processo de interpretação constitucional²⁰⁸, sendo que movimentos sociais e contramovimentos provocam e evidenciam mutações na Constituição, contribuindo para delinear novos significados sociais compartilhados sobre o seu texto²⁰⁹.

²⁰⁶ Nesse sentido, veja-se: BARAK, Aharon. Hermenutics and Constitutional Interpretation. *Faculty Scholarship Series, Paper 3701*, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3701/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F3701&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> . Acesso em 18 set. 2016.

²⁰⁷ FISS, Owen. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, v. 34, abr. 1982, p. 739-763.

²⁰⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 15.

²⁰⁹ Cf. GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 93.

No debate constitucional, as visões acerca do papel da jurisdição constitucional vão da plena confiança no papel do Judiciário à preconização de que o movimento inverso é necessário para construir uma interpretação constitucional verdadeiramente democrática e que relativize – ou até exclua – o papel das Cortes²¹⁰. A visão substantiva do papel da jurisdição defende que o controle judicial é uma estratégia importante para aperfeiçoar a legitimidade do governo e proteger a independência ética de uma minoria, permitindo uma coparticipação entre as pessoas e que nenhum cidadão tenha impacto político menor que outro por razões que comprometam sua dignidade, garantindo-lhe o mesmo respeito e consideração²¹¹. Outra abordagem, mais procedimental, reconhece a relevância da jurisdição constitucional, porém de forma cautelosa, e enfatiza uma atuação das Cortes que se limite a proteger a autonomia privada e pública dos cidadãos, zelando pelos procedimentos políticos que assegurem o autoentendimento²¹² ou cláusulas essenciais, como a *equal protection of law* e o *due process of law*, e o pluralismo, voltado à defesa das minorias oprimidas no processo político²¹³.

Em um outro polo dessa discussão, emerge uma concepção ainda mais crítica sobre o papel das Cortes, que afasta qualquer caráter democrático da *judicial review* e preconiza a sua retirada de cena ou, pelo menos, uma forte redução de sua influência, conferindo ao campo político o papel de realizar a interpretação constitucional. Segundo o chamado constitucionalismo popular, as Cortes carecem de legitimidade e não possuem mais virtudes que o Parlamento para proferir decisões, por isso se reivindica que o próprio povo, por meio de seus representantes, deve resolver os desacordos de interpretação²¹⁴. A desconfiança quanto ao papel do Judiciário é refletida também nas análises políticas e sociológicas que enxergam na criação das Cortes uma estratégia consciente das elites (econômica, política e jurídica) para preservar sua hegemonia momentaneamente ameaçada²¹⁵ ou

²¹⁰ Para um panorama acerca das discussões, veja-se: WHITTINGTON, Keith E. Constitutionalism. In: _____; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds). *The oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 593.

²¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 326.

²¹³ Nesse sentido: ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Em linha próxima, o minimalismo defende a firme proteção do núcleo essencial de certos direitos, como liberdade de expressão, garantias de igualdade em gênero e sexo, mas rejeita tanto o ativismo liberal de Cortes como a de Warren, nos Estados Unidos, que julgou o caso *Brown v. Board of Education* e teve papel relevante no fim da segregação nas escolas do país, quanto o ativismo conservador que propõe uma abordagem originalista ao interpretar a Constituição, remetendo aos *founding fathers* da nação e às intenções originais da Constituição. Cf. SUNSTEIN, Cass R. The Minimalist Constitution. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (eds.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Ebook Kobo. Posição 2 de 9.

²¹⁴ Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 13-14.

um seguro político em favor do grupo derrotado no processo de instituição ou revisão da Constituição com vistas a proteger certos valores substantivos no futuro²¹⁶.

Buscando um caminho de valorização do papel do debate político na construção da interpretação constitucional, mas sem rejeitar o papel das Cortes, o constitucionalismo democrático identifica na atuação judicial uma tensão entre estado de direito e autogoverno que é permanente e não pode ser evitada²¹⁷. Assim, as Cortes desempenham um papel especial no processo de engajamento popular na interpretação da Constituição ao declarar e concretizar direitos. Nesse modelo, admite-se o papel relevante do Judiciário na defesa de direitos fundamentais e das premissas básicas da democracia, por seu papel contramajoritário e em defesa das minorias, mas reconhece-se a ingenuidade na ideia de um juiz alheio às disputas políticas²¹⁸. Por outro lado, realça-se o papel do debate democrático, sobretudo nos espaços institucionais como o Parlamento, porém não se deixa de enxergar o desequilíbrio das forças que representam a pluralidade de interesses da sociedade e o poder que certos grupos de interesses exercem sobre o processo legislativo.

De fato, nem sempre aqueles que reivindicam direitos ficam satisfeitos com as decisões das instituições estatais e, por isso, continuam mobilizados em favor da desestabilização de efeitos deletérios à concretização de determinados direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo democrático enfatiza a interação entre as Cortes e o engajamento popular na interpretação da Constituição ao declarar e implementar direitos. Adotando uma interpretação constitucional própria, os movimentos sociais não aceitam as interpretações existentes dos juízes e oferecem suas próprias interpretações da Constituição, mesmo que tais visões não sejam levadas a sério pelas cortes. Ao responderem a mobilizações políticas, as Cortes protegem valores sociais importantes e constroem os governos que excedem suas limitações constitucionais, modelando a

²¹⁵ Ran Hirschl observa que, em resposta a ameaças por grupos periféricos, elites que possuem acesso desproporcional na arena jurídica frequentemente entricheiram direitos constitucionais com o fim de isolar a política da pressão popular. O poder, então, é transferido do processo majoritário para as altas Cortes, onde certas posições elitistas ganham forte respaldo. Esse processo de consciente fortalecimento judicial, segundo o autor, é mais factível onde a reputação do judiciário é relativamente alta e onde as Cortes tendem a atuar de maneira mais alinhadas às preferências políticas e às propensões culturais das elites hegemônicas tradicionais. HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*. *Law & Social Inquiry*, Vol. 25, No. 1, 2000, p. 91-149.

²¹⁶ Para Tom Ginsburg e Mila Versseg, quando os constituintes vislumbram a perda de poder após a adoção da Constituição, tendem a instituir a jurisdição constitucional como uma forma de proteger certos valores substantivos que não encontrariam guarida no processo político. Nesse contexto, a jurisdição constitucional seria uma forma de seguro político, por meio do qual são assegurados interesses políticos do grupo perdedor no processo democrático. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?* *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 30, No. 3, 2013, p. 588.

²¹⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, nº. 42, 2007, p. 423/424.

²¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 240-241.

cultura constitucional. Isso cria novas oportunidades para os intérpretes e mobilizações, tanto dos que apoiam quanto dos que se opõem à decisão²¹⁹.

Estas reflexões convergem com a proposta intercultural de diálogo, ainda que a construção de canais que efetivamente deem conta da diversidade étnica e cultural ainda seja meramente um ideal. Isso porque a interculturalidade depende da construção de interpretações e do desbloqueio de canais que garantam maior permeabilidade às minorias étnicas sub-representadas. Deve ser entendido, neste contexto, que a democracia não se limita às formas majoritárias de representação, alcançando também outros mecanismos de participação e deliberação, que comportem aspectos como o engajamento cívico dos cidadãos no processo de tomada de decisões, a participação direta e ativa, a construção de consensos, a atuação coletiva e a reivindicação de que o domínio político não deve se restringir às instituições formais do Estado²²⁰. Tal percepção acentua-se em contextos em que a omissão inconstitucional é flagrante e onde as políticas públicas se mostram praticamente inexistentes, devido a fatores como corrupção, invisibilidade e ineficiência.

O constitucionalismo democrático apresenta-se, assim, como uma referência importante ao presente trabalho, pois defende a importância do papel de Cortes Constitucionais em defesa de minorias, inclusive étnicas, sem negar a importância dos diversos atores sociais na atribuição de sentidos ao texto constitucional. É necessário, porém, conferir-lhe uma perspectiva que exprima a importância da adoção de uma abordagem intercultural, com uma perspectiva descolonial, para ampliar os horizontes interpretativos e promover uma desconstrução de modelos prontos e hegemônicos de tomada de decisões.

No Sul global, considerando o peso conferido à atuação judicial na efetivação de direitos²²¹, há quem proponha, na esteira do pensamento de Robert Alexy, o reconhecimento das Cortes como *representantes argumentativos da sociedade*, dotadas de uma legitimidade discursiva baseada na razão e na correção²²². Esta ideia, como observa Jane Reis Gonçalves Pereira, carrega consigo diversos riscos, entre eles o de tornar as cortes mais aristocráticas e o de servir à legitimação de atuações perfeccionistas e interpretações maximalistas, com perda da humildade institucional, sobretudo se não for acompanhada de um ônus de abertura e porosidade em relação à sociedade

²¹⁹ BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2011, p. 325.

²²⁰ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, Capítulo 4. Ebook.

²²¹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 280.

²²² Nesse sentido, veja-se: BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 26.

civil, mediante a ampliação dos canais de participação, pautados em critérios objetivos, transparentes e igualitários²²³.

As experiências de cortes de países como Colômbia, Belize, Filipinas e África do Sul, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos mostram o quão enriquecedora pode ser a experiência de abertura, ainda que incipiente, ao diálogo intercultural e à necessidade de compreensão histórica dos conflitos para a superação das desigualdades, pois empenham-se em mirar para os povos e grupos que compõem as respectivas sociedades com atenção à ferida colonial, mediante um ativismo preocupado com a superação das injustiças sociais.

No caso colombiano, a Corte Constitucional, criada pela Constituição de 1991, vem desempenhando um papel firme na defesa de direitos fundamentais, especialmente de direitos indígenas. A população autóctone do país tem tamanho similar à do Brasil - cerca de um milhão e quinhentos mil habitantes -, e a Constituição, além de reconhecer a diversidade étnica e cultural e o princípio da igualdade entre as culturas (art. 70), acentua aspectos como a participação política²²⁴, a previsão de uma jurisdição própria²²⁵ e autonomia política na condução do autogoverno nas entidades territoriais indígenas²²⁶. Além disso, certos arranjos institucionais contribuem para uma maior efetividade na proteção dos direitos dos povos indígenas, como o acionamento do controle concentrado de constitucionalidade por qualquer cidadão e a previsão da ação de tutela para a proteção de direitos fundamentais (art. 86), de revisão obrigatória pela Corte Constitucional²²⁷.

Como consequência desse desenho institucional, a Corte constitucional tem analisado várias questões sobre os direitos dos povos indígenas e desenvolvido uma farta jurisprudência que densifica os princípios constitucionais acima citados. O tema da consulta prévia, por exemplo, já foi

²²³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Jurispoiesis (Rio de Janeiro)*, Ano 17, vol 17, 2014, p. 343-359.

²²⁴ A Constituição colombiana prevê a existência de dois senadores eleitos pelas comunidades indígenas (art. 171), além de um representante na Câmara (art. 176).

²²⁵ É o caso do art. 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

²²⁶ “Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones (...)”.

²²⁷ A atuação destacada da Corte deve-se a alguns fatores, elencados por Rodrigo Uprimny: i) debilidade dos mecanismos de representação política, que parece mais profunda do que em outros países da região, o que torna a judicialização da política um caminho ainda mais natural; ii) o vazio político dos outros poderes, o que legitima o Judiciário a ocupar o papel de único defensor do projeto constituinte; iii) a tradição histórica de movimentos sociais fracos em comparação com outros países, notadamente em razão dos conflitos armados; iv) acesso fácil e pouco custoso à justiça constitucional na Colômbia; e v) a ação de tutela, prevista no art. 86, que trata de mecanismo judicial célere de garantia de direitos fundamentais e possui um mecanismo de revisão obrigatório junto à Corte Constitucional. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. A judicialização política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Tradução de Pedro Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 6, 2007.

objeto de várias decisões do tribunal, como a declaração de inconstitucionalidade do código florestal, em sede de controle abstrato²²⁸, e a suspensão de projeto de exploração petrolífera em território indígena em razão do não preenchimento de certos requisitos da consulta²²⁹.

Além disso, já se decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens, a fim de que possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e à factibilidade do projeto, cabendo às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural²³⁰. Outros temas discutidos pela Corte são o uso das práticas curativas e medicamentos tradicionais²³¹ e o respeito à jurisdição indígena²³². A atuação firme da Corte contém um forte caráter pedagógico, pois permite a consolidação, no campo jurídico, de uma visão mais atenta às violações de direitos desses povos e a dissuasão de certos comportamentos aparentemente neutros do Estado, redirecionando sua atuação e fazendo internalizar nos movimentos sociais a gramática de direitos humanos²³³.

Uma ferramenta que a Corte utiliza para o diálogo intercultural é o conceito de igualdade extensiva. O caráter relacional da igualdade acarreta uma plurinormatividade que deve ser objeto de precisão conceitual que comporta quatro mandatos: i) tratamento idêntico a destinatários que se encontrem em situações idênticas; ii) tratamento diferenciado a destinatários cujas situações não compartilhem nenhum elemento em comum; iii) tratamento paritário a destinatários cujas situações

²²⁸ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-030/2008.

²²⁹ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia SU-039/1997.

²³⁰ SEPÚLVEDA, Magdalena; GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social. In: LANGFORD, Malcolm (ed). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013, p. 254.

²³¹ A Corte reconheceu o direito de um indígena preso que estava com câncer a ser transferido a uma prisão de sua região para poder receber o tratamento médico tradicional que desejava, pois estava recusando o tratamento convencional. (Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-214/1997).

²³² A Corte considerou válida a pena de expulsão instituída pela comunidade indígena *El Tambo* a um membro que havia cometido uma infração, porém recusou a extensão da pena a seus familiares (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-254/1994). Em outro caso (*Embera-chamí*), a Corte entendeu válido um julgamento à revelia pela comunidade e a imposição de castigos corporais, porém considerou inválida a imposição da pena de prisão junto dos brancos, pois aquela sanção não era parte das tradições jurídicas da comunidade (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-254/1994). No caso *Arhuaco*, autoridades indígenas impuseram restrições à liberdade religiosa de alguns de seus membros que professavam crenças distintas das tradicionais. A Corte entendeu que a limitação da liberdade religiosas para fortalecer e garantir a sobrevivência da cultura tradicional seria admitida, podendo o grupo vetar o culto de outra religião em seu território. Não seria cabível, porém, impor pena a algum indígena por professar outra crença ou impedir sua participação em cultos fora do território. (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia SU-510/1998).

²³³ Dado o histórico de conflitos armados no país, Rodrigo Uprimny Yepes observa que a debilidade do debate político colombiano fez a Corte emergir como a única executora do projeto constituinte. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. A judicialização política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Tradução de Pedro Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 6, 2007, p. 64.

apresentem similitudes e diferenças; e iv) tratamento diferenciado a destinatários que se encontrem em situações similares a “iii”, mas em que as diferenças sejam mais relevantes que as semelhanças²³⁴. Para repensar as legislações aparentemente neutras, deve prevalecer o reconhecimento de que há situações bem distintas a serem examinadas, o que pode servir de guia ao caso brasileiro.

A jurisprudência da Corte é vasta e tem servido de barreira a projetos governamentais que desrespeitam os direitos indígenas. Em alguns casos, especialmente em sede de controle abstrato, o tribunal adota uma concepção conservacionista da identidade indígena. Por exemplo, a Corte considerou constitucional uma lei que exigia o vínculo de um indígena a um território específico para a isenção do serviço militar, sob o fundamento de que a norma seria um estímulo para garantir aos indígenas que continuassem vivendo “com os indígenas e como os indígenas²³⁵”. Com isso, procedeu-se a uma distinção indevida entre indígenas²³⁶, e pensou-se no direito como ferramenta instrumental para a manutenção de certas práticas culturais, desconsiderando-se as interações desses grupos com a sociedade nacional. No cômputo geral, porém, o balanço é bastante favorável à Corte, que não se furta a pensar na concretização ampla dos direitos desses povos.

Outro espaço de acolhimento de múltiplas cosmovisões tem sido a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui decisões importantes acerca da necessidade de respeitar as cosmovisões desses povos, de assegurar-lhes o acesso à justiça²³⁷, garantir o direito à consulta prévia, livre e informada²³⁸ e de levar em consideração a relação diferenciada que possuem com a terra²³⁹. Em mais de uma oportunidade, a Corte destacou que é indispensável que os Estados

²³⁴ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-624/2008.

²³⁵ “Pero, destaca la Corte, para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica. El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger **a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas.**” (grifos no original). Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-058/1994.

²³⁶ Para uma crítica ao caráter conservacionista das decisões da Corte, veja-se: ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 280-354.

²³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30/08/2010.

²³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08/10/2015. No mesmo sentido: Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27/06/2012.

²³⁹ Nesse sentido: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15/06/2005; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27/06/2012; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14/11/2014; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25/11/2015.

outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particularidades próprias dos povos indígenas, bem como suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes²⁴⁰.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem promovendo a equiparação de propriedades por meio de uma interpretação evolutiva do direito à propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo a Corte, este direito abarca a propriedade comunitária de comunidades indígenas e tribais, cuja tradição pressupõe um pertencimento baseado no grupo, na comunidade, e não no indivíduo. A maior parte da jurisprudência da Corte diz respeito aos povos indígenas, mas ela já analisou casos envolvendo outros povos tradicionais. No caso *Saramaka*²⁴¹, analisou a forma de organização daquele povo, e no caso de comunidades afrodescendentes *desplazadas* da Colômbia, sublinhou que os povos ou comunidades tribais, como as afrodescendentes, guardam com suas terras e com os recursos naturais uma relação especial²⁴².

A interpretação convencional do art. 21 será aprofundada em capítulo posterior. Por ora, cabe ressaltar que o enfoque adotado recusa uma interpretação unilateral e abre-se a outras interpretações, baseadas em outras culturas, com a preocupação de conferir-lhes o mesmo peso e voz nos diálogos interculturais.

Há decisões de outras Cortes que também merecem destaque. A Suprema Corte de Belize foi a primeira a aplicar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas ao reconhecer o direito do povo Maia da Vila de Santa Cruz ao território. No caso, a Corte valeu-se de uma interpretação evolutiva do art. 17.1 de sua Constituição para abarcar os direitos territoriais no âmbito do direito de propriedade²⁴³. Já a Suprema Corte de Filipinas, ao analisar a constitucionalidade da legislação indígena que seguia os termos da Convenção nº 169/OIT, foi enfática ao reconhecer que os direitos territoriais indígenas se equiparam à propriedade privada que lhes foi retirada pela colonização espanhola²⁴⁴.

A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos proferiu, em 2017, decisão inédita sobre povos indígenas ao reconhecer o direito do povo *Ogiek*, que vive no Quênia, às suas terras²⁴⁵.

²⁴⁰ Nesse sentido: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17/06/2005, § 63; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006, § 83; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007, § 178; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de 26/11/ 2008, § 96; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27/06/2012, § 264; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14/10/2014, § 167.

²⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007.

²⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20/11/2013.

²⁴³ Suprema Corte de Belize. Aurelio Cal et al v. Attorney General, julg. 18/10/2007.

²⁴⁴ Suprema Corte das Filipinas. Isagani Cruz and Cesar Europa v. Sec. of Environment and Natural Resources, julg. 06/12/2000.

²⁴⁵ Corte Africana de Derechos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017.

Foram narradas violações de direitos devido a episódios de deslocamentos internos e à permanente negação do território da comunidade no Complexo *Mau Forest*, uma floresta com a qual historicamente o referido povo manteve laços territoriais, culturais e espirituais. A Corte identificou uma trajetória de desterritorialização e assimilações forçadas que causou a marginalização persistente do povo *Ogiek* (§ 111), com fortes impactos na sua organização.

Em raciocínio similar ao da Corte Interamericana, a Corte africana valeu-se de uma interpretação do direito de propriedade previsto na Carta Africana²⁴⁶ que não se restringe aos indivíduos, devendo ser estendidos a grupos ou comunidades (§ 123). Além disso, o tribunal aludiu ao art. 26 da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, que estipula o controle dos territórios e dos recursos decorrentes de ocupação tradicional²⁴⁷.

O tribunal africano ressaltou ainda que a proibição da discriminação, contida no art. 2º da Carta, enseja um tratamento positivo que assegure o respeito ao tratamento diferenciado de um grupo e os mesmos direitos que outros grupos possuem em situação similar (§ 144). Ressaltou-se ainda o caráter religioso do território em questão, tendo em vista o caráter sagrado da floresta para os *Ogiek* e a importância da cultura na constituição do grupo. Nesse sentido, a Corte ressaltou que a proteção do direito à cultura vai além do dever de não destruir ou deliberadamente enfraquecer grupos minoritários, mas requer respeito e proteção de sua herança cultural no que for essencial à identidade do grupo (§ 179). Isso ganha maior relevo no caso de povos indígenas, que foram frequentemente afetados por atividades econômicas de grupos dominantes e programas de desenvolvimento em grande escala. Diante de uma vulnerabilidade decorrente do seu modo de vida, diz a Corte, tais povos foram submetidos a políticas deliberadas de exclusão, exploração, assimilação forçada e outras formas de perseguição, com claros prejuízos a sua distintividade cultural (§ 180).

Outro aspecto relevante é a interpretação que a Corte africana conferiu ao termo “povos”, previsto no art. 21 da Carta. O tribunal entendeu que ele é perfeitamente aplicável a grupos étnicos, não se restringindo à ideia clássica de elemento formador de um Estado nacional. Isso não significa que há um direito de secessão em favor dessas comunidades, mas permite interpretar inclusivamente diversos direitos, como o de uso de riquezas e recursos naturais e o direito ao desenvolvimento em seu próprio território (§ 201).

Por fim, cabe ressaltar a contribuição da Corte Constitucional da África do Sul para o enfrentamento das feridas coloniais, mediante um olhar crítico à legislação do *apartheid* e o recurso

²⁴⁶ O art. 14 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos prevê o direito de propriedade: “O direito de propriedade é garantido, só podendo ser afetado por necessidade pública ou no interesse geral da coletividade, em conformidade com as disposições de normas legais apropriadas”.

²⁴⁷ O art. 26.2 da Declaração assim dispõe: “Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido”.

às cosmovisões dos antepassados para interpretar institutos jurídicos. A segregação e a hierarquização social jogaram um papel fundamental na formação da África do Sul²⁴⁸, o que refletiu expressamente na legislação e no claro viés de confinamento dos negros em certas áreas. O tratamento do tema da moradia simbolizou a desigualdade naquele país, pois a segregação residencial era uma marca da política do *apartheid*, em que a população negra era impedida de ser dona e de ocupar terra fora das áreas reservadas pela lei²⁴⁹. Com o processo de urbanização acelerado, a população migrou à cidades e os problemas se agravaram.

O fim do *apartheid* trouxe novos ventos à África do Sul e uma nova Constituição²⁵⁰. O texto possui como valores fundamentais a dignidade humana, a igualdade, a promoção de direitos humanos e liberdades, o combate ao racismo e ao sexismo, a prestação de contas e a transparência. O texto prevê que uma pessoa ou comunidade desapossada de propriedade durante o *apartheid* por leis ou práticas racialmente discriminatórias tem direito à restituição da propriedade ou reparação (25.7²⁵¹). A seção 26 da Constituição estabelece o direito de toda pessoa a uma moradia adequada (26.1), devendo o Estado tomar medidas legislativas e outras que forem necessárias, conforme os recursos disponíveis, para conseguir a realização progressiva desse direito (26.2). O texto ainda estabelece que ninguém pode ser desalojado de sua casa, nem esta pode ser demolida sem ordem judicial, devendo ser analisadas todas as circunstâncias relevantes, estando proibida a legislação que permita remoções forçadas (26.3)²⁵².

A Corte Constitucional sul-africana já se debruçou em várias oportunidades sobre as condições básicas do direito à moradia e os deveres estatais na sua implementação, tanto no que se refere às remoções forçadas de ocupações (obrigações negativas), mesmo aquelas consideradas ilegais, como no que diz respeito ao desenvolvimento da política pública estatal (obrigações positivas). No caso *Port Elizabeth*, a Corte destacou a interdependência dos direitos de propriedade (seção 25) e de moradia (seção 26), e enfatizou que os últimos devem ser entendidos no contexto de

²⁴⁸ Sobre o tema e as diferentes compreensões acerca da identidade “africana”, veja-se: MBEMBE, Achille. As Formas Africanas de Auto-Inscrição. *Estudos Afro-Asiáticos*, Ano 23, nº 1, 2001, p. 171-209.

²⁴⁹ Segundo a Lei nº 52, de 1951, uma vez constatada a ilegalidade da ocupação, havia reintegração sumária e os ocupantes eram processados criminalmente, mesmo que tivessem nascido na terra e tivessem passado a vida inteira naquela área. A lei sobre áreas urbanas nativas (Native Urban Areas Consolidation Act nº 25), de 1945, estabelecia que aqueles que viviam em reservas rurais só poderiam vir à cidade como trabalhadores migrantes, de forma temporária.

²⁵⁰ Para uma visão mais crítica do proceso constituinte da África do Sul e da criação da Corte Constitucional para assegurar a hegemonia da elite branca no país, veja-se: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2004.

²⁵¹ “S.25 A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress”.

²⁵² “S.26 Housing: (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions”

negação de acesso ou privação de direito de propriedade no passado²⁵³. Ou seja, segundo o tribunal, a própria seção 25, que garante o direito de propriedade, fortalece a posição das pessoas que estão na situação precária das ocupações informais, devendo o Estado agir para garantir condições de acesso à terra²⁵⁴.

A importância da consideração do histórico de segregação racial foi reforçada no caso *Joe Slovo*, em que a Corte lembrou que nos tempos do *apartheid* grande parte da população não era tratada com humanidade e ressaltou o compromisso da Constituição com a superação da ferida colonial, garantindo-se um tratamento mais justo de pessoas em situação de ocupação tida como ilegal²⁵⁵. No caso *Blue Moonlight*, a Corte destacou que o contexto histórico é relevante para o entendimento da proteção constitucional contra privações arbitrárias de propriedade e acesso à moradia adequada, lembrando que a legislação do *apartheid* suprimia tanto o direito à moradia quanto o direito à propriedade de determinadas populações²⁵⁶. Em outro julgamento, a Corte reconhece expressamente que gerações de crianças ainda vão sofrer as consequências da pobreza e da falta de teto causadas pelas instituições do *apartheid*, devendo os recursos do Estado serem direcionados para facilitar o processo de reconstrução ante a vergonha e a dor do passado racista²⁵⁷.

A Corte já analisou leis discriminatórias que geraram a negação de terras a comunidades indígenas. No caso *Alexkor v Richtersveld Community*, o tribunal examinou todo o histórico de ocupação da comunidade *Richtersveld*, tendo enfatizado a importância de analisar a questão à luz do direito indígena como uma fonte independente, avaliando a questão da ocupação histórica sob a ótica da própria comunidade²⁵⁸. Outro aspecto relevante foi o impacto de leis racistas e discriminatórias, como o *Precious Stones Act*, que, em razão da descoberta de diamantes no

²⁵³ Corte Constitucional da África do Sul. *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*. 2004 (12) BCLR 1268 (CC). § 15.

²⁵⁴ Corte Constitucional da África do Sul. *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*. 2004 (12) BCLR 1268 (CC). § 19.

²⁵⁵ Corte Constitucional da África do Sul. *Residents of the Joe Slovo Community, Western Cape v. Thubelisha Homes and others* 2010 (3) SA 454 (CC). [63]

²⁵⁶ “Historical context is relevant to one’s understanding of the constitutional protection against arbitrary deprivation of property and to access to adequate housing. Apartheid legislation undermined both the right of access to adequate housing and the right to property. Section 25 prohibits arbitrary deprivation of property, but also addresses the need to redress the grossly unequal social conditions. Section 26 highlights the transformative vision of the Constitution.” Corte Constitucional da África do Sul. *City of Johannesburg Metropolitan Municipality v. Blue Moonlight Properties 39 Ltd. and Another*, (CCT 37/11) [2011] ZACC 33.

²⁵⁷ Corte Constitucional da África do Sul. *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT17/96) [1996] ZACC 16; 1996 (8) BCLR 1015; 1996 (4) SA 672 (25 July 1996).

²⁵⁸ Corte Constitucional da África do Sul. *Alexkor v Richtersveld Community. Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others* (CCT19/03) [2003] ZACC 18; 2004 (5) SA 460 (CC); 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (14 October 2003) § 51.

território, impediu o acesso da comunidade à terra, restringindo a extensão do território aos limites de uma pequena reserva (93).

Para enfrentar o passado e garantir um caminho de reconciliação, a Corte emprega o conceito de *ubuntu*, uma herança cultural no país. A expressão é mencionada na Constituição interina de 1993 e na lei de unidade nacional e reconciliação (Lei nº 34/1995) e contrapõe-se à ideia de vitimização. O *ubuntu* põe relevo no caráter comunitário e na interdependência dos membros da comunidade. Reconhece o *status* de cada ser humano, digno de respeito e dignidade, valor e aceitação incondicionais. Cada pessoa, porém, tem também o dever de oferecer o mesmo respeito, dignidade, valor e aceitação a cada membro da comunidade. A ideia de corresponsabilidade para o gozo de direitos por todos e o apego ao valor da vida e da dignidade humana são corolários do conceito, que, em seu sentido mais fundamental, significa personalidade e moralidade, expressando a solidariedade nas comunidades e a unidade coletiva. Seu espírito enfatiza o respeito pela dignidade humana, fazendo um deslocamento da confrontação para a conciliação. Na África do Sul, foi um conceito que teve ressonância particular na construção da democracia²⁵⁹.

2.5 Conclusões parciais: desconstruir as colonialidades e ressignificar conceitos

O percurso teórico e histórico realizado até aqui mostra que a construção de um diálogo intercultural não é fácil. Afora as dificuldades próprias da compatibilização entre perspectivas e cosmovisões diversas e entre direitos individuais e perspectivas dos grupos étnicos indígenas, há uma reação permanente e uma tendência de mitigar os efeitos da interculturalidade, por meio de leituras homogeneizantes dos institutos e da manutenção de padrões que aprofundam as colonialidades do poder, do ser e do saber.

O viés descolonial da proposta intercultural é a base para permitir a construção de qualquer universalismo de chegada ou hermenêutica diatópica. Ele permite romper com a lógica hierarquizante e assegurar um diálogo intercultural em igualdade de condições, que não se limite aos textos, exigindo a construção de interpretações e embates políticos. Inevitavelmente, diante da primazia de hierarquizações promovidas pela modernidade, os processos interculturais emergem com o jogo em andamento, e o placar é adverso. Nesse ponto, a desobediência epistêmica, de que fala Catherine Walsh, ou a adoção de medidas “afirmativas” com viés “transformativo”, de Nancy Fraser, são posturas essenciais para que se ultrapassem as barreiras do multiculturalismo meramente ornamental e sejam tocadas as feridas coloniais mais profundas.

²⁵⁹ Corte Constitucional da África do Sul. *S v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC) at paras 224-7; 241-51; 263 and 307-13.

A discussão sobre territórios indígenas é emblemática neste ponto, pois enfrenta interesses que a modernidade capitalista sempre assegurou e fez questão de defender em face dos povos nativos, em nome da propriedade privada e da “utilidade” do bem. No debate sobre terras indígenas, a histórica concentração fundiária e a negação de direitos de propriedade colidem com uma outra concepção de uso da terra, que é imobilizada para o mercado e impede a apropriação por terceiros. Como reação a esses direitos territoriais, o genocídio, mesmo quando reconhecido, é tratado como fato consumado cuja responsabilidade não pode ser atribuída aos beneficiários do latifúndio e do histórico processo de espoliação das terras desses grupos, de maneira a minimizar os seus pleitos.

Walter Benjamin alerta que a história é objeto de uma construção cujo lugar é constituído não por um tempo vazio e homogêneo, mas por um tempo preenchido pelo agora. Assim, articular historicamente o passado não significa reconhecê-lo tal como ele foi, mas apoderar-se de uma recordação quando ela surge “como um clarão num momento de perigo”. Os que sempre saíram vitoriosos costumam integrar o “cortejo triunfal que leva os senhores de hoje a passar por cima daqueles que hoje mordem o pó”, sendo os despojos também levados no cortejo, aos quais se dá geralmente o nome de patrimônio cultural²⁶⁰. Benjamin observa que não há, porém, documento de cultura que não seja também documento de barbárie, ou seja, que não carregue consigo, em ruínas, os efeitos da dominação sobre os oprimidos.

O papel de quem investiga o processo histórico é escovar a história a contrapelo, ou seja, ir contra as suas versões oficiais e colocar em evidência a tradição dos oprimidos. Esta mostra, segundo Benjamin, que o “estado de exceção” em que se vive é a regra, de modo que, em contraponto ao historicismo, que propõe a imagem “eterna” do passado (a ideia de “era uma vez”) e busca estabelecer nexos causais entre vários momentos da história, é necessário compreender que o passado traz consigo um índice secreto que o leva à redenção. Mostra-se necessário enxergar o presente como uma parte que contém dentro de si ligações inafastáveis com a história da humanidade, e escrever a história no “sentido contrário”, do ponto de vista dos oprimidos, não apenas aqueles em sujeições de classe, mas também mulheres, judeus, ciganos, negros, povos indígenas e os párias de todos os cantos²⁶¹.

Pensar nos povos indígenas e na formação do Brasil pressupõe discutir criticamente as construções e os esquecimentos que vêm se operando na história oficial, e refletir, no caso, sobre o papel performático do direito em favor desses fenômenos, mesmo após a Constituição de 1988, que advoga o pluralismo e o reconhecimento de autonomia a esses grupos. Ao mesmo tempo, urge realizar subversões epistêmicas e potencializar as brechas existentes, além de pensar em mecanismos de coparticipação na interpretação constitucional.

²⁶⁰ BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. Ebook. Pos. 64.

²⁶¹ Nesse sentido, veja-se: LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 39.

Faz-se necessário incorporar as muitas histórias perdidas de famílias, afetos, adultos e crianças que atravessaram as fronteiras étnicas, repensar o país na sua complexidade e singularidade e apontar a defasagem das categorias derivadas de modelos jurídicos coloniais²⁶².

²⁶² OLIVEIRA, João Pacheco de. O nascimento do Brasil: revisão de um paradigma historiográfico. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 71.

3. LEGISLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO: A VISÃO COLONIAL E COLONIALISTA SOBRE OS POVOS INDÍGENAS

erro de português

Quando o português chegou

Debaixo de uma bruta chuva

Vestiu o índio

Que pena!

Fosse uma manhã de sol

O índio tinha despido

O português.

(Oswald de Andrade²⁶³)

3.1. Introdução

A distinção entre memória e história, feita por Pierre Nora²⁶⁴, permite compreender as hierarquizações do presente e a perpetuação de dominações em favor dos vencedores, em contraposição aos despojos a que se apegam os vencidos. Longe de serem sinônimos, memória e história são ideias opostas. A memória é sempre carregada por grupos vivos e está em permanente evolução, aberta à dialética da lembrança e do esquecimento, inconsciente de suas deformações sucessivas, vulnerável a todos os usos e manipulações, suscetível de longas latências e de repentinas revitalizações, ao passo que a história é a reconstrução sempre problemática e incompleta do que não existe mais.

A memória é algo sempre atual, um elo vivido no eterno presente; a história, uma representação do passado. A memória baseia-se em lembranças vagas, particulares ou simbólicas, sensível a todas as transferências, censo, censura ou projeções. Já a história, por ser uma operação intelectual e laicizante, impõe análise e discurso crítico. A memória provém de um grupo que ela une, logo existem tantas memórias quantos grupos existem, sendo, por

²⁶³ ANDRADE, Oswald. erro de português. In: _____. *Poesias reunidas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. Kindle Edition. Pos. 2474.

²⁶⁴ NORA, Pierre. Entre memória e história: A problemática dos lugares. Tradução de Yara Aun Khoury. *Proj. História*, São Paulo, 10, jul/dez, 1993, p. 07-28.

natureza, múltipla e desacelerada, coletiva, plural e individualizada. Já a história, ao contrário, é de todos e ao mesmo tempo não é de ninguém, o que lhe dá uma vocação para o universal.

As autorrepresentações nacionais constroem uma história oficial, na qual heróis e episódios marcantes são cultivados e “lugares de memória” são criados. Esses lugares de memória compreendem discursos, ritualização de condutas cívicas, símbolos e valores, e produzem de maneira colateral os esquecimentos que esse conjunto de narrativas elabora. Os esquecimentos tornam inferiores e insignificantes os fatos e personagens envolvidos e não possuem monumentalidade nem grandiosidade²⁶⁵.

Embora a inferiorização tenha sido uma forma permanente de tratamento dos povos indígenas desde a colonização, a construção da história oficial elaborou algumas percepções que moldaram o imaginário. João Pacheco de Oliveira menciona a existência de pelo menos quatro regimes de memória diferenciados que se misturam hoje na compreensão das trajetórias e do papel dos indígenas em nossa sociedade²⁶⁶. Da visão do paraíso terrenal²⁶⁷, passa-se, em um segundo regime de memória, a uma distinção entre o índio colonial, amistoso, que trabalha nas fazendas e é recrutado nos aldeamentos, e o índio bravo, que é inimigo de guerra e merece ser escravizado, fruto das distinções já produzidas pelo Regimento de Tomé de Souza, de 17 de dezembro de 1548²⁶⁸.

É no século XIX, porém, que se constroem as imagens que mais se enraizaram e persistem até hoje. No Brasil pós-independência, construiu-se um terceiro regime de memória, no qual a figura do indígena vai desempenhar um papel importante na narrativa de fundação da nação, como parte de uma identidade brasileira que difere de Portugal. A literatura vai contribuir para a elaboração de um passado mítico, em que o indígena ocupa o

²⁶⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de. As mortes do indígena no império do Brasil: o indianismo, a formação da nacionalidade e seus esquecimentos. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 75-116.

²⁶⁶ Ibid., p. 7-44.

²⁶⁷ Em seus relatos de viagem, a atenção de Colombo está voltada à falta de vestimentas, o que seria, segundo Todorov, um sinal da falta de propriedades culturais, o que os associaria ao paraíso bíblico, pois os homens só teriam passado a vestir-se após a expulsão do paraíso, quando a identidade cultural se inicia. Cf. TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone Moi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 20. Veja-se também: HOLANDA, Sérgio Buarque. *Visão do Paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil*. 3ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

²⁶⁸ O regimento contém orientações distintas quanto aos tratamentos a serem dispensados aos Tupinambás, tidos como inimigos, e aos Tupiniquins, vistos como aliados. Os primeiros devem ter suas aldeias e povoações destruídas e uma parte deve ser morta ou escravizada para dar exemplo e castigo a todos. Já os Tupiniquins, que são inimigos dos Tupinambás, devem receber auxílio e até terras: “e alguns dos ditos gentios quiserem ficar na terra da dita Bahia, dar-lhe-eis terra para sua vivenda, de que sejam contentes, como vos bem parecer”. Disponível em: http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/1.3_Regimento_que_levou_Tom_de_Souza_0.pdf Acesso em 06 ago. 2017.

papel do cavaleiro feudal do romantismo europeu²⁶⁹. Os indígenas são os legítimos senhores da terra, os primeiros brasileiros, o que remete a uma existência no passado²⁷⁰ e cuja imagem está reduzida ao exótico e ao repetitivo, em completa falta de sintonia com a realidade que os grupos étnicos estavam vivenciando no contexto pós-independência. Na mesma época, o uso retórico de nomes indígenas para denominar linhagens e títulos era uma prática constante, apesar da ausência de conexão das elites imperiais com a cultura e os interesses indígenas reais²⁷¹. Qualquer alusão a um indígena concreto corria – e corre até hoje - o risco de ser acusada de fraudulenta.

Na República, um quarto regime de memória vai retomar o indianismo, mas para tratar de um indígena atual, de carne e osso, pelo qual se nutre simpatia, mas que está distante, embrenhado nas matas, e não vive entre nós. Esse indígena não nos é familiar e também é idealizado como primitivo, por isso desperta o interesse da opinião pública, desde que não interfira no projeto nacional, calcado em uma certa ideia de desenvolvimento e no progresso. Há uma busca de um indígena tradicional, genérico, que precisa ser tutelado para integrar-se à civilização.

Para a compreensão do “índio genérico”, acresça-se a esses regimes de memória as quatro mentalidades que Roberto Cardoso de Oliveira elencou para esquematizar o tratamento dos povos indígenas²⁷²: estatística, romântica, burocrática e empresarial. A mentalidade estatística pergunta: por que nos preocuparmos com alguns milhares de índios, se o grande problema é o destino de um país com milhões de habitantes? A mentalidade romântica carrega a visão estereotipada e ingênua do bom selvagem, que desumaniza o indígena e serve para

²⁶⁹ Cf. BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*. 49ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 96-97.

²⁷⁰ A recorrência do tema da “morte” dos indígenas simbolizava a inexistência ou insignificância contemporânea, podendo ser tratada de forma gloriosa, como na poesia de Gonçalves Dias, trágica, conforme “O Guarani”, de José de Alencar, ou vegetal, como adaptação simbiótica para a construção de um ser novo, como ocorre em “Iracema”, de José de Alencar”. Os seguintes trechos do poema “I-Juca Pirama” demonstram a perspectiva lírica do nativismo de Gonçalves Dias: “Meu canto de morte, Guerreiros, ouvi: / Sou filho das selvas,/ Nas selvas cresci;/ Guerreiros, descendo/ Da tribo tupi. / Da tribo pujante,/ Que agora anda errante/ Por fado inconstante,/ Guerreiros, nasci;/ Sou bravo, sou forte,/ Sou filho do Norte; Meu canto de morte,/ Guerreiros, ouvi”. A própria expressão “Juca Pirama” significa, em tupi, “aquele que vai morrer”. Sobre a influência do romantismo indianista na construção da imagem do indígena no Brasil, veja-se: OLIVEIRA, João Pacheco de. As mortes do indígena no império do Brasil: O Indianismo, a formação da Nacionalidade e seus esquecimentos. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016.

²⁷¹ A designação de lugares, grupos políticos e periódicos passa a remeter a nomes indígenas. Como exemplo, pode-se citar a cidade de Niterói, antes Praia Grande, que ganha este nome de origem tupi (“água que se esconde”) em 1834. Outro exemplo é o jornal produzido por José Bonifácio de Andrada e Silva durante os debates da constituinte de 1823, que se chamava “O Tamoio”. Nesse sentido, veja-se: SPOSITO, Fernanda. *Nem cidadãos, nem brasileiros: Indígenas na formação do Estado nacional brasileiro e conflitos na província de São Paulo (1822-1845)*. São Paulo: Alameda, 2012, p. 42.

²⁷² OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. O Índio na Consciência Nacional (1965). In: _____. *A sociologia do Brasil indígena (ensaios)*. São Paulo: Editora da USP, 1972, p. 67-76.

tratar como imperdoáveis as “faltas” que os autóctones cometem quando não atendem ao modelo pré-estabelecido. A mentalidade burocrática é aquela dos agentes públicos e funcionários, que, salvo aqueles imbuídos de espírito humanitário, se mostra indiferente e pouco sensível à temática, reforçando a ideia dos indígenas como “questão” ou “problema” a serem resolvidos. A mentalidade empresarial prega a transformação de áreas indígenas em empresas, dedicadas à produção e ao lucro, como se o indígena só pudesse ser considerado um civilizado se adentrasse o mundo do trabalho dos brancos²⁷³.

Quando as terras se tornam formalmente mercadorias, em 1850, e a propriedade privada é introduzida na legislação de terras, a consolidação de um modelo autoritário de ação indigenista de homogeneização da população, apoiado nas transformações promovidas pela percepção liberal de cidadania e de tratamento igual de todos os cidadãos perante o Estado, favorecerá a operação, nos documentos estatais, de uma perspectiva que igualmente decreta a morte dos indígenas, desta vez para reconhecê-los imiscuídos na “massa” da sociedade nacional.

Com a República, a omissão da Constituição de 1891 sobre a temática consolida a apropriação de terras dos índios pelos Estados, que as consideram devolutas. A legitimidade dessa titularidade será buscada nos tribunais mesmo após as previsões constitucionais, que assegurariam desde 1934 os direitos dos índios às suas terras. A sociologia das ausências apresenta-se, então, com clareza, por meio da inferiorização do seus modos de vida e do tratamento dual entre primitivos e civilizados, e o regime tutelar será o mote para reduzir ou negar as suas terras, exigindo a presença física nas áreas e ignorando os processos de apropriação por que os grupos haviam passado e os modos abusivos de formalização da propriedade.

A Constituição de 1988, ao ser precedida de um processo político em que os indígenas demandaram o reconhecimento de terras e o respeito ao modo tradicional de ocupação, abre um novo capítulo nesta história, pois a partir dela a territorialidade não pode prescindir da construção da interpretação pelos próprios indígenas, ditas por eles mesmos, apartada de paradigmas integracionistas ou de leituras reducionistas que tentam legitimar a concentração fundiária. A construção da norma jurídica oriunda do art. 231 não pode mais estar vinculada à mentalidade colonizada do passado, pois isso seria afrontoso ao próprio projeto

²⁷³ Contemporaneamente, Alcinda Ramos descreve a imagem do índio hiper-real, para tratar da idealização que os brancos aliados dos indígenas projetam neles: um indígena dependente, sofredor, vítima do sistema, íntegro em suas ações e intenções e de preferência exótico. Segundo a antropóloga, esta imagem, desconectada do índio real, coloca os defensores dos direitos indígenas como “amigos remotos”, que no fundo não tem grande ou alguma intimidade existencial ou intelectual com os índios. Cf. RAMOS, Alcinda Rita. O Índio Hiper-real. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 10, p. 5-14, junho de 1995.

constitucional, que não admite o silêncio sobre o genocídio e a espoliação territorial que perpetuam as desigualdades e as cidadanias de segunda classe.

Não surpreende, é verdade, que haja uma tentação em interpretar o texto constitucional com o olhar voltado ao retrovisor, homologando-se como fato consumado a concentração de terras em poucas mãos. Apegar-se ao discurso assimilacionista e reduzir o alcance do art. 231 da Constituição são manifestações de regimes de memória ainda presentes, pois conferem ênfase à exigências de demonstração de indianidade e de traços distintivos estigmatizantes, a serem apreciados por quem se coloca externamente ao indígena.

A crença de que os índios iriam desaparecer ou integrar-se à sociedade nacional não se confirmou. As memórias e os esquecimentos devem servir como contrapontos aos diversos mecanismos de que as elites se valeram para legitimar a concentração fundiária. Nesse ponto, a interculturalidade demanda que a interpretação constitucional esteja atenta não apenas à pluralidade, mas os despojos, aos vencidos, às feridas coloniais e à afirmação étnica.

Neste capítulo, o objetivo é examinar o tratamento histórico conferido aos índios, desde o período colonial, com as repercussões legislativas, culminando nas transformações provocadas pela Constituinte de 1987/1988.

3.2. Legislação colonial: os processos de assimilação e as estratégias adaptativas

Apesar das políticas de “pacificação” e de extermínio e de todos os esforços para tornar o elemento indígena uma mera lembrança do mito de fundação da nação, a tarefa não foi exitosa. Pessoas e grupos resistiram e amoldaram-se às realidades que lhes eram proporcionadas, mas não deixaram de manter-se de alguma forma vinculados entre si e mediadas por um território. Quando foi possível conquistar um regime jurídico mais favorável, capaz de proporcionar ganhos e benefícios, a afirmação étnica floresceu e trouxe à tona a necessidade de reivindicar direitos.

A compreensão dos diversos projetos destinados aos indígenas, desde o período colonial, permite identificar que, embora os indígenas de hoje não são os mesmos de ontem, não é possível discutir o acesso à terra sem debruçar-se sobre a visão colonial e colonialista e suas consequências para esses povos.

3.2.1 Os aldeamentos controlam, as sesmarias concentram

As grandes navegações e a chegada ao “Novo Mundo” provocaram um intenso debate sobre o direito de portugueses e espanhóis àquelas terras e ao exercício de jurisdição sobre os povos conquistados. Em 1493, antes mesmo do Tratado de Tordesilhas (1494), a Bula Pontifícia *Inter Coetera*, do papa Alexandre VI, determinara a doação, concessão e dotação perpétua aos reis de Castela e Leão das terras firmes e ilhas desconhecidas, descobertas ou por descobrir, situadas a ocidente da Europa. Esta bula era utilizada como fundamento da titularidade daquelas terras e da imposição da fé cristã aos povos nativos, legitimando a ação invasora e outorgando poder, autoridade e jurisdição absoluta, com exclusividade, aos reis de Castela e Leão, aos quais incumbia o encargo de evangelizar o novo mundo.

Na América espanhola, onde os embates com indígenas foram deflagrados precocemente em razão da descoberta de minas de ouro e prata, as relações com os nativos acirraram-se mais rapidamente. A figura do *requerimiento*²⁷⁴, por meio da qual os espanhóis faziam a leitura de um documento para solicitar aos índios a sujeição ao rei, e as *encomiendas*²⁷⁵ eram formas de submissão dos indígenas à Coroa espanhola. Quando eles não aceitavam, havia guerras, com mortes em grande escala e escravização. Os horrores dessas guerras foram denunciados, e a Igreja foi obrigada a discutir os fundamentos da evangelização.

No famoso debate entre Frei Bartolomé de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda, por trás da definição da existência ou não de “alma” dos indígenas, a questão que atraía maior atenção do poder político da época era o fundamento do domínio sobre as novas terras e a jurisdição/domínio naquelas áreas. Las Casas denunciava as violências praticadas e a pouca preocupação com a doutrina evangelizadora, contestando as guerras injustas e defendendo a conversão pacífica²⁷⁶, além de defender o direito natural de exercício de jurisdição dos povos nativos sobre aquelas terras, ainda que fossem infiéis, ao passo que Sepúlveda sustentava a

²⁷⁴ O *requerimiento* consistia em um documento cuja leitura era feita na presença de um oficial do rei aos índios. Caso os índios ficassem convencidos da dominação espanhola pela leitura, que se dava sem intérprete, não poderiam ser escravizados. Se não aceitassem, seriam punidos. Cf. TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone Moi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 80.

²⁷⁵ As *encomiendas* eram um instituto que criava a obrigação para os índios de prestar serviços e tributos aos espanhóis, em troca da educação cristã e de proteção. Cf. GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. Buenos Aires: Catálogos, 2007, p. 62.

²⁷⁶ LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O paraíso destruído: A sangrenta história da conquista da América*. Tradução de Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 145.

legitimidade das guerras travadas pelos espanhóis e a submissão dos indígenas pela escravidão natural.

A prevalência da posição de Las Casas, por representar o reconhecimento de direitos daqueles povos sobre aquelas terras, demandou a adoção de parâmetros e justificativas para o desenvolvimento das chamadas “guerras justas” contra os povos infiéis. As guerras justas pressupunham causas específicas e modos de proceder específicos dos nativos²⁷⁷ para justificar a escravização de grupos inimigos ou que resistissem à fé cristã. O papel da Igreja, que era central na evangelização, passou a ser essencial também na ocupação dos territórios e no estabelecimento de relações com os povos conquistados.

No Brasil, o debate também influenciou a condução da política colonial. Se, nos primórdios da ocupação, não tendo sido encontrados os minérios, havia meras trocas de comércio, em especial do pau-brasil, sem grandes interferências nos espaços e nas organizações dos indígenas, o Regimento de 17 de dezembro de 1548, de Tomé de Souza, inaugurará efetivamente a colonização, destinando tratamento diferenciado aos aliados e reservando as “guerras justas” aos inimigos. A doutrina da guerra justa impunha a punição aos infiéis, mas exigia que fossem estabelecidas relações com os grupos amistosos, para que estes garantissem a ocupação e manutenção da terra e o reforço no combate aos resistentes.

A política de construção de aldeamentos de índios, que perdurou dos séculos XVI a XIX, representou a inserção das populações aliadas na ordem colonial. Os aldeamentos eram espaços, organizados no início por missionários religiosos, por meio do qual se exercia o controle espiritual e a dominação sobre o trabalho dos indígenas. Era uma medida que aplacava a hostilidade dos índios e permitia a catequese. Em muitos lugares, havia uma disputa entre missionários e colonos pelos índios de determinado lugar, sendo que os dois projetos podiam provocar a descaracterização e a desintegração de uma comunidade – seja por meio da evangelização, seja por meio de trabalhos forçados. Por serem objeto de interesse de indígenas, colonos e missionários, os aldeamentos ganhavam contornos específicos em cada localidade, conforme as alianças existentes e as circunstâncias sociais e econômicas de produção²⁷⁸.

Os aldeamentos cumpriam um papel auxiliar à expansão da fronteira econômica e permitiam à administração portuguesa chegar aos chamados “sertões”, designação genérica para os lugares desconhecidos da administração e que eram ocupados por índios ditos

²⁷⁷ Nesse sentido, veja-se: VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. 3ª ed. Espasa Calpe: Madrid, 1975.

²⁷⁸ Deslocados para os aldeamentos, os indígenas aprendiam a língua geral, um idioma próprio que unificava a comunicação entre índios de etnias diferentes, e podiam – mediante certas imposições - adquirir hábitos desejados pela Coroa. De um lado, a Coroa e os missionários, especialmente os jesuítas, desejavam torná-los súditos cristãos e seguidores; de outro, os colonos queriam tê-los como mão de obra “domesticada”.

selvagens, onde reinaria a “desordem” e a “barbárie”²⁷⁹. Os aldeamentos continham três funções relevantes: i) ofereciam terra e proteção aos índios, ii) tratavam os índios como súditos cristãos para a Coroa e para os missionários; iii) representavam a liberação de mão de obra para os colonos. Para recrutar os indígenas, eram realizados os “descimentos”, que consistiam no deslocamento dos índios para os aldeamentos criados. Estavam, assim, assentadas as bases para o desenvolvimento do modelo econômico colonial²⁸⁰.

Esta política integrava-se ao modelo de concessão de terras pela Coroa, baseado no instituto da sesmarias. Instituídas em Portugal em 1375 para enfrentar uma crise econômica agravada pela grande peste, as sesmarias consistiam em concessões de uma porção de terra ao interessado, sob a condição de cultivo, com vistas a garantir, naquele país, a produção agrícola e impedir o despovoamento do interior²⁸¹. O sesmeiro não era proprietário, mas possuía um direito perpétuo e alienável que lhe assegurava transferir o título por herança. No Brasil, as sesmarias foram pensadas como um instrumento de viabilização econômica da colônia para a metrópole e tornaram-se um instrumento cujo poder político e simbólico era muito mais desejado e relevante do que o territorial.

Em muitas situações, as sesmarias eram concedidas a um interessado como prêmio, agradecimento por expedições contra quilombos ou “hordas selvagens” ou por haver atendido a determinados favores, representando ascensão social e prestígio. Embora se mantivesse a exigência de cultivo, sob pena de expropriação, pouco ou nada era apurado quando ao uso adequado da extensão de terra concedida e não havia limites quanto ao tamanho da terra. Enquanto em Portugal o costume acabava por valorizar a ocupação da terra, no Brasil ele favorecia a concentração fundiária.

As concessões de sesmarias não eram acompanhadas de procedimentos para a sua regularização, o que acabava eximindo, na prática, os sesmeiros da obrigação de medir e demarcar a terra. Com isso, o documento era o marco zero da ocupação e servia como declaração incontestável da área ocupada, sendo a carta, por si só, representativa do poder simbólico do sesmeiro. Por essa razão, não causa estranheza o fato de as cartas terem sido

²⁷⁹ Cf. ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfozes indígenas: Identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 88.

²⁸⁰ A legislação indígena do período reflete a dualidade entre o tratamento de índios aliados e a necessidade de utilização de mão de obra, dividindo-os em grupos de aldeados e de escravizados. As escravizações eram admitidas em determinadas condições, como as “guerras justas” e as expedições de resgate de índios que houvessem sido escravizados por outros grupos étnicos. Como poucas normas, porém, tinham caráter geral, já que eram editadas conforme as situações práticas do cotidiano, as leis, alvarás e cartas régias anulavam-se e reconstruíam-se conforme as relações de poder na colônia e a influência sobre o rei e os conselheiros. Cf. ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfozes indígenas: Identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 116.

²⁸¹ Cf. VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21.

utilizadas mesmo após a abolição do instituto, em 1822²⁸². Após um vazio normativo, a legislação de terras de 1850 legitimaria e homologaria os títulos existentes²⁸³.

Mesmo diante da concentração provocada pelas concessões de sesmarias, a legislação colonial continha um tratamento protetivo às terras dos índios, cuja referência é o alvará (ou provisão) de 1º de abril de 1680. O ato trata especificamente da regulação do abastecimento de trabalhadores para a cultura das chamadas drogas do sertão no Maranhão e define um aproveitamento dos indígenas em três finalidades: um grupo ficaria nas lavouras necessárias para a conservação das suas famílias e sustento dos índios que serviam como mão de obra; outra frente atenderia aos moradores da região; um terceiro grupo ofereceria apoio à atuação de missionários em descimentos para a formação de novas aldeias.

Aos indígenas que viessem do sertão deveriam ser assegurados lugares convenientes para lavrarem e cultivarem, não podendo ser transferidos contra sua vontade, nem obrigados a pagar tributos sobre as terras, ainda que estivessem dadas em sesmaria a particulares. É neste trecho que o alvará deixa claro que essas terras, ainda que tivessem sido concedidas como sesmaria, deveriam respeitar o direito dos índios, primários e naturais senhores dela²⁸⁴. Esta frase final será repetida em outros documentos e servirá como fundamento à defesa do chamado “direito originário” dos índios sobre as terras.

A teoria do indigenato, que será desenvolvida por João Mendes Júnior em 1912, vai tratar o Alvará de 1º de abril de 1680 como o marco referencial do caráter originário e primário da posse dos indígenas sobre a terra. Com efeito, segundo Mendes Júnior, a previsão de que os indígenas eram senhores naturais e primários da terra representava um título congênito independente da concessão de sesmarias e diferente da ocupação, a qual correspondia a um título adquirido. O indigenato consiste, assim, em uma fonte distinta de título, que não se confunde com a mera posse, mas com a reserva de área aos indígenas²⁸⁵.

²⁸² A partir de um caso concreto, a Resolução nº 76, de 17 de julho de 1822, estabeleceu: “Fique o suplicante na posse das terras que tem cultivado e suspendam-se todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa”. Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. Coleção das decisões do governo do Império do Brasil de 1822. Rio e Janeiro: Imprensa Nacional, 1887, p. 62-63.

²⁸³ Esse cenário dava ensejo à prevalência dos sesmeiros que detinham mais poder econômico e que podiam impor à força sua presença, pois estavam em melhores condições de afirmar que determinada terra lhes pertencia. Nos processos de identificação, as cartas de sesmarias apresentavam-se como um documento de propriedade e prescindiam de comprovação de medição e demarcação de terras e cultivo, uma vez que um juiz meramente atestava os dizeres do requerimento. Muitos dos pareceres apenas mencionavam que havia sido feita a medição e demarcado o território, sem qualquer indicação de que havia sido utilizado algum campo de conhecimento especializado para tanto.

²⁸⁴ O trecho é o seguinte: “destas se reservaria sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos índios primários e naturais senhores dela” (atualização ortográfica). Cf. PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na Legislação Colonial. *Revista De Direito da USP*, v. 95, 2000, p. 115.

²⁸⁵ MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912, p. 47.

Como se verá, esta argumentação será utilizada para buscar o reconhecimento das terras dos índios após a promulgação da Lei de Terras.

3.2.2 O Diretório dos Índios (1755) e a aceleração de políticas assimilacionistas

A ascensão de Marquês de Pombal em Portugal, no século XVIII, provocou a adoção de medidas com o fim de modernizar o absolutismo português e secularizar a administração. Diversas providências foram adotadas para incrementar o comércio e afastar o controle religioso sobre a política colonial. Em 1755, foi editado o Diretório dos Índios, que buscava equiparar os indígenas aos demais súditos da Coroa. Inicialmente voltada à região amazônica (Pará e Maranhão), a medida objetivava imiscuir os indígenas no restante da população e permitir a convivência entre indígenas e não indígenas nos mesmos espaços. O ato proíbe a escravidão de indígenas e transforma os aldeamentos em vilas, nas quais indígenas e não indígenas conviveriam, devendo os casamentos interétnicos ser incentivados. O uso da língua geral foi abolido, estimulando-se, desde então, o português. Em 1757, o Diretório foi publicado, e a Carta Régia de 8 de maio de 1758 estendeu suas diretrizes a todo o país.

O diretório estabelecia uma política de intensa assimilação, destinada a transformar os índios em vassallos do rei, acabando com costumes existentes nos aldeamentos e com discriminações contra a população autóctone²⁸⁶. Isso, contudo, não impediu a repetição da disposição do Alvará de 1º de abril de 1680 ao tratar da inserção de moradores nas áreas ocupadas por indígenas e estipular que “de nenhum modo poderão possuir as terras, que na

²⁸⁶ A administração das aldeias caberia a um diretor (não religioso, pois desejava-se afastar a influência de jesuítas, que se formalizou por sua expulsão do país, em 1759), que deveria estabelecer uma disciplina interna menos deferente aos costumes indígenas, pela “lastimosa rusticidade” com que haviam sido educados, buscando-se a persuasão pelos ditames da racionalidade. Há em todo o texto uma avaliação crítica quanto ao estado dos aldeamentos, pois as povoações estavam reduzidas, e o ato especula sobre as razões, apontando como causas a exploração abusiva da mão de obra indígena pelos moradores e a ocorrência de violências contra os índios como causa de retorno aos “matos” em que nasceram. O diretório manda persuadir os índios a adquirirem trabalho com que se possam vestir como “pessoas”, não se admitindo que andassem nus. Há um forte incentivo à propagação da fé cristã, apesar do afastamento de missionários religiosos. Determina-se que os índios sejam persuadidos a construir casas decentes, “desterrando o abuso, e a vileza de viver em choupanas a imitação dos que habitam como bárbaros o inculto centro dos sertões”. O diretório estabelece que as vilas sejam ocupadas não apenas por indígenas, mas também por moradores. Para garantir a formação e crescimento das vilas, o diretório estabelece um número mínimo de 150 moradores para se misturarem aos índios. Cf. BRASIL. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Directorio, que se de observar nas povoações dos índios do Pará, e Maranhão: em quanto Sua Magestade não mandar o contrário. 1758. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1929/directorio.pdf?sequence=1>> Acesso em 20 nov. 2017.

forma das Reais Ordens de Sua Majestade se acharem distribuídas pelos índios, perturbando-os da posse pacífica delas”.

Apesar de o diretório tentar misturar os moradores com os indígenas nas freguesias ou vilas, as distinções mantinham-se presentes – seja no tratamento como índio, seja na definição da localização em aldeias dentro da vila ou freguesia -, inclusive em documentos oficiais. Maria Regina Celestino de Almeida relata vários exemplos, entre eles o mapa da freguesia de Itaguaí, de 1797, no qual quase metade dos moradores tinha uma localização específica de “aldeia dos índios de Taguai” e o mapa das vilas da comarca do Rio de Janeiro de 1816, que continuava fazendo referência às aldeias, distinguindo-as das vilas e freguesias do mesmo nome²⁸⁷. A própria nomenclatura “aldeamentos” ainda seria muito utilizada no século XIX, em conjunto com a de “vilas” e “freguesias”.

O Diretório foi revogado pela Carta Régia de 12 de maio de 1798²⁸⁸. Idealizando a aceleração dos processos de assimilação, a Carta aboliu qualquer tipo de tratamento diferenciado aos índios, restituindo-lhes os mesmos direitos que os dos demais súditos. O documento diagnosticava uma certa estabilidade na política do diretório com relação aos índios aldeados e buscava eliminar um degrau na assimilação paulatina, aprofundando a homogeneização das povoações. Apesar da revogação e de certo vazio legislativo posterior, porém, o modelo do diretório continuou sendo utilizado e chegou a ser restabelecido no século seguinte em legislações locais²⁸⁹, servindo de inspiração à política e à legislação do segundo reinado.

No final do século XVIII, a preocupação começava a deixar de ser com os indígenas em aldeamentos e passava a direcionar-se àqueles que estavam “embrenhados nos matos”, para os quais a rainha Maria mandou alterar o sistema até então adotado, ordenando que fossem preparados para a comunicação e trato com outros homens. Foram proibidas pela Carta de 1798 as guerras ofensivas ou hostilidades a “nações de gentios” e vedado o auxílio nas guerras entre grupos diversos. Essa orientação foi brevemente interrompida pelas Cartas Régias de 1808 e 1809, já durante a regência de Dom João VI, que mandavam realizar a

²⁸⁷ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfoses indígenas: Identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 204.

²⁸⁸ A Carta Régia de 1798 promoveu a emancipação dos índios aldeados de seus diretores, equiparando-os a outros habitantes no mercado de trabalho. Já os não aldeados – ou “tribais” - que fossem recrutados para o trabalho receberiam o tratamento como órfãos, sob a supervisão do juiz de órfãos. Tratava-se da mesma proteção destinada a escravos libertos. Tratava-se de uma tutela orfanológica aplicada aos indígenas recém-“amansados” ou “domesticados”. Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 24-25.

²⁸⁹ Um exemplo é o Decreto nº 298, de 01 de agosto de 1843, da província do Ceará, que restabeleceu a vigência do Diretório dos Índios. Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 186-187.

guerra justa contra os índios botocudos, em Minas Gerais e São Paulo, e sua escravização, com a tomada de suas terras²⁹⁰. Após a independência, porém, o tratamento dos “índios bravos” voltaria a ser marcado pela política de aproximação que havia sido sinalizada no final do século XVIII.

É possível entender a visão colonial sobre a realidade do início do século XIX pelo tratamento conferido aos indígenas por Caio Prado Jr. em “Formação do Brasil Contemporâneo”. O autor, que tem uma visão simpática às reformas pombalinas por precipitarem a integração dos índios, relata que os grupos indígenas “de verdade” estavam limitados no país a regiões de selva e àquelas em que não havia contato com a colonização (por exemplo, a Amazônia, o norte do Mato Grosso, a região do vale do rio Doce (MG) e a região entre o rio Paraná e o rio Uruguai), restando nas outras regiões a presença dos chamados índios “mansos”, que se misturavam com a população brasileira e se distribuíam por todas as capitanias:

Este contingente índio, bastante numeroso, se pode considerar definitivamente incorporado à população da colônia. Fora este o resultado principal das leis de Pombal. Ele participa da mesma vida, e embora sofrendo as contingências da sua raça bastarda e as dificuldades de adaptação a um meio estranho, vai-se integrando nela paulatinamente. Em grande parte pelo cruzamento que já não encontra os obstáculos que lhes opunham os antigos diretores eclesiásticos. Mas além dos cruzamentos que vão diluindo o seu sangue, o índio é aos poucos eliminado por outras causas. As moléstias contribuem para isso grandemente, as bexigas em particular, e também as moléstias venéreas. Elas produzem verdadeiras hecatombes nessas populações ainda não imunizadas. Depauperam-nos os vícios que a civilização lhes traz: a embriaguez é o mais ativo deles. A aguardente se revelara o melhor estímulo para levar o índio ao trabalho: a colonização se aproveitará largamente dela. A isso crescem os maus-tratos, um regime de vida estranho... A população indígena, em contato com os brancos, vai sendo progressivamente eliminada e repetindo mais uma vez um fato que sempre ocorreu em todos os lugares e em todos os tempos em que se verificou a presença, uma ao lado da outra, de raças de níveis culturais muito apartados: a inferior e dominada desaparece. E não fosse o cruzamento, praticado em larga escala entre nós e que permitiu a perpetuação do sangue indígena, este estaria fatalmente condenado à extinção total²⁹¹.

Ao contrário do que Caio Prado Jr. afirma, a progressiva eliminação e a incorporação paulatina não eram um projeto natural. Elas expressavam a dominação que se exercia sobre os índios, por meio de violências reais e simbólicas, com desestruturação étnica e fortes impactos na sua organização. Os indígenas sofreram violências de todas as formas neste processo, já

²⁹⁰ *Ibid*, p. 66-72.

²⁹¹ PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 110.

que se sujeitavam a um modelo de confinamento em territórios e direção colonial, com impactos na mortalidade de pessoas e na grande quantidade de epidemias.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o contexto de dominação não colocou o indígena em uma posição integralmente passiva. Sem minimizar o genocídio provocado pelo empreendimento colonial, os aldeamentos também funcionavam como espaço de recriação de identidades. Mesmo no contexto de dominação, os índios colocavam-se politicamente e negociavam benefícios e ganhos. Os aldeamentos, que haviam sido concebidos para disciplinar – e não para dizimar – os índios também foram construídos por eles. Em alguns lugares, quando dos “descimentos”, a vontade dos índios era um fator importante para o ingresso nos aldeamentos e dependia do sopesamento, por parte deles, entre as dificuldades nos sertões e as condições que poderiam encontrar.

Havia uma situação de tensão nos sertões, com ameaças de escravização e extermínio, em que aceitar o aldeamento dependia de negociações que implicavam promessas e colaborações de ambos os lados, a depender do que estava em jogo. Afinal, a despeito do controle que se desejava estabelecer, a política de alianças era necessária para Portugal e pressupunha uma convivência amistosa. Um exemplo de negociação ocorreu em 1745, no Piauí, quando a nação do gentio Acroasú e o superintendente de guerra, capitão-mor Antonio Gomes Leite, firmaram ajuste de pazes em que os indígenas exigiam que nenhum branco lhes faria dano ou vexação alguma e que teriam toda a terra que lhes fosse necessária para as suas roças, sem que pessoa alguma os perturbasse²⁹².

Nos aldeamentos, diversas etnias acabavam convivendo entre si, e os índios passavam a partilhar uma experiência nova e comum, transformando suas culturas e ressignificando valores e tradições. Desenvolviam adaptações àquela realidade e percebiam-se como grupo étnico e social específico, cuja identidade era moldada a partir daquela nova realidade. Havia, de fato, um empobrecimento das aldeias, que estavam em condições precárias, mas elas ainda constituíam espaços importantes para o exercício mínimo de direitos. Muitas delas existiam há muito tempo e viveram as diversas transformações da legislação colonial. Mesmo pertencendo à mesma aldeia, é bem provável que os índios do século XVIII já não guardassem tantas semelhanças com os índios do início da colonização. Todavia, o fato de estarem juntos naquele espaço lhes garantia o pertencimento e a identidade como grupo para lutar por direitos como índios aldeados, especialmente por terra e trabalho.

Uma série de transformações viria a ocorrer no século seguinte, notadamente em razão da formação do Estado-nação, do advento do discurso de cidadania e da instituição da propriedade privada.

²⁹² ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfoses indígenas: Identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 112.

3.3 “Cidadanização” e “nacionalização” dos povos indígenas no século XIX: propriedade privada e subtração de direitos específicos

No século XIX, as terras ocupadas pelos índios passaram a ser objeto de maior atenção. Em boa parte do país, a discussão da terra tornou-se mais relevante que o tema da mão de obra indígena²⁹³. A retórica de brandura no tratamento dos índios bravos, que já havia sido mencionada pela Carta Régia de 1798, será a linha predominante da política oficial, devendo ser mencionadas como exceção pontual as cartas régias de Dom João VI, em 1808 e 1809, que declaravam guerra justa aos botocudos, fazendo ressurgir, pelo menos em relação àqueles grupos, a escravidão, algo que o diretório pombalino de 1755 já havia proibido.

Ao longo dos anos, o sistema de sesmarias passou a ser fortemente criticado em razão da obrigatoriedade do cultivo, pois esta exigência contrariava princípios liberais e colidia com o caráter de proteção quase absoluta da propriedade que se começava a defender. Em 1822, as sesmarias foram abolidas no Brasil, mas os conflitos e querelas não cessaram, pois a definição de titularidade de terras contrastava com documentos de concessão e não havia o efetivo cumprimento das contraprestações de cultivo, medição e demarcação.

Após a independência, as diretrizes liberais vão, enfim, dar consistência ao processo de “nacionalização” e “cidadanização” de indígenas, o qual caminhará unido ao projeto de liberação e normalização do mercado de terras, mediante a previsão do direito de propriedade. Não mais como súditos do rei ou vinculados à Igreja, mas como cidadãos, os indígenas passavam a ser tratados de maneira uniforme, com igualdade perante a lei. Esse tratamento, porém, só lhes trazia perdas, pois a homogeneização atendia à expansão de fronteiras econômicas, excluindo os nativos da posse de seus territórios. Processos similares ocorriam em outros países da América Latina, como o México²⁹⁴. Como afirma Souza Filho, a legislação indigenista do século XIX foi construída de maneira tal que cada nó contém uma

²⁹³ CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *Legislação indigenista no século XIX*. São Paulo: Edusp, 1992, p. 4.

²⁹⁴ No México, por exemplo, a crítica à chamada “república de índios”, agrupamentos sociais que gozavam de certa autonomia política na América espanhola – formado por indígenas e não indígenas -, e a defesa do desaparecimento da categoria “índios”, para que renascessem como mexicanos, faziam parte do projeto nacional. O decreto de 15 de abril de 1831, que mandava substituir a palavra “indígena” por “mexicanos de antiga origem”, era caudatário desta política. Cf. MOREIRA, Vania Losada. Deslegitimación de las diferencias étnicas, “ciudadanización” y desamortización de las tierras de índios: apuntes acerca del liberalismo, el indigenismo y las leyes agrarias em México y Brasil em la década de 1850. In: DE JONG, Ingrid. *Las poblaciones indígenas em la conformación de las naciones y los Estados em la América Latina decimonónica*. Ciudad de México: El Colégio de México, CIESAS, Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán, 2016, p. 139-140.

afirmação e muitos silêncios, e “a claridade que a perpassa apenas revela o estranho idioma no qual compaixão se traduz por morte²⁹⁵”.

A garantia de direitos civis e políticos não redundou na garantia de espaços em iguais condições aos indígenas, e estes continuaram gozando de posições inexpressivas na história, como atores coadjuvantes que atuam em favor de interesses alheios e apenas reagem a estímulos externos colocados pelos europeus²⁹⁶. A cidadania foi, em tese, outorgada aos indígenas, com igualdade jurídica, mas com o efeito necessário de que essas populações fossem tratadas como invisíveis e imaginadas (quase “fantasmas”), sem qualquer protagonismo social e carentes de relevância política. Tratados como lembrança histórica, os índios deveriam ser conduzidos à integração nacional, à modernidade, à urbanização e à mestiçagem²⁹⁷. Constituíram-se, na prática, cidadanias diferenciadas, cidadãos de segunda classe, com hierarquização das sociedades e estabelecimento de privilégios para certos grupos²⁹⁸.

O documento “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”, de 1823, de José Bonifácio de Andrada e Silva, é ilustrativo da política indigenista do século XIX, tendo inspirado o indigenismo republicano, com ideias que se consolidaram no imaginário nacional. O documento preconiza o aperfeiçoamento do método dos jesuítas para aldear índios bravos, por meio da brandura e da concessão de benefícios. Embora preguiçosos e mal-agraçados com os brancos, dizia Bonifácio, os índios bravos eram capazes de civilização, desde que se adotassem os meios próprios e houvesse constância e zelo na sua execução. Essa inferioridade poderia ser neutralizada pelo meio social²⁹⁹.

²⁹⁵ Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª ed. 8ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 98.

²⁹⁶ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfoses indígenas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 25.

²⁹⁷ Cf. ESCOBAR OHMSTEDTE, Antonio. Ciudadanias diferenciadas em los procesos de conformación de las naciones y los estados em el siglo XIX (México, Bolivia, Colombia). In: DE JONG, Ingrid. *Las poblaciones indígenas em la conformación de las naciones y los Estados em la América Latina decimonónica*. Ciudad de México: El Colégio de México, CIESAS, Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán, 2016, p. 73.

²⁹⁸ A concessão dos direitos civis e políticos não se estendia, de maneira alguma, a negros escravizados – que eram objeto de direito – e a indígenas tidos como hostis ou bravos, ou seja, àqueles que resistiam ao contato ou à integração à comunhão nacional. Viviam-se uma curiosa combinação: apenas os índios bravos mereciam ser considerados indígenas (índios “de verdade”) – e, por conseguinte, não cidadãos –, ao passo que os índios “mansos”, que se imiscuíam na massa da população, despiam-se da condição de indígena para almejar, enquanto indivíduos, a cidadania.

²⁹⁹ Ele afirma que o “homem no estado selvático” e, em especial, o “índio bravo”, era preguiçoso porque tinha poucas ou nenhuma necessidade. O índio bravo não seria nem bom nem mal, mas um mero autômato, cujas molas poderiam ser colocadas pelo exemplo, pela educação e por benefícios: “Newton, se nascera entre os Guaranis, seria mais um bípede, que pesara sobre a superfície da terra; mas um Guarani criado por Newton talvez que ocupasse o seu lugar. Cf. ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Imperio do Brazil. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *Legislação*

Elogiando as intenções do diretório de 1755, que visava, segundo ele, a combater a miséria e o atraso da agricultura, Bonifácio considerava imprescindível resgatar o legado da contribuição e dos métodos jesuítas, mas com o controle leigo. Propõe a criação de novas aldeias, a agricultura de gêneros alimentícios e a criação de gados. Entre os meios a serem utilizados, destaca a justiça, recomendando que os índios não sejam mais esbulhados, “pela força, das terras que ainda lhes restam, e de que são legítimos senhores, pois Deus lha deu”. Bonifácio reconhece, assim, na esteira do indigenato, o caráter primário e congênito das terras dos índios. Caso houvesse interesse nas terras indígenas, ele propõe que elas deveriam ser compradas³⁰⁰.

A Constituição brasileira de 1824 não tratou expressamente dos povos indígenas, mas a diretriz de tratamento diferenciado para índios mansos e bravos, especialmente no segundo reinado (1824-1889), foi dominante desde então. Segundo esta concepção, os índios mansos, por se misturarem na sociedade nacional, estavam diluídos na população, o que autorizava os pleitos pela extinção de aldeamentos ou a sua conversão em freguesias ou vilas, negando qualquer tratamento específico de terras para esses índios. O aldeamento era destinado apenas aos índios bravos, como forma de concentrá-los e liberar os “sertões”, especialmente em locais de colonização recente. Tais posturas variavam conforme a região em que ocorriam e constituíram duas etapas de um mesmo processo de expropriação.

Em 1831, as Cartas Régias que haviam declarado guerras aos botocudos foram revogadas pela lei de 27 de outubro, e a escravidão daqueles índios foi abolida. O art. 4º da lei previa que os índios libertados passariam a ser considerados órfãos, sob os cuidados do juiz de órfãos, na forma das Ordenações Filipinas. Essa lei era bastante específica, cuidando dos índios botocudos, e não de todos os índios do país, de modo que a tutela orfanológica só se aplicaria aos índios que haviam sofrido os efeitos das guerras³⁰¹. Com a edição do Decreto de 03 de junho 1833, que atribuiu, de forma provisória, aos mesmos juizes de órfãos a administração de bens pertencentes aos índios de todo o país, passou-se a entender que aqueles magistrados deveriam exercer a representação de todos os índios, não apenas quanto aos bens, mas também em relação a quaisquer outros atos da vida civil. A tutela orfanológica, longe de ser uma medida protetiva, legitimava o etnocentrismo e a tomada de decisões em

indigenista no século XIX. São Paulo: Edusp, 1992, p. 347-360.

³⁰⁰ Outras propostas de Bonifácio eram a abertura de comércio, o favorecimento de casamentos interétnicos, a criação de colégios de missionários, o estabelecimento de presídios militares em distâncias necessárias e adequadas – para garantir que os missionários fossem respeitados pelos índios –, a realização de bandeiras para buscar novos índios bravos a serem aldeados e a atuação para impedir a introdução da bebida cachaça nas aldeias.

³⁰¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª ed. 8ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 94.

nome dos índios quanto a aspectos mais essenciais de suas vidas. Esse regime prevaleceria por quase cem anos, até ser substituída pela tutela estatal³⁰².

A adoção de uma regulamentação geral sobre as aldeias só veio a ocorrer por meio do Decreto nº 426, de 24 de julho de 1845, que estabeleceu uma ampla organização administrativa inspirada no Diretório de 1755. O regulamento, de caráter mais administrativo que político, tinha a preocupação de avaliar a necessidade de manutenção de aldeias. Era importante, naquele momento, identificar se elas poderiam ser agrupadas, extintas ou transferidas. Nesse sentido, o decreto atribuiu ao Diretor-Geral de Índios de cada província funções de examinar o estado em que se achavam as aldeias, informar ao governo a conveniência de sua conservação, ou remoção, ou reunião de duas ou mais em uma só³⁰³.

Embora extenso, o Decreto nº 426/1845 não continha disposições mais centrais sobre a distribuição da terra. A consolidação da desamortização de terras de uso comum e a instituição da propriedade privada só ocorreram efetivamente com a introdução da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a chamada Lei de Terras, que promoveu a concentração fundiária nas mãos de poucos proprietários e o avanço sobre as terras que estavam imobilizadas para o mercado e sobre as populações que não dispunham de recursos, com forte repercussão nas comunidades indígenas.

3.3.1. A desamortização de terras pela legislação e a construção da teoria do indigenato

³⁰² A tutela orfanológica legitimou, por exemplo, a perda de “pátrio poder” de mães indígenas, quando o Superior Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão negou, em 1898, à indígena Helena a guarda de seu filho Antônio Solimões, decidindo em favor do juiz de órfãos, pois este teria atribuições especiais em relação às pessoas e bens dos índios. A mãe, por ser “selvagem” e não entender a língua portuguesa, cujo conhecimento seria requisito para a entrada do índio na vida social, deveria também estar sujeita à jurisdição do juiz de órfãos. Cf. *Ibid*, p. 92.

³⁰³ Os diretores-gerais mandavam quesitos aos diretores de aldeias, perguntando-lhes se havia índios aldeados ou nômades, de raça pura ou mestiça, a quantidade de pessoas e a existência de pessoas não indígenas (Cf. MATTOS, Izabel Missagia de. O indigenismo na transição para a república: fundamentos do SPILTN. In: FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (org.). *Memória do SPI: textos, imagens e documentos sobre o serviço de proteção aos índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio – FUNAI, 2011, p. 160). Cabia também ao Diretor-Geral propor ao presidente da província a demarcação dos distritos das aldeias, e fazer demarcá-las. Caso a aldeia já estivesse estabelecida e estivesse em lugar povoado, o distrito estaria limitado às terras originariamente concedidas (§ 11). Para atrair os índios às aldeias, deveriam ser empregados meios lícitos, brandos e suaves (art. 1º, § 19), na esteira do que José Bonifácio já havia proposto. Os casamentos interétnicos deveriam ser estimulados, e a religião católica, apoiada, mas não forçada (§ 20). Os índios não deveriam ser constrangidos a servir particulares (§ 28) nem avexados com exercícios militares (§ 29).

A Lei nº 601/1850 viabilizou a mercantilização da terra e a transição da mão de obra escrava para o trabalho livre³⁰⁴. Ela marca a transmissão do patrimônio fundiário da Coroa para os particulares e estabelece a conceituação de terras devolutas, separando o público do privado e proibindo os apossamentos³⁰⁵. A norma buscava regulamentar a situação de terras tidas como sem dono ou não utilizadas e resolver os conflitos referentes à titularidade em razão de títulos divergentes de concessões de sesmarias. As resoluções foram praticamente homologatórias do regime anterior, com o reconhecimento dos títulos concedidos e a proibição de aquisição de terra devoluta que não fosse por compra. Com isso, excluiu-se do acesso às terras uma grande parcela da população.

Antes da Lei de Terras, as sesmarias concedidas em período anterior a 1822 (ano em que se decretou o fim deste instituto) e que foram confirmadas já eram tratadas como propriedade privada, por força da Constituição de 1824. Já as sesmarias não confirmadas se encontravam sem proteção jurídica, por isso foram revalidadas e tratadas como propriedade privada, desde que estivessem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de quem os representasse, ainda que não tivesse sido cumprida qualquer das condições com que foram concedidas (art. 4º). Havia ainda as situações de posse, para as quais o art. 5º da lei assegurou a chamada “legitimação de posse”, cujos requisitos eram a posse mansa e pacífica, adquirida por “ocupação primária” ou havida do primeiro ocupante, que se achassem cultivadas, ou com princípio de cultura (art. 5º), e morada habitual do respectivo posseiro, desde que a sesmaria não excedesse o tamanho de outras da mesma comarca. No caso de posseiros, para obter os títulos dos terrenos, eles deveriam pagar por isso e não poderiam hipotecá-los nem aliená-los por qualquer modo (art. 11).

Pelo desenho legal, terras que não se encontrassem nas categorias anteriores ou não estivessem destinadas a algum domínio público (prédios públicos, escolas, uso governamental, praças etc) eram tratadas como terras sem ocupação, ou seja, terras devolutas. Nesse grupo poderiam estar as terras ocupadas por povos indígenas, pessoas escravizadas fugidas (em quilombos ou não), ribeirinhos, pescadores etc. Ao contrário do que é normalmente afirmado, a classificação de terras devolutas não corresponderia, pois, necessariamente a terras desocupadas, já que se refere a terras legalmente não adquiridas, sem

³⁰⁴ No mesmo ano (1850), a Lei Eusébio de Queirós aboliu o tráfico de pessoas escravizadas.

³⁰⁵ Cf. VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7.

direito de propriedade assegurado, atingindo em cheio uma grande quantidade de pessoas que ficou excluída do mercado formal de terras³⁰⁶.

Detalhando a previsão legal, o Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, estipulava que todo possuidor de terras, que tivesse título legítimo da aquisição do seu domínio, por posse ou por concessão de sesmária não medida, não confirmada ou não cultivada, tinha garantido o domínio, sendo desnecessário revalidar ou legitimar os títulos, tampouco adquirir novos para poderem gozar, ou alienar, os terrenos que se achavam no seu domínio (art. 23). O art. 24 do regulamento trata das posses que estariam sujeitas à legitimação, entre as quais aquelas que estavam em poder de primeiro ocupante e não tivessem outro título que não fosse a ocupação. No caso de terras em poder de segundo ocupante, a legitimação seria necessária, desde que a terra não houvesse sido adquirida por título legítimo. As terras que se achassem em poder do primeiro ocupante, enquanto posseiro, até a data da publicação do regulamento, e tivessem sido alienadas contra a proibição do art. 11 da Lei nº 601/1850 também deveriam ser legitimadas.

Embora de caráter liberal, a Lei de Terras não inibia a concentração fundiária nem as propriedades corporativas imobilizadas (de Igreja e Câmaras Municipais, por exemplo), tampouco atingia as concessões sobrepostas de sesmárias. As mudanças não proporcionaram qualquer alteração na realidade fundiária ou uma mudança de titularidade em relação a certos bens. Com relação ao destino das populações vulneráveis, porém, a norma produzia consequências inegáveis³⁰⁷. As modalidades de apropriação de terras que mais sofreram os impactos da legislação foram aquelas baseada no uso comum, que se situavam à margem do sistema econômico dominante, sobretudo em áreas de desagregação ou de decadência da produção agrícola, e cuja posse gozava de algum respeito, em que camponeses, indígenas, pessoas escravizadas e alforriadas, populações de quilombos e outros buscavam condições materiais de existência e formas específicas de apropriação que não se confundiam com o

³⁰⁶ Sobre o tema, veja-se: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 66-79.

³⁰⁷ No México, a Ley Lerdo, de 1856, com objetivos similares ao da Lei nº 601/1850, exerceu a mesma pressão sobre terras ocupadas pelos indígenas, mas tinha também outros alvos, como as propriedades corporativas – propriedades de “manos muertas”, ou seja, que eram imobilizadas para o mercado de terras (bens municipais, bens de povos e comunidades, como as indígenas, bens da igreja) – estavam na mira da legislação, em especial as terras da Igreja Católica. O uso corporativo da terra era um obstáculo que deveria ser suplantado pela propriedade privada. MOREIRA, Vania Losada. Deslegitimación de las diferencias étnicas, “ciudadanización” y desamortización de las tierras de índios: apuntes acerca del liberalismo, el indigenismo y las leyes agrarias em México y Brasil em la década de 1850. In: DE JONG, Ingrid. *Las poblaciones indígenas em la conformación de las naciones y los Estados em la América Latina decimonónica*. Ciudad de México: El Colegio de México, CIESAS, Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán, 2016, p. 148.

modelo ordenado pela Coroa³⁰⁸. Apesar de não disporem de títulos formais, tais grupos haviam exercido até então vínculos com aquelas terras e eram tolerados no regime anterior.

A Lei nº 601/1850 não detalha a situação das terras indígenas, contendo apenas a previsão de que terras devolutas seriam reservadas para a colonização de indígenas (art. 12). A Decisão nº 92, de 21 de outubro de 1850, do Ministério do Império, direcionada ao Presidente da Província do Ceará, editada pouco mais de um mês após a lei de terras, é mais clara a respeito da política que se pretendia adotar nos aldeamentos. O documento afirma que, em razão do estado em que se encontravam as terras dos índios, elas deveriam ser sequestradas e incorporadas aos próprios nacionais, “por julgar não poderem ter mais aplicação ao fim a que foi originariamente destinadas³⁰⁹”. Afastava-se a aplicação do Regulamento nº 426/1845, por entender que não existiam no local “hordas de índios selvagens”, mas apenas “descendentes deles confundidos na massa da população civilizada”. Manda, assim, incorporar aos próprios nacionais as terras que não estivessem ocupadas, que deveriam ser consideradas devolutas e aproveitadas na forma da Lei nº 601/1850. No mesmo sentido, a Decisão nº 44, de 21 de janeiro de 1856, do Ministério da Fazenda, direcionada ao Inspetor da Thesouraria da Província de Goiás, aponta que as extintas aldeias de índios deveriam ser considerados bens vagos, pertencentes aos domínio nacional e devoluto³¹⁰.

O Decreto nº 1.318/1854 previu a colonização e o aldeamento de indígenas, os quais seriam destinados apenas às “hordas selvagens” (art. 72³¹¹). Terras devolutas deveriam ser concedidas para aldear essas populações, cabendo a inspetores e agrimensores identificar o “número provável de almas” e o grau de dificuldade ou facilidade para o aldeamento – sob uma perspectiva colonialista, obviamente -, bem como indicar o local e a extensão de terras adequada para esta finalidade. As terras reservadas para a colonização seriam destinadas ao usufruto dos indígenas e não poderiam ser alienadas, e o regulamento dá a entender que essas colônias seriam mantidas enquanto perdurasse o estágio “atrasado” de civilização.

O regulamento prevê a figura das “terras reservadas”, que seriam terras devolutas destinadas à colonização e aldeamento de indígenas nos distritos em que houvesse “hordas

³⁰⁸ Cf. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de Quilombo, Terras Indígenas, “Babaçuais Livres”, “Castanhais do Povo”, Faxinais e Fundos de Pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2ª ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 142.

³⁰⁹ Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 213-214.

³¹⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 238-239.

³¹¹ “Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.”

selvagens” (art. 72). Constatada a existência dessas hordas, os inspetores e agrimensores estimariam a quantidade e fariam a avaliação da facilidade ou dificuldade de aldeamento, informando na sequência ao Diretor Geral das Terras Públicas e indicando o lugar para o estabelecimento do aldeamento e os meios de obtê-lo, bem como a extensão de terra necessária (art. 74). As terras reservadas seriam então destinadas aos indígenas como usufruto, não podendo ser alienadas enquanto não fosse concedido o pleno gozo dessas áreas, a depender do estágio de civilização. As declarações dos registros das terras de índios seriam feitas pelos encarregados da administração de seus bens, no caso o juiz de órfãos (art. 94).

Souza Filho observa que sempre houve a dificuldade de colocar os territórios indígenas em forma jurídica, sendo comum a utilização de expressões vagas como “ficam reservadas”, “reservam-se”, “reservados os direitos”. A expressão “terras reservadas” podia indicar tanto aquelas que a autoridade efetivamente reservara para formar aldeamentos, como também as congenitamente possuídas, pois o termo “reservado” se referia, no início, aos direitos dos índios às terras que possuíam e posteriormente passou a designar também aquelas que o Poder Público achava melhor para aldear povos indígenas, como transparece da leitura do art. 72 do regulamento³¹². Assim, as leis caracterizam as terras reservadas ora como terras congênitas que já pertenciam aos índios, ora como terras que foram especificamente destinadas ao atendimento desses grupos, para efeitos de projetos de colonização.

Seguiu-se à legislação uma política agressiva sobre as terras de aldeias. Vários Estados (Ceará³¹³ e Pernambuco³¹⁴ são alguns exemplos) apressaram-se em extinguir aldeamentos³¹⁵ e a apropriar-se dessas terras, alegando não haver indígenas nelas. Iniciava-se um modelo que via nas reservas criadas o instrumento de normalização do mercado de terras na região, regularizando-se a propriedade fundiária e criando-se “cercos de paz” em terras de confinamento dos índios, o que se consolidará no indigenismo republicano.

Com vistas a facilitar a desamortização de terras, três atos normativos dão legitimidade ao processo de extinção de aldeamentos e serão muito mencionados no século seguinte para garantir a titularidade dessas terras aos Estados-membros. O primeiro deles é a Lei 1.114, de 27 de setembro de 1860, que autorizou o governo a aforar ou a vender os terrenos pertencentes às antigas missões e aldeias de índios que se encontrassem abandonadas,

³¹² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª ed. 8ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 126.

³¹³ Nesse sentido: Decisão nº 110, de 31/05/1854. Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 229-230.

³¹⁴ Nesse sentido: Aviso nº 160, de 21/07/1858. Cf. *Ibid*, p. 254.

³¹⁵ Também chamados de aldeias ou vilas de índios.

devendo ceder a parte que julgasse suficiente para o cultivo das que neles ainda permanecessem (art. 11, § 8º). Com isso, o governo completava a desamortização e detinha poderes discricionários para dar destinação às terras, sendo-lhe facultado conceder uma parte delas aos índios, se assim requeressem.

O segundo é o Decreto nº 2.672, de 20 de outubro de 1875, que autorizou o governo a alienar as terras das aldeias extintas que estivessem aforadas, impondo aos índios os ônus de legitimação e revalidação. As terras onde pudessem ser fundadas vilas ou povoações e as que fossem necessárias para logradouros públicos fariam parte das municipalidades, que poderiam cobrar foros para abertura e melhoramentos das estradas vecinais. Por fim, a Lei nº 3.348, de 20 de outubro de 1887, estabeleceu que as aldeias extintas seriam transferidas às províncias e que os foros das extintas aldeias de índios que não houvessem sido remidos passariam a pertencer aos municípios onde existissem esses terrenos.

Esse conjunto normativo inaugurado pela lei de terras consagrou a distinção entre índios mansos e índios bravos proposta por José Bonifácio e desencadeou um processo de espoliação que exercia permanente pressão sobre os indígenas – seja como “hordas selvagens”, seja como índios “confundidos com a massa da população”. Manuela Carneiro da Cunha descreveu o fenômeno com precisão:

O processo de espoliação torna-se, quando visto na diacronia, transparente: começa-se por concentrar em aldeamento as chamadas 'hordas selvagens', liberando-se vastas áreas, sobre as quais seus títulos eram incontestes, e trocando-as por limitadas terras de aldeias; ao mesmo tempo, encoraja-se o estabelecimento de estranhos em sua vizinhança; concedem-se terras inalienáveis às aldeias, mas aforam-se áreas dentro delas a estranhos; deportam-se aldeias e concentram-se grupos distintos; a seguir, extinguem-se aldeias a pretexto de que os índios se acham 'confundidos com a massa da população'; ignora-se o dispositivo da lei que atribui aos índios a propriedade das terras das aldeias extintas e concedem-se-lhes apenas lotes dentro delas; reverterem-se as áreas restantes ao Império e depois às províncias que as repassam aos municípios para que as vendam aos foreiros ou as utilizem para a criação de novos centros de população. Cada passo é uma pequena burla, e o produto final, resultante desses passos mesquinhos, é uma expropriação total³¹⁶.

Para agravar a situação, a omissão da Constituição de 1891 quanto ao tratamento dos índios e a previsão nela contida de que as terras devolutas pertenciam aos Estados (art. 64) gerariam um aprofundamento da tomada de terras dos indígenas em âmbito regional, sob o argumento de que as áreas que ocupavam deveriam obedecer ao regime jurídico daquelas terras públicas. Com base no texto constitucional, os Estados passaram a estipular em seus

³¹⁶ Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 23.

textos normativos que os antigos aldeamentos, quando ou se abandonados, convertiam-se em terras devolutas. Tais entes procederam a uma análise superficial da legislação existente para concluir que o único regime jurídico admitido seria o das terras reservadas, que consistiriam em terras devolutas destinadas à formação de colônias para abrigar “hordas selvagens” (art. 72). Os indígenas situados em aldeias e aldeamentos, “integrados” na população nacional, não teriam direitos específicos e estariam sujeitos às mesmas regras aplicáveis aos posseiros.

Contra a interpretação adotada pelos Estados, emergiu uma análise dissonante sobre aquele arcabouço normativo. A teoria do indigenato, formulada em 1912 por João Mendes Júnior, resgatou o Alvará de 1º de abril de 1680 para diferenciar as terras dos índios e os institutos da ocupação e das terras reservadas previstas nos artigos 72 a 75 do regulamento. Em sua argumentação, Mendes Jr. ressalta que o fundamento da fixação dos indígenas em aldeamentos e das “hordas selvagens” em suas terras era o indigenato do Alvará de 1º de abril de 1680, que não havia sido revogado pela legislação dos século XIX.

Segundo a teoria do indigenato, o título dos índios decorre do simples fato de serem índios, não se exigindo qualquer legitimação. Trata-se de título congênito, que não se confunde com títulos adquiridos, por isso a ideia de “primariedade” diz respeito ao momento do nascimento do título, que não dependeria de qualquer legitimação. Essa distinção enseja um regime que, diferente da ocupação, não exige a observância de requisitos de legitimação. O indígena não teria apenas *jus possessionis*, mas também *jus possidendi*, reconhecido desde o Alvará de 1680 como direito congênito. Por outro lado, a ocupação, prevista no art. 3º da lei, estaria sujeita à legitimação, por se tratar de *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae*, ou seja, terras que eram de ninguém. No caso das terras de índios, cujo título é congênito, esse tratamento não seria cabível. É por isso que, quanto aos índios estabelecidos em suas terras, não haveria simples posse, mas título de domínio, sem ser necessária a legitimação de posse.

Nesse ponto, diante da ausência de menção a qualquer tipo de formalidade de legitimação de posse aos indígenas aldeados, já que o art. 72 do regulamento tratava unicamente das colônias indígenas para “hordas selvagens”, Mendes Jr. observa que tanto os aldeamentos como as terras ocupadas por “hordas selvagens” estariam protegidos pelo indigenato. Não eram terras devolutas, mas terras tão particulares como aquelas possuídas por ocupação legítima, ou seja, originariamente reservadas da devolução, nos termos do Alvará, inclusive em relação às sesmarias³¹⁷. Em outras palavras, antes de qualquer colonização, as terras de “hordas selvagens” pertenciam, pelo indigenato, aos índios. O art. 24 do Regulamento 1.318 teria, segundo Mendes Jr., chancelado este entendimento ao prever que

³¹⁷ MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912, p. 60.

as posses do primeiro ocupante garantem um título distinto. O indígena, com base no título do indigenato, também seria um primeiro ocupante. Ele conclui, assim, que o regulamento de 1854 confirmou o Alvará de 1º de abril de 1680.

Diante dessa formulação, depreende-se que a destinação de terras devolutas para a colonização indígena, mencionada no art. 74 do regulamento, refere-se a terras especialmente destacadas e que implicariam o deslocamento dos indígenas para um local específico, distinto de seu território anterior. Por conseguinte, salvo no caso de aldeamentos formalmente extintos, nos termos da Lei nº 3.348/1887, pode-se dizer que as terras dos índios não se incorporaram ao patrimônio estadual, mesmo após a Constituição de 1891, pois as terras reservadas não se confundiam com as terras devolutas³¹⁸ e sempre estiveram ocupadas e ostentavam essa condição desde antes das leis liberais.

Há, portanto, uma necessária distinção a ser feita: a lei de terras não declarou as terras dos índios (“mansos” ou “bravos”) devolutas, mas destinou terras devolutas para a colonização de índios. Logo, as terras que eram dos índios jamais poderiam ser consideradas devolutas; e só seriam consideradas devolutas as terras em que se situavam aldeamentos formalmente extintos. Seguindo o raciocínio da teoria do indigenato, chega-se à conclusão de que uma sucessão de leis autorizou o respeito às terras dos índios: o Alvará de 1º de abril de 1680; o Diretório de 1755; art. 12, I, da Lei nº 601/1850 e arts. 72, 73 e 75 do Decreto 1.318/1854, os quais foram complementados pela legislação do século seguinte³¹⁹.

A construção de João Mendes Júnior influenciou o debate constitucional sobre a matéria no século XX, com repercussões no presente, mas não impediu que o processo de apropriação de terras dos índios fosse avassalador. Aldeamentos eram extintos de forma fraudulenta, antes e depois de 1891, e não se reconheciam à população nativa quaisquer direitos especiais. Esse processo foi sentido por muitos grupos indígenas, que passaram a estabelecer relações diferenciadas com os fazendeiros, que permitiam a habitação dos indígenas na condição de agregados. Eram cidadãos de segunda classe, que sofriam marginalização política e econômica, na dependência de proprietário de terras. No Nordeste

³¹⁸ No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, nº 86, abril-junho de 1988, ano XXI, p. 116-125.

³¹⁹ A crítica à apropriação de terras também foi feita pelos positivistas e pelos responsáveis pela criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), em 1910. O militar Alípio Bandeira, que participou da criação do SPI no Amazonas, ressaltava que “não se precisa de nenhum argumento, além da simples consignação do facto, para provar que os índios foram cruelmente esbulhados na propriedade das suas terras” e lamentava que Constituição republicana não tinha dado resposta a isso. Defendia, ainda, que a denominação de “devolutas” não se aplicava a terras ocupadas pelos índios, tendo em vista o Alvará de 1º de abril de 1680 e o fato de a primariedade na ocupação da terra afastar a própria “significação gramatical” do termo “devolutas”. Nesse sentido, ver o discurso de Alípio Bandeira na instalação do SPI no Estado do Amazonas em: BRASIL. Coletânea Indígena. Discurso de Instalação do Serviço de Protecção aos Índios no Amazonas. 2ª ed., 1929, p. 65-66.

brasileiro, por exemplo, manter a condição de indígena representava o risco de sobre-exploração por clientes não indígenas. Nesse contexto, cabia aos indígenas afastar-se de um destino coletivo e trilhar trajetórias individuais, passando-se por brancos (caboclos/mestiços/pardos). Tradições culturais foram escamoteadas e línguas foram abandonadas. O elemento étnico reduziu-se assim à dimensão familiar, em contraste com a esfera pública, com fragmentação dos grupos e limitação destes à memória de alguns ascendentes³²⁰. Havia um processo de invisibilização em curso.

Um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 1951³²¹ ilustra a realidade do início do século. O julgado não contém definições importantes sobre o regime das terras, pois deixou de apreciar os argumentos das partes, mas o caso impressiona pela naturalização do tratamento jurídico como devolutas às terras reservadas aos índios e pela invisibilidade da defesa dos índios. Integrantes da etnia Guarani receberam em doação uma área de 7.220 alqueires em São Paulo, que posteriormente foi invadida por terceiros. Para acabar com as investidas sobre o imóvel, o Curador-Geral da Comarca, que representava os índios (sob o regime da tutela orfanológica), promoveu, em 1909, a divisão judicial do imóvel em favor deles. O agrimensor do feito, Juvenal Pimenta, contratou com o representante legal dos índios o pagamento dos seus serviços em terras (1.596 alqueires) a serem separadas do imóvel dividendo. A gleba foi levada em hasta pública e adjudicada pelo agrimensor.

De posse do título, mas sem ocupar as terras, o agrimensor propôs em 1927 uma ação demarcatória em face da Fazenda do Estado de São Paulo, que foi julgada procedente. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça considerou que o agrimensor não poderia ter adquirido as terras de cuja divisão participou, por ter sido designado para fazer a divisão, e destacou que os terrenos dos índios eram de propriedade do Estado de São Paulo, com base na Lei nº 3.348/1887, sendo que o governo estadual já havia demarcado o imóvel e registrado como devoluto. Assim, a divisão que havia sido feita em 1909 era nula, pois as terras em questão deveriam ser consideradas devolutas. O Supremo manteve a decisão do tribunal.

O caso é emblemático quanto à indiferença em relação às consequências para os índios da declaração das terras como devolutas. Não há qualquer discussão específica sobre a garantia de terras aos índios ou sobre a situação da ocupação para garantir os seus direitos em razão da declaração de nulidade. Há uma premissa tácita de que houve o abandono das terras. A sociologia das ausências, de que se tratou no capítulo 2, opera com toda a força, e o campo

³²⁰ OLIVEIRA, João Pacheco de. Regime tutelar e globalização: um exercício de sociogênese dos atuais movimentos indígenas no Brasil. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: "pacificação", regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 271-272.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 18.621/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julg. 21.12.1951.

jurídico serve para relativizar e flexibilizar tudo aquilo que se refere aos índios, cuja realidade, quando aparece, deriva das falas das partes e do tutor de órfãos.

A invisibilização no século XIX acompanhava uma política agressiva de apropriação das terras das aldeias, que não compreendia apenas a tomada de aldeias “abandonadas”, mas também o questionamento sobre os modos de vida dos índios. Por exemplo, o Aviso nº 21, de 16/01/1851, questionava se os índios da povoação de São Benedito se enquadravam no modelo de aldeamento do Decreto nº 426/1845³²². A construção dos primeiros censos oficiais, em 1872 e 1890, vão refletir esse processo.

Os censos, como os mapas e museus, embora não tenham sido criados no século XIX, contribuíram para os Estados coloniais imaginarem o seu domínio, mediante a estipulação da natureza dos seres humanos (censos), a geografia do seu território (mapas) e a legitimidade do seu passado (museus). No século XIX, os censos ganham contornos mais raciais, com uma mentalidade classificatória do Estado que nega identificações múltiplas, sob a ideia de que todos estão presentes no censo, e de que todos ocupam um – e apenas um – lugar extremamente claro, sem frações³²³. Os censos constituem, assim, não apenas modelos de medida, mas também de intervenção, revelando os interesses daqueles que o realizam.

O elemento étnico não estava presente no censo de 1872³²⁴, que menciona homens livres, brancos, negros (pessoas escravizadas alforriadas), pardos e caboclos. A figura do caboclo possui um sentido ambíguo, que insinua uma ascendência indígena, mas indica também metaforicamente o habitante do interior, podendo servir de referência à população correspondente aos índios que interagem com os demais brasileiros, e não aos índios “de verdade”, que eram os índios bravos. Em que pese os esforços estatais de invisibilização, o contingente de caboclos (386.955 pessoas ou 3,9%) denota uma forte presença indígena em diversas regiões, o que era mais facilmente percebido onde a população de ex-escravizados era notoriamente pequena, tornando menos difícil a confusão com a terminologia “pardos”. Já o censo de 1890, realizado após a abolição da escravidão, apontou um contingente de 1.295.796 caboclos (9,6%), o que pode ser atribuído à negação da identificação como pardo pelas pessoas legalmente livres, tendo em vista a carga pejorativa que acarretava³²⁵.

³²² Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 214-215.

³²³ Cf. ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 227-230.

³²⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Recenseamento do Brasil em 1872. Disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv25477_v1_br.pdf> Acesso em 07 ago. 2017.

³²⁵ Nesse sentido, ver: OLIVEIRA, João Pacheco de. Mensurando alteridades, estabelecendo direitos: práticas e saberes governamentais na criação de fronteiras étnicas. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 229-264.

3.4. O indigenismo tutelar na República: a “pacificação” e a liberação de terras rumo ao interior do Brasil

A Constituição de 1891, como se viu, não continha previsão específica sobre os povos indígenas, embora o art. 64 tenha provocado indiretamente danos às comunidades, ao prever a transferência aos Estados de terras devolutas, com implicações diretas nas áreas dos antigos aldeamentos e de terras reservadas. Apesar de ter sido apresentado na assembleia constituinte um projeto de Raimundo Teixeira Mendes, ligado ao apostolado positivista, que conferia o *status* de Estados autóctones autônomos aos espaços das “hordas fetichistas”³²⁶, a República iniciou-se com o predomínio político dos Estados no federalismo então desenhado e o fortalecimento das lealdades provinciais³²⁷.

Na virada para o século XX, a preocupação com os índios bravos aumentava, pois as áreas em que eles estavam situados correspondiam a locais para onde a expansão da fronteira econômica se direcionava, via empreendimentos e expansão das linhas telegráficas e de comunicação. O país ainda era ocupado basicamente no litoral e, diante de sertões tidos como inacessíveis, havia a necessidade de realizar empreendimentos e de assegurar a comunicação entre as diversas regiões, o que naturalmente acarretava uma atenção especial aos grupos considerados selvagens. A Comissão de Linhas Telegráficas do Sul do Mato Grosso (1900-1906) e a do Mato Grosso ao Amazonas (1907-1915), que ficaram conhecidas como Comissão Rondon, tiveram como principal objetivo ligar, via fio telegráfico, o Rio de Janeiro (então capital) ao norte do país. Durante esses trabalhos, foram estabelecidos contatos com comunidades indígenas e moldou-se o indigenismo que se seguiria à criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI).

As primeiras orientações do indigenismo republicano deram-se, porém, no Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, que tinha por meta a sedentarização de indígenas e a sua transformação em trabalhadores nacionais, notadamente nas áreas mais remotas, para viabilizar o desenvolvimento econômico no interior. O Decreto nº 1.606, de 29 de dezembro

³²⁶ Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 71-72.

³²⁷ Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 86.

de 1906, atribuiu ao Ministério a imigração e colonização, catequese e civilização dos índios (art. 2º, 1º, b).

A expansão da fronteira econômica, com as ligações telegráficas e redes de transporte e comunicação e execução de empreendimentos como ferrovias e estradas, encontrava em grupos indígenas um obstáculo concreto. Para lidar com o “problema” indígena, um debate polêmico motivado por conflitos no Paraná e em Santa Catarina com os índios Xokleng nos anos de 1907 e 1908 movimentou a opinião pública, com propostas de extermínio, como a sustentada por Hermann von Jhering, então diretor do Museu Paulista, que não esperava a adaptação dos índios à cultura nacional, e o discurso evolucionista, que pregava a autonomia das nações indígenas para evoluírem espontaneamente, com apoio estatal, rumo à integração paulatina à comunhão nacional³²⁸. A última concepção, defendida por Cândido Mariano da Silva Rondon, prevaleceu e influenciou na concretização de um regime de tutela estatal dos índios, em substituição à tutela orfanológica.

O positivismo preconizava que os indígenas ainda estavam na etapa “fetichista” do desenvolvimento humano, uma infância social que ainda poderia ensejar desenvolvimento, desde que lhes fossem proporcionados os meios e houvesse o convencimento não violento pela civilização. Assim, o governo não deveria impor a catequese ou uma doutrina oficial, mas sim o amparo social em suas necessidades e a proteção contra o extermínio e a opressão³²⁹. O discurso da “proteção” e da “pacificação” substituiu o da catequese mediante uma estratégia de intervenção deliberada em caso de conflito entre indígenas e não indígenas, promovendo-se uma série de medidas para a aproximação com grupos hostis.

O ideário de José Bonifácio inspirou a atuação indigenista nesta fase. O indigenismo republicano defendia que os indivíduos e grupos seriam capazes de contato e adoção de outra cultura, bastando que a política de integração nacional apresentasse as vantagens da “civilização” e deixasse que os próprios índios as percebessem e as buscassem. Ser indígena representava uma condição transitória, que seria incorporada no futuro à categoria de “trabalhador nacional”. O poder tutelar desempenhava um papel de proteção que instrumentalizava o processo de arrecadação de territórios, como explica Antônio Carlos de Souza Lima:

³²⁸ Cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 155.

³²⁹ Cf. RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 155.

A história da *proteção aos índios* ao longo deste século (XX) é reveladora da tentativa de concentração de serviços em mãos de aparelhos estatizados de governo nacional, isto é, dos dispositivos administrativos de poder destinados a anular a heterogeneidade histórico-cultural, submetendo-a a um controle com algum grau de centralização e imagem de homogeneidade fornecida pela ideia de uma nação. Se as populações nativas a serem governadas eram classificadas desta forma, governo dos índios implicava em agir sobre muitas outras populações e em arrecadar seus territórios sob uma rede administrativa nacional, transformando-os em terras, i.e., mercadoria em potencial. Compunham-se as bases de um sistema de territórios do Estado e de um estoque fundiário (logo, de uma reserva de valor) quando pelas leis da época as 'terras devolutas' eram legalmente da competência dos estados. Isso ficará claro quando se tratar dos *centros agrícolas*, conquanto seja importante sinalizar que as proporções da implementação concreta desses mecanismos entre 1910 e 1918 (quanto a localização de trabalhadores nacionais deixaria de pertencer à esfera do SPI) foi mais reduzida do que seria adiante no tempo³³⁰.

Para abrir os sertões aos “civilizados”, constroem-se grandes “cercos de paz”, fundados no controle e na disciplina das populações indígenas e na sublimação da guerra de conquista, mediante vigilância interna e proteção contra inimigos externos, garantindo o poder tutelar, que é assim definido:

O *poder tutelar* implicava, assim, em estratégias e em táticas cujo exercício configurava um sistema de governo para populações dele alienadas. Da mesma forma escapava aos atores localmente encarregados pô-lo em funcionamento. Seu centro de decisões era imaginado enquanto coincidente com o governo de uma comunidade política nacional e com o espaço geográfico da capital da República: populações desconhecidas pela administração são por ela transformadas em cidadãos de uma comunidade que, por princípio, desconhecem e só devem conhecer de forma mediatizada. Inserir estes povos na esfera de um governo nacional, em distintos patamares de participação política, viabilizaria que terras por eles ocupadas fossem tornadas espaços “vazios”, prontos para serem utilizados por cidadãos para tanto capacitados, ou por aparelhos de poder estatizados responsáveis pela defesa do 'território nacional' face aos países limítrofes³³¹.

A criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), em 1910, tinha o objetivo de afastar os indígenas que constituíssem obstáculo ou estivessem à frente da fronteira econômica e organizar, a partir de núcleos de atração de índios hostis e arredios, a formação de povoações mais sedentárias e centros agrícolas, onde,

³³⁰ LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995, p. 129.

³³¹ *Ibid*, p. 142-143.

caracterizados como trabalhadores rurais, teriam terras para trabalhar. Em 1918, o serviço passa a dedicar-se apenas aos índios, consagrando-se a nomenclatura SPI³³².

A instituição da tutela estatal só começou a ser estabelecida com o Código Civil de 1916, que fixou a relativa incapacidade dos índios, a qual cessaria à medida que fossem se adaptando à civilização (art. 6º, parágrafo único). O fim da tutela orfanológica e a consolidação da tutela estatal só se concretizaram com a edição da Lei nº 5.484, de 27 de junho de 1928, que emancipou os índios nascidos no território nacional, qualquer que fosse o grau de civilização em que se encontrassem (art. 1º) e criou novas categorias de índios do Brasil (índios nômades, índios arranchados ou aldeados, índios pertencentes a povoações indígenas e índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados - art. 2º). Esta classificação tinha como elementos centrais a distância social, a forma de interação com o “civilizado” e a relação com o espaço e o território, cabendo ao Serviço – como era conhecido o SPI – o poder de educar e territorializar.

O regime tutelar criava muros entre a população nativa e a população nacional e transformava as condutas tidas como desviantes em ações prescritas pelos códigos dominantes. Assim, a tutela é fator de controle do grupo social sobre um conjunto de indivíduos tidos como potencialmente perigosos para a ordem estabelecida, uma vez que partilham, junto com os infratores, de condutas vistas como antissociais³³³. Sublinhe-se que o papel do SPI não era primordialmente o de identificação e demarcação de territórios. Quando o fazia, era para assegurar terras que pudessem permitir a liberação de terras para os empreendimentos em curso e mecanismos de controle e assistência das populações indígenas. É nesse sentido que deve ser lida a previsão de que o governo federal, por meio do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, buscaria o acordo com governos estaduais ou municipais para que fossem legalizadas convenientemente as posses das terras então ocupadas pelos índios e para que fossem confirmadas as concessões de terras feitas nos termos da Lei nº 1.114/1860 ou para que fossem cedidas ao Ministério da Agricultura as terras devolutas que se julgassem necessárias às povoações indígenas ou à instalação de centros agrícolas (art. 3º do Decreto nº 8.072/1910).

³³² Segundo Darcy Ribeiro, o SPI era chamado a resolver dois problemas: afastar o obstáculo que os índios hostis representavam à sociedade em expansão e prestar assistência da população indígena envolvida nessa expansão, que tentava sobreviver e acomodar-se às novas condições de vida e à integração compulsória. Cf. RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 169.

³³³ Cf. OLIVEIRA, João Pacheco de. O paradoxo da tutela e a produção da indianidade: ação indigenista no Alto Solimões (1920-1970). In: FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (org.). *Memória do SPI: textos, imagens e documentos sobre o serviço de proteção aos índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio – FUNAI, 2011, p. 432.

No exercício da tutela estatal, os inspetores regionais do SPI atuavam em favor dos grupos indígenas e provocavam o Judiciário sobre doações indevidas ou baseadas em leis para as quais o Estado não tinha competência. Os inspetores estavam autorizados a velar pela adoção dos atos necessários para legalizar as posses e fazerem ser respeitadas as concessões de terras feitas com base na Lei de Terras (art. 16, b, do Decreto nº 736/1936³³⁴).

Os antigos aldeamentos passariam a ser denominados “povoações indígenas”, que consistiam em espaços de escolas livres que funcionariam como estágio espontâneo entre o índio nômade e o trabalhador nacional³³⁵. Embora a legislação mencionasse de maneira genérica as terras para os índios, o aparelho tutelar, na qualidade de representante dos índios, tinha a incumbência de negociar as terras e dispor dos bens indígenas.

Enquanto não inteiramente adaptados, os indígenas ficavam sob a tutela do Estado, que a exerceria segundo o grau de adaptação de cada um, por intermédio dos inspetores do Serviço de Proteção aos Índios, sendo facultado aos ditos inspetores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos índios, perante as justiças e autoridades. A Lei nº 5.484/28 atribuiu *status* jurídico ao índio, mas não o definiu, deixando a tarefa para o cotidiano da administração. Souza Lima observa que havia a necessidade de colocação dos indígenas em um sistema estratificado de direitos civis e políticos pré-definidos, em que os militares ocupavam o papel de gestores dessa aplicação, mediante processos de controle e proteção, com a violência sublimada³³⁶. Esse *status* representava uma via de acesso a direitos, mas era também uma forma intermediária de cumprimento de um projeto de extinção dos povos nativos enquanto entidades diferenciadas.

Como já se mencionou, durante a República velha, os Estados entendiam ter poderes para gerir terras devolutas, e colocavam neste grupo as terras dos índios e os antigos

³³⁴ Havia também a determinação de pôr em prática os meios mais eficazes para evitar que os “civilizados” invadissem terras dos índios e reciprocamente. Para realizar os acordos, buscava-se a legalização das posses, a confirmação de concessões de terra e as cessões de terras devolutas. Uma vez realizados os acordos, o governo federal atuaria na demarcação e medição dos terrenos (art. 4º). O decreto fazia ainda uma distinção entre índios aldeados e índios nômades. Os primeiros, que estivessem aldeados e quisessem fixar-se nas terras que ocupavam, poderiam ter a posse adquirida e as terras demarcadas (art. 10), com a garantia de um terreno para explorar as culturas (art. 13). Já os índios nômades deveriam ser atraídos, sendo que aqueles que estivessem em proximidade com os civilizados deveriam ter a mesma assistência (art. 14).

³³⁵ Nesse sentido, veja-se o discurso de Alípio Bandeira na instalação do SPI no Estado do Amazonas em: BRASIL. Coletânea Indígena. Discurso de Instalação do Serviço de Proteção aos Índios no Amazonas. 2ª ed. 1929, p. 61. Nas povoações indígenas, deveriam ser estabelecidas escolas para o ensino primário, aulas de música, máquinas e utensílios agrícolas, destinados a beneficiar os produtos das culturas e campos apropriados à aprendizagem agrícola.

³³⁶ Cf. LIMA, Antonio Carlos de Souza. Reconsiderando poder tutelar e formação do Estado no Brasil: notas a partir da criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais. In: FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (org.). *Memória do SPI: textos, imagens e documentos sobre o serviço de proteção aos índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio – FUNAI, 2011, p. 201-211.

aldeamentos. Por isso, promoviam concessões de terras e doações que abarcassem essas áreas, sendo que em algumas oportunidades também realizavam doações de terras aos índios. Essas doações, aparentemente revestidas de boas intenções quanto à garantia de espaços aos indígenas, escondiam uma prática que buscava reduzir as terras destinadas a esses grupos e a legitimar a ocupação dos espaços restantes por terceiros³³⁷.

O SPI foi extinto em 1967, durante a ditadura civil-militar, após pressões internacionais decorrentes de uma comissão parlamentar de inquérito (CPI) e do Relatório Figueiredo, que descrevia uma série de violências praticadas por seus funcionários. Criou-se, em seu lugar, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que herdou a estrutura do antigo órgão e a mesma concepção tutelar. A missão da FUNAI consistia em atuar na formulação da política indigenista em um momento em que o regime autoritário buscava a integração nacional e a viabilização de empreendimentos para a expansão da fronteira econômica. Durante o regime autoritário, afora o regime tutelar, diversos episódios de violência e extermínio de povos indígenas ocorreram. Os índios eram vistos, mais uma vez, como um obstáculo, e há diversos casos de violações praticadas no período³³⁸. O regime tutelar só seria superado em 1988.

3.5 O debate constitucional sobre o regime jurídico das terras indígenas até 1988

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar das terras dos índios, ao estabelecer, no art.129:

³³⁷ Nos anos 30 e 40, desenvolve-se a chamada “marcha para o oeste”, com o fim de oferecer condições para a integração – por meio da abertura de 1.500 quilômetros de picadas, construção de campos de pouso - e a ocupação do centro-oeste brasileiro – fundação de vilas e cidades (Cf. VILLAS BOAS, Orlando; VILLAS BOAS, Cláudio. *A marcha para o oeste: A epopeia da Expedição Roncador-Xingu*. 1ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 18). Esse processo de colonização do interior do país foi marcado pela espoliação de terras e concessão de títulos para colonização em territórios tradicionais, como ocorreu no Mato Grosso do Sul e no Paraná, com os Ava-guarani, causando efeitos que são sentidos até hoje.

³³⁸ As violações praticadas pelo SPI foram registradas no Relatório Figueiredo, que contribuiu para a extinção do órgão e a criação da FUNAI (Disponível em <<http://midia.pgr.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>>. Acesso em 24 set. 2016). Na ditadura civil-militar, as violações aos direitos dos povos indígenas não só continuaram, como se intensificaram, em razão dos projetos de “Brasil grande” que previam a construção de estradas e de empreendimentos de grande porte. Episódios como o massacre dos Waimiri-Atroari para a construção da BR-174 (entre Manaus e Boa Vista) e para a construção de uma mineradora (Mina do Pitinga, pela Mineração Taboca/Paranapanema), os impactos da construção da Rodovia Transamazônica, o deslocamento forçado do povo Krenak e a construção de um presídio indígena em Minas Gerais, bem como os impactos da construção de Itaipu sobre os guarani são algumas das violações que geraram impactos à sobrevivência física e cultural desses povos e distorções na configuração territorial dos grupos. Sobre o tema, ver: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Parte IV. Capítulo 14. Item C. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Capitulo%2014.pdf>. Acesso em 23 set. 2016.

Será respeitada a posse e terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

A previsão foi repetida, com pequenas alterações, pelos artigos 157 e 216 das Constituições de 1937 e de 1946, respectivamente:

Art. 157 Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas. (Constituição de 1937)

Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”. (Constituição de 1946)

Os textos assemelham-se pela previsão de respeito à posse de terras onde indígenas estivessem permanentemente localizados e pela proibição de transferência delas. A forma como esse direito seria implementado não é explicitado por essas Constituições, que tampouco cuidaram expressamente do papel da União ou dos Estados na garantia dessas terras. À falta de norma específica, dois tipos de interpretação restritiva emergiram: a primeira delas consistia em tratar como não indígenas aqueles que já estavam “misturados” na sociedade nacional; a segunda cancelava o direito às terras apenas aos indígenas que se encontrassem na posse permanente da terra em 16 de julho de 1934, data de promulgação da primeira Constituição que tratou do tema.

Não havia clareza quanto à forma de proteção das terras dos índios ou à titularidade dos imóveis. A generalidade da previsão desencadeou um longo debate sobre o papel de cada ente federativo e os direitos de antigos proprietários à indenização, o que acarretou uma revisão à legislação colonial. Mesmo com a definição constitucional da titularidade das terras pela União, na Constituição de 1967, os fatos pretéritos à sua vigência continuaram sendo objeto de constatação, como ocorreu com diversas ações de desapropriação indireta em razão da definição dos limites do parque nacional indígena do Xingu. O Supremo Tribunal Federal até hoje analisa casos que tratam da cadeia de legislações e da situação jurídica dos antigos aldeamentos, bem como da competência dos Estados para tratar de terras devolutas.

No âmbito infraconstitucional, desde o Decreto nº 736/1936, a União e o SPI rechaçavam o tratamento das terras dos índios como terras devolutas, atribuindo ao órgão de proteção a adoção de atos para impedir esse tratamento, como demarcação, legalização e garantia de posses (art. 3º, a). O regulamento ainda explicitava a necessidade de atuação do SPI em caso de extinção de aldeamentos, “provando que o fato dos governos terem deixado de administrar esses aldeamentos ou estabelecimentos, ou de superintendê-los, não justifica

que os índios, ou seus descendentes, sejam espoliados de suas terras” (art. 3º, c). Outra previsão infraconstitucional é a do art. 1º, *h*, do Decreto-Lei nº 9.760/1946, que já incluía entre os bens da União os terrenos dos extintos aldeamentos de índios que não houvessem passado para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares.

Durante a vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal foi instado a definir a titularidade de terras que pertenciam aos índios (se do Estado ou da União). Ao julgar, em 1961, recurso extraordinário (RE 44.585/MT) em que se analisava uma lei de 1958 do Estado do Mato Grosso que reduzira área de terras que se achavam na posse de índios Kadiwéus³³⁹, o STF fixou o entendimento pela inconstitucionalidade da norma, por entender que as terras já pertenciam à União quando de sua promulgação.

O entendimento defendido pelo Estado-membro sustentava que a redução era possível em terras que os indígenas não ocupavam efetivamente, pois à medida que a assimilação ocorria, as áreas de ocupação poderiam ser diminuídas. O relator do caso, Min. Ribeiro da Costa, concordou com essa argumentação, por entender que a redução não implicava retirada de terras, mantendo-se conservada a posse onde se achavam localizadas. Em sentido contrário, o voto vencedor, do Min. Victor Nunes Leal, ressaltou que o art. 216 não tratava do direito de propriedade comum, e sim de um território dos índios, com o objetivo de que ali permanecessem os traços culturais dos antigos habitantes, não só para a sobrevivência do grupo, mas também para o estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual. O que estava em jogo, segundo Nunes Leal, não era o conceito de posse nem de domínio, no sentido civilista, mas de habitat de um povo. Vale citar o trecho do voto em que o ministro ressalta a repercussão do tratamento diferenciado dos territórios em relação à habitação permanente:

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 vivem, 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 reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato,

³³⁹ Em 1899, o Estado do Mato Grosso doou terras aos índios Kadiwéus, sendo estas demarcadas e homologadas por meio do ato governamental de 7 de agosto de 1903. Em 1931, o Decreto-Lei nº 54 delimitou as áreas reservadas a esses índios no Estado. A Constituição estadual, de 1935, estabelecia em seu art. 114 que seria respeitada a posse e mantidas sem restrições as reservas de terras destinadas aos indígenas matogrossenses, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. A Lei nº 1.077, de 10 de abril de 1958, alterou tais limites. A diretoria da 5ª Inspeção Regional do SPI questionou então a constitucionalidade da lei em questão à luz do art. 216 da Constituição de 1946. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 44.585, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julg. 30.08.1961.

até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas³⁴⁰.

Assim, a despeito de a demarcação ter sido feita por lei estadual, a Constituição, ao dispor sobre o assunto, “retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico³⁴¹.” O voto, já clássico, consagra a distinção entre posse indígena e posse meramente civil, e enfatiza um tratamento de território dos índios que não se confunde com a mera localização em moradias, ressaltando a necessidade de sobrevivência física e cultural do grupo. A noção de habitat sintetiza uma compreensão que não exige permanência física, construções ou obras permanentes no local, conferindo valor à subsistência do grupo. Esta interpretação guiaria a jurisprudência do Supremo desde então.

A Constituição de 1967 manteve a previsão das Constituições anteriores quanto à proteção de terras, mas com algumas distinções relevantes quanto ao texto e com a previsão do usufruto exclusivo:

Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Promulgada durante a ditadura civil-militar, esta Constituição previu a garantia de posse permanente das terras, retirando a locução “onde os índios se achavam permanentemente localizados”. Além disso, previu expressamente a propriedade da União sobre essas terras (art. 4º, IV), destinando aos indígenas o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Ao analisar o texto, Pontes de Miranda observa a importância da posse e da permanência, não podendo os juízes expedir mandados possessórios contra “silvícolas” que tenham posse permanente. Criticando a redação do art. 186, por não ter “terminologia científica” nem “técnica legislativa,” Pontes de Miranda observa que o texto “não cogitou da duração da posse, nem, sequer, do limite temporal para se

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 44.585, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julg. 30.08.1961, p. 471-472.

³⁴¹ A redução das terras por esta lei havia sido objeto de mandado de segurança em 1959, porém o Supremo Tribunal Federal havia entendido que não era competente para julgá-lo originariamente, já que não se tratava de conflito entre a União e o Estados (art. 101, e, da Constituição de 1946). O voto do relator, Min. Nelson Hungria, afastou o conflito, pois “nada tem a ver com o caso a União Federal”. Cita, para tanto, a manifestação do Procurador-Geral da República, segundo o qual o interesse a ser protegido era dos índios, através de seu curador, não havendo causa ou conflito entre a União e o Estado. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 6.344/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Hungria, julg. 20.04.1959, p. 3.

reputar permanente”³⁴². A permanência estaria ligada à residência, não havendo exigência de tempo mínimo para a posse.

A Emenda nº 01/69 repetiu a previsão de 1967 e acrescentou dois parágrafos importantes:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º 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 silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Boa parte da doutrina firmou uma interpretação restritiva do art. 198 da Constituição, sustentando a necessidade de fixação dos indígenas nas terras para que fosse reconhecido o chamado usufruto exclusivo³⁴³. Para Marcelo Caetano, os terrenos reservados aos índios deveriam ser considerados como uma concessão coletiva ao grupo para uso comunitário exclusivo. Ao elaborar sua análise, faz as seguintes constatações sobre o modo de vida dos indígenas:

(...) os silvícolas não têm a noção da propriedade privada das terras, habituados como estão a mover-se em largos espaços desocupados e sempre ao seu dispor. Mas possuem a ideia de que a terra que ocupam ou por onde divagam deve ser dominada pela comunidade com direito de exclusão de terceiros³⁴⁴.

A compreensão do tema por Celso Bastos é ilustrativa acerca da ideia de transitoriedade da posse indígena, no sentido de que as dimensões das terras dos índios deveriam ser reduzidas à medida que a “civilização” avançasse:

Embora atribuídas constitucionalmente ao patrimônio da União, essas terras são alienáveis na forma que a lei federal determinar. Isto porque, por

³⁴² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo VI (Arts. 157-189). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 435-436.

³⁴³ RUSSOMANO, Rosah. *Anatomia da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 346.

³⁴⁴ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 418-421.

silvícolas há de entender-se os indígenas ainda não aculturados à nossa civilização. Como esta é uma situação eventualmente transitória, em face da possibilidade de sua integração paulatina nos padrões culturais da Nação brasileira, o constituinte quis deixar campo aberto à alienação dessas terras, uma vez desocupadas em razão da ocorrência do processo de assimilação cultural³⁴⁵.

Em linha distinta, Gilmar Ferreira Mendes asseverava, à luz daquela Constituição, que a previsão era movida pelos ditames de uma sociedade pluralista e justa. Retomando a lição de João Mendes Júnior, o autor enfatiza que a Constituição de 1934 deixa claro que as terras ocupadas por indígenas nunca foram devolutas, nem mesmo durante a vigência da Constituição de 1891. A Constituição de 1934 apenas teria deixado a questão mais clara, por meio da concessão aos indígenas do domínio coletivo das terras ocupadas como emanção do ato-fato da posse em caráter permanente³⁴⁶.

O Brasil internalizou, na mesma época, a Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. De viés integracionista, a convenção garantia o direito de propriedade, coletivo ou individual, sobre as terras que ocupavam tradicionalmente (art. 11) e previa que o deslocamento do território só poderia ocorrer em razão de motivos relacionados à segurança nacional, ao interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse de saúde de tais populações.

Outro diploma importante foi a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, o Estatuto do Índio, que tinha como objetivo preservar a cultura dos índios e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art. 1º). O estatuto dispõe que 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 (art. 3º). Embora valorizasse a autoidentificação, a previsão genérica “é identificado” dá margem a uma definição de indígena por terceiros, estranhos ao grupo, legitimando uma ação estatal que considera indígenas apenas os sujeitos que atendessem a determinado estereótipo. Nesse diapasão, o uso da palavra silvícola denota um modelo pré-concebido da figura do índio, que só poderia ser aquele que vive na floresta.

O estatuto, alinhado com o regime tutelar, buscava regular amplamente aspectos relacionados aos temas de maior interesse na temática. Além disso, divide os povos indígenas em categorias: integrados (capazes do exercício dos seus direitos), em vias de integração ou isolados (que deveriam ser tutelados, ou assistidos e representados, pela União, por meio do

³⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 110.

³⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, nº 86, abril-junho de 1988, ano XXI, p. 120.

órgão de assistência)³⁴⁷. Sob a concepção de estágios diferentes de integração residia uma tentativa de desqualificar o índio “integrado”, retirando-lhe a sua condição de indígena. Uma vez encarado o indígena como aquele ser “primitivo”, “silvícola”, a integração à civilização representaria colocá-lo em igualdade com os demais sujeitos da sociedade envolvente, deixando até de ser considerado índio. Se deixa de ser índio, não há razão para ter direitos especiais às terras. Assim, a norma atualizava juridicamente a distinção entre índios mansos e bravos.

O Estatuto reforça a concepção de que os índios podem ser classificados de forma diferenciada conforme o grau de integração, o que possibilitaria tratamentos distintos por parte da legislação. Prevê ainda que os índios tidos como “aculturados”³⁴⁸, isoladamente ou não, poderiam requerer sua “emancipação” do regime tutelar, oportunidade em que se igualariam aos demais não indígenas.

A verificação da ocupação passou a ser um fato importante na identificação da titularidade das terras ocupadas pelos índios. A previsão expressa do art. 4º, IV, da Constituição sobre a titularidade da União não dirimiu os conflitos, pois os Estados e particulares sustentavam a validade de títulos concedidos em momento anterior à vigência da Constituição de 1967. Ao analisar uma demanda proposta à luz da Constituição de 1946, o STF reconheceu que o art. 1º, *h*, do Decreto-Lei nº 9.760/1946, que cuida do patrimônio da União, já incluía entre os bens da União os terrenos dos extintos aldeamentos de índios que não houvessem passado para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares³⁴⁹. Em dezembro de 1969, foi editada a Súmula 480, com o seguinte teor: “Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas”.

Como a súmula mencionava expressamente a Constituição de 1967, os Estados e particulares continuaram provocando o tribunal para alegar a titularidade da área em momento

³⁴⁷ Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

³⁴⁸ A expressão “aculturação” é fruto de uma concepção essencialista de que os povos indígenas deveriam manter determinadas características para serem considerados como tais. Além de ser uma categoria pejorativa, que não possui qualquer valor científico, desconsidera o dinamismo no desenvolvimento cultural de cada povo, bem como as relações de troca, adaptação e mudança no relacionamento entre diversas culturas, ainda mais em contextos violentos ou em tentativas de descaracterização de um grupo. Apesar de descabida, a expressão quase ingressou no texto constitucional, como se verá.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACi 9.620/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Amaral Santos, julg. 27.03.1969.

histórico anterior, pleiteando ao menos o direito à indenização. Em 1984, em sede de controle abstrato de constitucionalidade de lei do Amazonas que tratou como devolutas terras de aldeamentos indígenas supostamente extintos por abandono (Rep. 1.100-3/AM³⁵⁰), o Supremo ressaltou que a competência para legislar sobre a matéria era privativa da União, a teor do art. 4º, IV c/c art. 8º, VIII, “b”, da Emenda Constitucional nº 1/69. O Estado do Amazonas preconizava uma interpretação que reduzia o âmbito de aplicação da lei estadual aos casos de ocupação indígena anterior à data da promulgação da Constituição de 1934, e cujos aldeamentos houvessem sido extintos por abandono em data anterior à Constituição de 1967. O tribunal, porém, entendeu que, diante de um texto genérico que não delimitasse os períodos de titularidade do Estado, a análise de competência legislativa não comportaria esse tipo de interpretação e esbarraria na previsão constitucional de competência da União.

O julgamento da Rep. 1.100-3/AM desperta interesse também em razão do teor do voto vencido do Min. Néri da Silveira, que não se limitou a tratar da competência legislativa baseada no regime constitucional então vigente e procedeu a uma análise mais profunda do histórico da legislação sobre o tema. Ao examinar a sequência de leis desde o século XIX, o ministro defendeu o domínio estadual das terras habitadas por índios que houvessem sido abandonadas definitivamente até a data da promulgação da Constituição de 1891. Isso porque os aldeamentos extintos teriam passado ao patrimônio dos Estados, e só teriam vindo a integrar o domínio da União com o Decreto-Lei nº 9.760/46, desde que legalmente não houvessem passado para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares:

Assim, até o Decreto-lei nº 9.760/1946, os aldeamentos de índios que tenham sido abandonados, a partir da Constituição de 1891, continuaram terras devolutas dos Estados, salvo se localizados em áreas indispensáveis à defesa da fronteira, fortificações, construções militares ou em territórios federais, que o sistema constitucional considerava terras devolutas da União, conforme as normas acima referidas³⁵¹.

Embora o entendimento do Min. Néri da Silveira não tenha prevalecido no caso concreto, o STF adotaria e sumularia anos mais tarde entendimento semelhante quanto aos aldeamentos extintos antes da Constituição de 1891. É curioso, não obstante, observar que as considerações sobre abandono de áreas, efetiva ocupação e existência ou não de índios em uma área estavam sempre baseadas nos argumentos oficiais, nas informações gerais das partes interessadas ou na premissa quase absoluta de que esses aldeamentos eram abandonados aos montes. A interpretação acrítica da realidade dos aldeamentos pode ser explicada pelo

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rep. 1.100-3/AM, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek, julg. 15.03.1984.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rep. 1.100-3/AM, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek, julg. 15.03.1984, p. 56.

paradigma assimilacionista da época, cujo projeto defendia expressamente a extinção, ainda que paulatina, dos índios enquanto grupo diferenciado, de modo que não havia – e nem se considerava necessário que houvesse – um contraponto às informações trazidas, que eram tidas como fatos incontestáveis. A extinção de aldeamentos e a ausência de indígenas eram pressuposições prontamente aceitas, e o debate rondava em torno da titularidade do domínio da área. Não havia qualquer reflexão sobre a espoliação de territórios.

Com a Emenda Constitucional nº 1/69, os títulos dominiais existentes sobre as áreas habitadas por indígenas foram considerados nulos. A existência de previsão constitucional afastava qualquer direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas, a despeito do disposto no art. 153, §§ 22 (que assegurava o direito de propriedade).

O art. 198 representava a extinção da propriedade privada em terras habitadas em caráter permanente pelos índios, não sendo possível, sob a alegação de direito adquirido, afastar a incidência imediata e geral³⁵². No mesmo sentido, Celso Bastos sustenta que ficavam extintos todos e quaisquer direitos que pudessem incidir sobre as referidas terras, sem que os lesados pudessem pleitear indenização contra a União, por força dos §§ 1º e 2º do art. 198³⁵³.

Ao analisar a situação de títulos concedidos mesmo antes da Constituição de 1934, Pontes de Miranda corrobora a nulidade de títulos concedidos naquelas áreas:

São nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição. A posse do silvícola pode ser alegada como pressuposto para usucapião³⁵⁴.

Com a previsão do art. 129, operou-se o fenômeno da “nulidade superveniente”, abrangendo os títulos dominiais anteriores. Todo título concedido pelo Estado nas áreas indígenas, desde a Constituição de 1934, configura, pois, alienação *a non domino*, devendo ser reconhecida a sua nulidade, pois tais imóveis não integravam o patrimônio estadual desde 16/07/1934. Em caso de expulsão, extermínio ou integração à sociedade nacional (conforme a concepção da época), haveria uma desafetação do bem e reversão ao domínio pleno da União, conforme referendou o art. 21 do Estatuto do Índio³⁵⁵. Note-se que a terra indígena não

³⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, nº 86, abril-junho de 1988, ano XXI, p. 118.

³⁵³ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 109-110.

³⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 436.

³⁵⁵ “Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidades indígenas ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder

passaria ao domínio do Estado nem mesmo em caso de seu abandono pelos índios, pois a titularidade da propriedade ainda seria da União.

Gilmar Mendes aponta uma ressalva importante quanto à desdetinação ou desafetação:

29. A norma referida contém, todavia, uma ressalva de fundamental importância. Verifica-se a desdetinação ou a desafetação apenas das terras espontaneamente abandonadas pelos silvícolas. Subsiste íntegro, portanto, o caráter indígena das áreas onde se tenha verificado a desocupação forçada, violenta e criminosa. Em qualquer hipótese, não se pode colocar em dúvida o domínio inquestionável da União³⁵⁶.

O autor apresenta, então, conclusões que foram de extrema relevância para a compreensão da matéria: i) a concessão de títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após a Constituição de 1934 não produz nenhum efeito; ii) a expulsão, o homicídio ou genocídio de índios não provoca a convalidação dos títulos originariamente nulos, concedidos a partir de 16/07/34; e iii) toda e qualquer discussão sobre a existência ou não de posse indígena deve remontar, inevitavelmente, ao ano de 1934, quando se consagrou o domínio da União sobre as terras de ocupação indígena. Em outras palavras, se há um marco constitucional acerca da matéria, este é a data da promulgação da Constituição de 1934.

A previsão de nulidade de títulos acarretou, na prática, uma forte contestação aos processos administrativos que fixava os limites de terras e reservas indígenas, geralmente pela via estreita do mandado de segurança. Nesta época, o STF firmou o entendimento de que não é cabível a análise histórica das ocupações indígenas pelo *mandamus*, pois o tema demanda dilação probatória, por meio da análise de estudos e trabalhos antropológicos.

No Mandado de Segurança nº 20.234-3/MT³⁵⁷, analisado em 1980, em que se questionava o decreto presidencial que fixou os limites da Reserva Indígena “Parabubure”, no Estado do Mato Grosso, os impetrantes sustentavam que não havia aldeamentos indígenas na área. Os títulos de propriedade derivavam de terras devolutas do Estado do Mato Grosso alienadas a um particular em 1960. Sustentavam que nessas terras, transmitidas pelo Estado do Mato Grosso durante a vigência da Constituição de 1946, não havia índios, e, ainda que houvesse, não se trataria de bens da União, já que a titularidade desta só havia sido autorizada

Executivo, à posse e ao domínio pleno da União”. Este preceito seria de conteúdo marcadamente interpretativo, pois essas terras já eram de domínio da União, sendo inevitável o retorno ao domínio pleno em caso de desdetinação ou desafetação

³⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, nº 86, abril-junho de 1988, ano XXI, p. 118.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.234-3/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cunha Peixoto, julg. 04.06.1980, p. 115-117.

pelo art. 4º, IV, da Constituição de 1967. Argumentavam que, na vigência da Constituição de 1946, a proteção possessória dependia da localização permanente dos índios nas terras.

Em sua defesa, a Presidência da República distinguiu as terras de posse imemorial dos indígenas das terras previstas como reserva indígena. No caso de coincidência entre reserva e terras indígenas, haveria, no máximo, uma impropriedade de *nomen juris*, mas não haveria um ato nulo ou anulável³⁵⁸.

A segurança foi denegada, por se entender que a questão demandava alta indagação probatória. Este caso ficou marcado, no entanto, pelo voto contundente do Min. Cordeiro Guerra, em que ele manifestava apreensão com o teor do art. 198. Em seu entender, tal artigo havia estabelecido o “confisco da propriedade privada” no país, bastando que as terras tivessem algum dia sido ocupadas por índios para que os títulos fossem considerados nulos:

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”. Isso entra em choque, evidentemente, com o art. 153, § 22, da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada³⁵⁹.

O Min. Cordeiro Guerra defendeu, então, que o art. 198 só poderia ser aplicado nos casos em que as terras fossem efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, “nós poderíamos confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoios³⁶⁰”. Foi a primeira vez que se fez menção no Supremo à ideia que ficaria conhecida como “síndrome de Copacabana”, ou seja, à crítica atemorizadora de que o reconhecimento de terras aos indígenas em áreas onde a presença na área fora remota poderia levar à tomada de bairros e cidades inteiras.

Outro aspecto que chama a atenção no voto do Min. Cordeiro Guerra é a distinção que ele faz entre invasão do território indígena à força e atuação do colonizador e desbravador do país. Apenas no primeiro caso o art. 198 seria aplicável:

³⁵⁸ “É certo que a Reserva Indígena não se confunde com aquelas de posse imemorial dos silvícolas, mas a União pode estabelecê-las em qualquer parte do território nacional (Lei nº 6.001/73, art. 26). E se, por acaso, a área reservada recair em terras já consideradas indígenas, verificar-se-á, no máximo, uma impropriedade de *nomen juris*, da designação, incorrer-se-ia, talvez, num *bis in idem*, mas não se praticaria um ato nulo ou anulável, e, muito menos, se afrontaria direitos de terceiros, em procedimento a ser invalidado sumariamente pela via judicial”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MS 20.234-3/MT, Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 04/06/1980, p. 117.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.234-3/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cunha Peixoto, julg. 04.06.1980, p. 123.

³⁶⁰ *Ibid*, p. 124.

Quando o civilizado invade o território indígena e se estabelece pela força, nesses casos, se há de aplicar os §§ 1º e 2º do artigo 198, mas não no caso do colonizador, do desbravador do país. Deixo, assim, isto bem claro, como *avant première* do meu pensamento, porque não me deixo levar por um sentimentalismo mal orientado, que pode conduzir a atrofia do país, ou à inquietação rural, com resultados imprevisíveis³⁶¹.

A visão do ministro expressa uma compreensão do tema de diversos setores da época e que segue muito presente até hoje, mesmo após a Constituição de 1988 ter abolido qualquer política integracionista. O caráter absoluto da propriedade privada, o tratamento da existência dos índios como um fato do passado, a legitimação dos atos de expropriação – formais ou violentos – são recorrentes nas manifestações e denotam, com maior ou menor contundência, uma visão que, negando o fator étnico, não aceita rediscutir a concentração de terras e o processo legislativo e administrativo de espoliação das terras destinadas aos indígenas.

Outro tema que moveu acirradas discussões no Poder Judiciário foi o direito à indenização de proprietários em razão da criação de reservas ou parques indígenas. O art. 17 do Estatuto havia distinguido três tipos de situações: i) terras ocupadas ou habitadas pelos índios, nos termos do art. 198 da Constituição; ii) áreas reservadas; e iii) terras de domínio das comunidades indígenas. Na dicção do estatuto, as terras ocupadas são terras que os indígenas habitam, sobre cujas riquezas naturais teriam direito ao usufruto exclusivo, caracterizando-se como bens da União (art. 22). A posse deve ser demonstrada pela ocupação efetiva da terra, nos termos de seus usos, costumes e tradições, levando-se em consideração o local onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou que seja economicamente útil. O reconhecimento desse direito independeria de demarcação (art. 25).

As áreas reservadas correspondem, segundo o Estatuto, a locais em que a União estabelece a 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 (art. 26). Podem ser organizadas sob a forma de reserva indígena, parque indígena ou colônia agrícola indígena. Essas áreas se distinguem por não gozar da mesma proteção constitucional que as chamadas terras ocupadas, o que implica, na prática, o não reconhecimento da nulidade de títulos de terceiros incidentes nas áreas, ensejando a necessidade de desapropriação e de pagamento de indenização para a constituição das áreas reservadas. Por fim, as terras de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena correspondem às terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

A classificação promovida pelo Estatuto do Índio buscou dar um sentido unívoco à ideia de “terras reservadas” e restringir a aplicação do art. 198 aos casos em que os indígenas

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 20.234-3/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cunha Peixoto, julg. 04.06.1980, p. 124-125.

estivessem permanentemente localizados no passado em determinadas áreas. Como se viu, a ambiguidade da expressão “terras reservadas” motivo compreensões diferentes, ora como terras “congênitas”, ora como terras destinadas especificamente aos índios. O Estatuto restringiu o alcance do art. 198 para exigir uma noção de posse permanente voltada ao passado, e não ao futuro, reduzindo indevidamente o âmbito de proteção daquele direito e os seus efeitos, notadamente quanto à nulidade de títulos particulares e a indenizações.

Houve diversas ações sobre o tema, e um caso referencial na jurisprudência do Supremo pré-1988 foi discutido na ACO nº 278-8/MT³⁶², que tratou da possibilidade de indenização por desapropriação indireta em razão da criação do Parque Nacional do Xingu³⁶³, no Estado do Mato Grosso. Os autores sustentavam que o Estado vendeu as terras em 1959 a particulares e que os indígenas só haviam sido levados para o parque em 1961, por isso os títulos seriam válidos. O Supremo acolheu o pedido, conforme a ementa a seguir:

Verificado que nas terras em causa não se achavam localizados, permanentemente, silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946), à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), pois que foram levados para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), válidos são os títulos de propriedade do suplicante, e a União não poderia ter-se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as respectivas perdas e danos. Ação cível originária julgada procedente.

O argumento principal era o de que não havia ofensa ao art. 198, pois a compra e venda ocorrera na vigência da Constituição de 1946, sem que o negócio ofendesse o art. 216 daquela Constituição, já que as terras adquiridas pelo autor estavam excluídas do habitat imemorial dos índios. O relator (Min. Soares Muñoz) menciona, em seu voto, várias passagens de um parecer de Miguel Reale acostado aos autos, no qual a compreensão hegemônica acerca dos índios é apresentada com toda a força. Segundo Reale, o objetivo dos textos constitucionais era proteger a posse de índios que ainda viviam à margem da civilização nacional, constituindo “núcleos populacionais de cultura primitiva³⁶⁴”. Por isso, segundo Reale, só integrariam o patrimônio da União as glebas que os indígenas estivessem habitando, devidamente localizados, com todas as características de uma tribo, sedentária ou não, sendo que tais aspectos não poderiam ser estendidos de forma a inviabilizar a garantia de terras devolutas aos Estados:

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 278-8/MT, Tribunal Pleno, Rel. Soares Muñoz, julg. 10.08.1983.

³⁶³ O Parque Nacional do Xingu (hoje Parque Indígena do Xingu) foi criado pelo Decreto nº 50.455, de 14 de abril de 1951.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 278-8/MT, Tribunal Pleno, Rel. Soares Muñoz, julg. 10.08.1983, p. 12.

o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autoriza, todavia, a União a estender 'ad libitum', por ato unilateral de puro arbítrio, a área que o art. 4º, item IV, da atual Constituição lhe confere. A admitir-se a inexistência de uma relação proporcional entre as tribos e o território a elas indispensável a fim de mater íntegro e intocável o tipo de vida que lhes é próprio, não restariam mais terras devolutas para grande número de Estados, nem sobraria espaço para as propriedades privadas³⁶⁵

Com base nesse raciocínio, a conclusão do voto do relator é a de que, como os índios não estavam localizados na área quando da alienação das terras, nem havia indícios de que a terra tenha sido habitat imemorial dos índios, pois eles teriam sido trazidos para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), os títulos de propriedade do autor eram válidos, sendo cabível o pedido de indenização. Em sentido parecido votou o ministro Aldir Passarinho³⁶⁶. O voto do Min. Néri da Silveira fez menção ainda ao termo “silvícolas” para demonstrar que apenas os habitantes da selva é que seriam relativamente incapazes e teriam direito à posse de terras³⁶⁷. Em mais uma tentativa de falar pelos índios ou de legitimar a subtração de terras ou a impossibilidade de utilização, o ministro relevava o ato administrativo de redução de áreas:

Ora, se estes não necessitam de toda a zona demarcada – ordinariamente, “com largueza” - a partir de um dado momento – ou porque as famílias diminuíram, numericamente, por causas que não vale aqui perquirir, - ou porque preferiram localizar-se, apenas, em uma certa porção do território

³⁶⁵ Ibid, p. 12.

³⁶⁶ O voto do Min. Aldir Passarinho afastou o reconhecimento no caso concreto, mas trouxe contribuição relevante sobre o fato de a ocupação tradicional prescindir de uma presença física em lugares determinados: “Não haveria de exigir-se que estes (índios) se encontrassem fixados em pontos certos, pois os índios andam normalmente em busca de melhores áreas para suas atividades de caça e pesca e pequena lavoura, mas tudo dentro de uma gleba mais ou menos conhecida. Entretanto, a única afirmação feita sobre a ocupação das terras em discussão pelos índios é a da assistente técnica da FUNAI, mas que apenas menciona que eles perambulavam por lá, sem qualquer assertiva mais segura de permanência deles em tais glebas, mesmo como ponto de caça, pesca ou de pequenas lavouras.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 278-8/MT, Tribunal Pleno, Rel. Soares Muñoz, julg. 10.08.1983, p. 31-32.

³⁶⁷ A menção consta de parecer emitido pelo ministro em 7.8.1963, quando ainda era Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande Do Sul, no Processo nº 0705/1963-PGE-RS, citado no voto: “Dessa maneira, o que vedado está é o desapossamento, de forma real, dos silvícolas, em relação àquelas terras, que – em verdade – ocupem e aproveitem, utilizando-as, concretamente, em seu favor e de suas famílias. Nada obsta, portanto, respeitadas as frações de certa área de terras, onde os selvagens estejam estabelecidos, com suas famílias, e as utilizem, - possa o Estado-membro desmembrar partes de território, primitivamente, reservado aos silvícolas, que não mais estejam servindo à habitação, uso e gozo dos aborígenes, ou porque não possuam recursos naturais aproveitáveis pelos indígenas, de acordo com seu estágio de desenvolvimento, ou porque dessas frações de terras não mais auferiram proveitos os índios. Em realidade, tratando-se de terras públicas estaduais, a garantia constitucional da posse em apreço, não extingue, como é óbvio, o direito dominial; daí, a viabilidade do exercício, pelo titular do domínio, dos poderes correspectivos, se e quando desaparecer o fato restritivo do pleno jus”. *Ibid*, p. 48.

delimitado, com caráter permanente -, impende concluir-se que o titular do domínio – respeitada, dessa forma, a posse localizada dos índios – poderá aproveitar o que remanesce, sem utilização efetiva, para dar-lhe destinação social valiosa. Nenhuma infração ocorreria ao dispositivo constitucional em apreciação, porque os índios não estariam a ser “arrancados” ou desapossados das terras, nem seriam sacrificados em seus interesses pessoais³⁶⁸.

O entendimento da Corte conferia apenas à habitação em caráter permanente dos índios na terra o reconhecimento jurídico capaz de afetar a validade da propriedade de terceiros, evitando de nulidade os seus títulos, nos termos do art. 198. No caso, a criação de um parque indígena teria ocorrido em uma área que os indígenas não habitavam fisicamente de forma permanente, razão pela qual deveria ter sido precedida de ato de desapropriação e pagamento de indenização. Assim, o particular que adquirira a propriedade antes da criação do parque faria jus à indenização, em razão da desapropriação indireta.

Esse entendimento denota, em primeiro lugar, a distinção entre terras em que os indígenas estavam localizados de forma permanente e terras com as quais a relação não era de habitação. A preocupação com esta questão pode ser extraída da menção que o ministro Aldir Passarinho faz à perambulação dos índios pela área como fator insuficiente para a demonstração da ocupação, por serem áreas destinadas apenas à caça, pesca ou pequenas lavouras.

Além disso, o julgado indica também uma interpretação de que a criação de parque indígena ou reserva indígena, nos termos do estatuto, só não gera o dever de indenizar em caso de coincidência com uma área ocupada historicamente pelos índios. Ou seja, há uma indicação do julgamento no sentido de que a sujeição ao regime constitucional das terras indígenas depende da demonstração da ocupação histórica pelos índios, conforme a interpretação restritiva do estatuto já indicara. Não havendo presença dos índios na área antes da criação do parque, pode-se até garantir a terra em favor daqueles, mas o particular deverá ser indenizado.

Esse raciocínio busca, de um lado, exigir uma ocupação histórica para o reconhecimento dos direitos e, de outro, aprofundar as distinções criadas pelo Estatuto do Índio entre terras tradicionalmente ocupadas e as demais categorias (reservas, parques indígenas e colônias agrícolas indígenas). Tal perspectiva ressalta a leitura da Constituição com o olhar para o passado, como se a ela não estivesse regulando situações do futuro, mas tão somente resolvendo situações já consolidadas e assegurando os direitos dos índios apenas sobre fatos já consumados. Sucede que as situações que gerassem as chamadas “reservas”

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 278-8/MT, Tribunal Pleno, Rel. Soares Muñoz, julg. 10.08.1983, p. 48.

também eram uma resolução de algo do passado, cuja adoção geralmente possuía vínculos com conflitos do passado e processos de expulsão e deslocamentos forçados dos índios.

Assim, às vésperas da Constituição de 1988, segundo o entendimento do STF, seria aplicável o art. 198 às situações que se encaixassem perfeitamente em uma interpretação limitadora da Constituição, como as situações de fato em que os indígenas historicamente estavam em determinadas áreas de forma perene e permanente. Para casos como o do Parque Indígena do Xingu, criado pelo Poder Público para promover o deslocamento forçado de indígenas para determinada área e posteriormente classificado como parque indígena pelo estatuto, incidiria o regime do art. 26 e seguintes da Lei nº 6.001/73.

Em suma, pode-se dizer que o debate constitucional anterior a 1988 centrou-se na discussão sobre a titularidade da União em relação às terras destinadas aos índios. A postura dos Estados, que se apropriaram de terras de aldeamentos sob o argumento de que eram devolutas, foi rechaçada pelo STF. O tribunal reconheceu a propriedade da União sobre elas pelo menos desde o Decreto-Lei nº 9.760/46 e, no âmbito constitucional, desde a Constituição de 1967. A titularidade da União estava resguardada mesmo em caso de abandono da área pelos índios. A consolidação desse entendimento na Súmula nº 480, porém, não foi suficiente para afastar o debate sobre os direitos de particulares ao recebimento de indenização, notadamente quanto a áreas que supostamente não haviam sido historicamente ocupadas pelos índios ou que foram objeto da criação de parques ou reservas.

A jurisprudência do STF não sistematizou o entendimento sobre a matéria, mas consolidou algumas diretrizes importantes. Ela demonstrou, em primeiro lugar, a necessidade de uma compreensão diferenciada da posse indígena, como se denota do voto do Ministro Victor Nunes Leal no RE 44.585, que influenciaria o debate constitucional e é bastante citado até hoje nos votos da Corte. A noção de habitat para diferenciar a posse indígena do direito de propriedade é de suma relevância para entender a relação dos índios com seu território, afastando a exigência de habitação ou localização permanente.

Ademais, para garantir a efetividade desses direitos, a Corte não se furtou, na maioria das vezes, a ressaltar e a respaldar o papel da União, tendo em vista a postura assumida por diversos Estados, inclusive no século XX, de negar a presença indígena, transferir suas terras a particulares e de prever na sua legislação a redução de áreas.

Em contrapartida, deve-se sublinhar que o posicionamento da Corte era ainda fortemente apegado ao regime tutelar então vigente, o que pode ser extraído das manifestações dos ministros e da invisibilidade conferida à participação e manifestação dos índios nos processos. A perspectiva de transitoriedade da posse em razão de uma integração paulatina à civilização, as visões limitadoras sobre os modos de vida dos indígenas – como a

de que só fariam jus a direitos especiais se vivessem nas selvas – e o tratamento meramente patrimonial ao tema, como singelo bem da União, não importando a presença indígena na área, são alguns exemplos. Ademais, o temor de que o reconhecimento de terras aos índios implicaria os efeitos similares de uma revolução socialista sobre a propriedade privada prenunciaria a oposição às demarcações e o temor de que causassem alterações, ainda que mínimas, na concentração fundiária no país.

À medida que o debate constitucional crescia, em que pese a vigência do regime tutelar, algumas lideranças indígenas começavam a mobilizar-se em âmbito nacional e a reivindicar, elas próprias, os direitos de seus povos. Com a abertura política promovida lentamente pela ditadura, a intensificação da organização dos grupos permitiu a construção de uma pauta conjunta para a Assembleia Constituinte que se avizinhava.

3.6 A Constituição de 1988: um novo paradigma

Uma das principais razões que motivam o apego à defesa intransigente da atual Constituição é o seu processo de elaboração. A Assembleia Constituinte de 1987/1988 padeceu de muitos defeitos e imperfeições, mas não se pode negar que foi o momento constitucional³⁶⁹ mais importante de nossa história. Até 1988, o Brasil nunca havia passado por um debate com tanta participação em uma Assembleia Constituinte, nem tinha assistido a um envolvimento tão grande de setores marginalizados de sua população nos debates que culminariam na Constituição de 1988.

Embora já tenham transcorrido três décadas desde então, boa parte dos atores sociais que se envolveram no processo de elaboração da Constituição seguem ativos, atuando em postos importantes dos poderes da República ou militando na sociedade civil. Por essa razão, revisitar o momento da elaboração da lei fundamental brasileira é mais do que um exercício de interpretação histórica, pois não só permite compreender os interesses envolvidos, os consensos, os avanços e os retrocessos na nossa trajetória democrática, mas também as disputas atuais de significados com vistas a superar, pela mutação constitucional ou por tentativas de reforma, os compromissos à época estabelecidos.

³⁶⁹ Adota-se aqui o conceito de momento constitucional formulado por Bruce Ackerman. Segundo o autor estadunidense, momentos constitucionais são períodos marcados por grande mobilização social e deliberação popular sobre a Constituição e temas constitucionais, que diferenciam-se de momentos de decisões governamentais ordinárias, pois são marcados por debates sérios entre forças opostas, sendo resultado deste processo uma deliberação legítima. Nesse sentido, ver: ACKERMAN, Bruce. *We the people 1: foundations*. Cambridge; London; Harvard University Press, 1991, p. 6.

No caso dos povos indígenas, muitos dos temas discutidos nos vinte meses da Assembleia Constituinte continuam sendo aventados no presente, como o tratamento dos índios como potenciais adversários da soberania nacional e adversários do desenvolvimento econômico. A afirmação identitária que a Constituição propiciou faria emergir, nos últimos trinta anos, uma contestação ainda maior à demarcação de terras indígenas, e as forças conservadoras passariam a dispensar ao tema uma contrariedade similar à oposição que destinaram à reforma agrária em 1988, retomando, pela interpretação constitucional, temas derrotados nos debates que envolveram a formulação do texto.

3.6.1 A Constituinte de 1987/1988: contra um velho discurso, uma nova mobilização

Ao longo dos anos 1970, enquanto o governo ditatorial ia do auge econômico ao ocaso político, cresciam os episódios de deslocamento forçado e as mortes de indígenas para a realização de obras de infraestrutura e realização de projetos de colonização³⁷⁰. À medida que o governo autoritário se enfraquecia, a crescente abertura política permitia a mobilização da sociedade civil e dos próprios indígenas em contestação ao projeto nacional destinado àqueles povos³⁷¹. No fim da década, a causa indígena ganhou força, e os pleitos de reconhecimento dos direitos daqueles povos às suas terras passaram a ter o apoio de diversos setores sociais.

Houve várias movimentações no período que convergiram para a formação de uma organização nacional indígena. Aqueles anos permitiram que, a despeito do regime tutelar, os indígenas de todo o país partilhassem experiências e pensassem em estratégias comuns de mobilização³⁷². A realização de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para analisar as

³⁷⁰ Além de casos já citados, pode-se mencionar o Projeto Grande Carajás, no sul do Pará, destinado à exploração de minérios, que teve como suporte a construção da hidrelétrica de Tucuruí e a estrada de ferro Carjá, impactando o povo Parakanã. Outro exemplo, já mencionado na introdução, é a construção da rodovia Transamazônica, que atingiu o povo Tenharim. Sobre o tema, ver: ARAUJO JUNIOR, Julio José. A rodovia transamazônica e os indígenas Tenharim: ontem e hoje. Artigos da Associação Nacional dos Procuradores da República. 2014. Disponível em <<http://www.anpr.org.br/artigo/70>> Acesso em 06 out. 2017.

³⁷¹ O mesmo fenômeno era observado em sede internacional. Em 1975, realizou-se a primeira conferência internacional dos povos indígenas, no Canadá, que reuniu grupos de 19 países, e em 1977, a primeira conferência internacional de organizações não governamentais acerca dos direitos indígenas. Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

³⁷² Nesse sentido, pode-se citar o depoimento de Ailton Krenak: “Ao longo dos séculos de colonização, em diferentes regiões do país, os índios sempre fizeram movimentos de resistência e de organização. Mas uma representação a nível nacional só foi possível agora, no final dos anos 1970, quando esses povos começaram a se encontrar, começaram a ver que tinham problemas comuns e que podiam encaminhar algumas soluções juntos”. COHN, Sérgio (org.). *Ailton Krenak*. Série Encontros. Rio de Janeiro: Azougue, 2015, p. 25.

violações de direitos dos índios, em 1977, e a mobilização contra a chamada “falsa emancipação”³⁷³ foram momentos que impulsionaram esse processo.

A campanha de resistência à emancipação conferiu visibilidade à causa indígena e gerou a criação e o fortalecimento de entidades, como a Operação Anchieta, o Centro de Trabalho Indigenista (CTI) e a Comissão Pró-Índio, de São Paulo. A mobilização gerou diversos atos de repúdio e saiu-se vitoriosa, e o governo desistiu momentaneamente do projeto. A aglutinação dessas forças impulsionou o chamado processo de retomada de terras por etnias como os Xavante (MT), Xerente (TO), Kaingang e Guarani (PR). No Nordeste, os Xocó (SE), por exemplo, lutavam contra ameaças de remoção por particulares e por atores governamentais³⁷⁴. Em 1979, representantes de diversas etnias elaboraram uma carta denunciando o fim do prazo previsto no Estatuto do Índio para a demarcação de terras³⁷⁵. Relatavam a falta de demarcação de mais de quarenta por cento das terras, a ocorrência de demarcações incorretas, as invasões de terras demarcadas, os impactos de projetos desenvolvimentistas e a ocorrência de deslocamentos forçados:

Transferências forçadas de grupos são usuais. Basta lembrar os exemplos dos *Krenakarore* e dos *Nhambiquara*, de Mato Grosso, e os *Guarani* do PI Pinhalzinho, no Paraná, e os *Kaiowá* de Mato Grosso do Sul. Transferidos também foram Waimiri-Atroari que encarnam a síntese de todos os males que podem acometer uma tribo indígena: massacrados pelas frentes de penetração, encontram-se agora na iminência de novamente serem transferidos da área para onde tinham sido atraídos pela Funai, em consequência da construção da estrada Manaus-Caracará e da hidroelétrica de Balbina. Em situação muito semelhante se encontram os *Arara* do Pará,

³⁷³ O projeto da “emancipação” consistia na pretensão da ditadura de “emancipar” de forma coletiva os chamados indígenas “aculturados”. O termo “emancipar” era utilizado com o sentido previsto no Código Civil, ou seja, o de afastar a incapacidade absoluta e o regime tutelar. A “falsa emancipação”, como foi chamada pelos índios e seus apoiadores, baseava-se no art. 9º do Estatuto do Índio, que já autorizava a emancipação aos indivíduos indígenas, mediante a observância de determinados requisitos, como o conhecimento da língua portuguesa ou a habilitação para o exercício. Com o projeto, buscava-se a emancipação de toda a comunidade, regulamentando o art 11 do Estatuto. O problema do projeto não era afastar o regime tutelar, mas sim usar a “emancipação” para negar direitos ou excluir a atuação estatal em favor de certos grupos. Embora aparentemente generosa, a proposta buscava, de fato, excluir a condição indígena de determinado grupo e, por conseguinte, afastar o direito à terra na forma prevista no art. 198 da Constituição, já que esta só eventualmente poderia ser doada à comunidade. Sobre o tema, ver: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. A questão da emancipação. *Cadernos da Comissão Pró-Índio*, v. 1 (São Paulo), ago, 1979; Conselho Indigenista Missionário - CIMI. *Outros 500: Construindo uma nova história*. São Paulo: Salesiana, 2001, p. 121; CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 114.

³⁷⁴ Sobre a luta dos Xocó por suas terras, veja-se a publicação da Comissão Pró-índio de São Paulo: DANTAS, Beatriz Góis; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Terra dos índios Xocó: estudos e documentos*. São Paulo: Editora Parma/Comissão Pró-Índio, 1980.

³⁷⁵ O Estatuto do Índio previu, em seu art. 65, que o Poder Executivo faria, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas ainda não demarcadas. Ao final do prazo, em dezembro de 1978, os indígenas denunciavam que muitas terras ainda estavam por ser demarcadas.

cuja s terras em grande parte foram transferidas pelo INCRA para um projeto de colonização da Cotrijui³⁷⁶.

Os índios finalmente passavam a ter alguma voz e veicular, por meio de lideranças³⁷⁷, as suas demandas, denunciando os problemas que vivenciavam. Cobravam ação do Estado e recusavam a postura paternalista da FUNAI. Em 1979, foi criada a União das Nações Indígenas (UNI), que buscava congregar as diversas etnias em um movimento nacional. O nome “nações” indígenas despertou forte oposição do governo militar, que se negou a conferir o registro de personalidade jurídica à organização, pois interpretava o termo como um ataque à soberania nacional³⁷⁸. Não só este termo, mas também as ideias de “territórios” e “povos” passariam a ser frequentemente refutadas, pois indicavam, segundo os opositores, uma afronta à soberania nacional.

Em 1980, a realização do IV Tribunal Russell, em Roterdã, um tribunal popular que denunciava a prática de crimes de guerra e contra a humanidade³⁷⁹, expôs ao mundo, em edição temática, os genocídios praticados contra os índios em várias partes da América do Sul, inclusive no Brasil³⁸⁰.

A despeito da visibilidade crescente das violações até então praticadas, a ditadura insistia em criar possibilidades de exploração econômica em terras indígenas. O Decreto nº

³⁷⁶ Carta ao governo, ao povo e aos índios (9 de setembro de 1979). In: DALLARI, Dalmo de Abreu; CUNHA, Manuela Carneiro da; VIDAL, Lux. A questão da terra. *Cadernos da Comissão Pró-Índio*. Nº 2. São Paulo: Global Editora, 1981, p. 42.

³⁷⁷ As assembleias e encontros deram visibilidade a alguns indígenas como novos atores políticos no cenário nacional, substituindo a representação por indigenistas ou sertanistas. No entanto, como observa Oliveira, a atuação como mediador junto ao Estado trazia dificuldades, pois afastava essas lideranças do cotidiano das aldeias e dos processos locais de decisão, ao mesmo tempo que os colocava sob a influência ora do Estado, ora de organizações não governamentais, que acabavam influenciando na pauta do movimento indígena. Cf. OLIVEIRA, João Pacheco de. “Regime tutelar e globalização: um exercício de sociogênese dos atuais movimentos indígenas no Brasil”. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 277-278.

³⁷⁸ Segundo a liderança do Rio Negro Álvaro Tukano, o temor dos militares não se confirmava: “Na verdade, ninguém queria formar outros Estados dentro do Estado brasileiro. O que defendemos foi a demarcação das terras indígenas, à luz da Constituição Federal, Lei nº 6001, Estatuto do Índio. Como cidadãos brasileiros, defendemos as culturas e tradições dos povos indígenas que têm suas terras tradicionais. O General não poderia desfazer a Constituição Federal que defende os nossos direitos. Via Funai, o Estado brasileiro tinha que demarcar os territórios das tribos distintas que vivem pelo nosso país e entender que as terras indígenas são os bens da União”. Cf. WERÁ, Kaka (org.). Tembeta: Álvaro Tukano. Rio de Janeiro: Azougue, 2017, p. 94-95.

³⁷⁹ O Tribunal Russell foi organizado pela primeira vez em 1966, pelo filósofo Bertrand Russell, com o fim de discutir a guerra no Vietnã. Na década seguinte, foram realizados tribunais similares, que se valeram do mesmo nome e destinavam-se a discutir crimes de guerra.

³⁸⁰ Problemas vivenciados por povos do rio negro com missões salesianas, os impactos da construção da Rodovia BR-174 sobre o povo Waimiri-Atroari, a expropriação sistemática de terras do povo Nhambiquara, a influência de missões salesianas sobre os modos de vida dos povos do Rio Negro e os ataques sofridos pelos povos Kaingang, no Paraná, e Yanomami, em Roraima, foram destacados. Cf. VERMEER, Ben (ed.). *Archive of the Fourth Russell Tribunal: on the rights of the Indians of the Americas*. Amsterdam: Brill, 1999. *Informe del Cuarto Tribunal Russell sobre los Derechos de los pueblos indígenas de las Américas: conclusiones*. Novembro, 1980.

88.985, de 10 de novembro de 1983, editado durante o governo Figueiredo, a fim de regulamentar dispositivos do Estatuto do Índio³⁸¹, previu a possibilidade de concessão de autorizações de pesquisa e concessões de lavra a empresas privadas nacionais³⁸².

A resistência ganharia peso ao longo da década de 80, unindo-se a um movimento amplo que congregava diversas forças pela volta da democracia ao país. Do outro lado, os militares e as classes dominantes almejavam uma abertura política lenta e sem grandes mudanças estruturais nas condições da população. A crise do regime não impediu que a classe dirigente conduzisse a transição para a democracia, como demonstraram a derrota imposta ao movimento das “Diretas já”³⁸³ e a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional, sem a constituição de uma Assembleia Constituinte exclusiva (Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985) para a elaboração da nova Constituição³⁸⁴.

O fortalecimento dos movimentos populares mostrava, porém, que a sociedade civil tentava organizar-se e interferir no processo político. Havia um verdadeiro momento constitucional, e os grupos sociais estavam nas ruas para influenciar nos rumos da Constituição e do país. A luta popular recusava a imposição de uma “transição com transação” e convergia para a construção de um texto constitucional que enfrentasse os problemas mais

³⁸¹ Os artigos 44 e 45 da Lei nº 6.001/73 tratavam da exploração das riquezas do solo e do subsolo da seguinte forma: Art. 44. As riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, fiação e cata das áreas referidas; Art. 45. A exploração das riquezas do subsolo nas áreas pertencentes aos índios, ou do domínio da União, mas na posse de comunidades indígenas, far-se-á nos termos da legislação vigente, observado o disposto nesta Lei; § 1º O Ministério do Interior, através do órgão competente de assistência aos índios, representará os interesses da União, como proprietária do solo, mas a participação no resultado da exploração, as indenizações e a renda devida pela ocupação do terreno, reverterão em benefício dos índios e constituirão fontes de renda indígena; § 2º Na salvaguarda dos interesses do Patrimônio Indígena e do bem-estar dos silvícolas, a autorização de pesquisa ou lavra, a terceiros, nas posses tribais, estará condicionada a prévio entendimento com o órgão de assistência ao índio.

³⁸² A medida atendia a interesses de empresas como a Paranapanema, empresa de construção civil que participou da abertura de estradas na Amazônia e que, após a descoberta de cassiterita na região, passou a diversificar suas atividades, realizando a exploração na terra indígena Tenharin, no Amazonas (Cf. BERTOLIN, Gabriel Garcês. *Entre outros: uma análise da transformação ritual entre os Kagwahiva*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). 2014. 216 f. Universidade Federal de São Carlos, 2015, p. 55-56). Na década de 1980, ela viria também a explorar o mesmo minério na Terra Indígena Waimiri Atroari, no Amazonas. (Cf. CARVALHO, José Porfirio F. de. *Waimiri Atroari: a história que ainda não foi contada*. 2ª ed. Brasília, 1982).

³⁸³ A derrota da proposta de emenda constitucional que previa eleições diretas para a Presidência da República (Emenda Dante de Oliveira), na madrugada de 26 de abril de 1984, mostrou o peso das Forças Armadas e da base de apoio político do governo para dar as cartas no jogo sucessório. Cf. SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 484.

³⁸⁴ Prevaleceu a proposta do governo José Sarney, que preconizava uma Assembleia Constituinte congressional, que cumulava funções com as atividades rotineiras do Parlamento (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO; Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 158). Com esse caráter, a Constituinte apresentava uma imagem de transição sem rupturas, o que era evidenciado pela participação de senadores “biônicos”, nomeados pelo governo militar, nos trabalhos.

graves do país. Sobre isso, escreveu Florestan Fernandes, em artigo na Folha de São Paulo em 28/3/1985:

Não se trata de transferir para dentro as 'melhores constituições do mundo'; nem de impor ao Brasil o ônus de possuir a Constituição mais adiantada e completa da nossa era. Mas de estabelecer uma carta constitucional para um país prolongada e profundamente destruído de uma sociedade civil civilizada (primeiro, por causa da escravidão; em seguida, por causa das sequelas da escravidão, da dominação externa, do subdesenvolvimento e do tradicionalismo mandonista e elitista). O impulso de associar a elaboração dos princípios dessa carta fundamental às condições concretas de existência e reprodução da família pobre, do trabalho operário, do movimento sindical, da violentação do trabalhador agrícola, do menor, do indígena, do negro e da mulher, às carências e frustrações que tornam a miséria um universal e a insegurança uma norma, aparece como o nódulo de uma revolução democrática irreversível e permanente. Se ele vingar, o futuro imediato será diverso do presente e o passado perderá o fulcro político de sua repetição incessante³⁸⁵.

Atentas a este processo, e a despeito da sub-representação que as minorias viriam a ter na Constituinte e de não haver um parlamentar indígena³⁸⁶, as entidades elaboraram em 1986 um programa mínimo, que continha cinco pontos a serem inseridos na Constituição. O texto propunha o reconhecimento de seus direitos territoriais, qualificados como habitat, com primazia sobre outros “por ter origem na ocupação indígena, que é anterior à chegada dos europeus.”, o que aludia à teoria do indigenato. Defendiam a demarcação, mas já manifestavam preocupação com a efetividade das medidas, não bastando o reconhecimento dos direitos:

Conforme a Lei nº 6.001/73, terminou em 21 de dezembro de 1978 o prazo para a demarcação de *todas* as terras indígenas. Hoje, apenas 1/3 das terras está demarcado. Por isso, é necessário colocar esta questão na nova Constituição Brasileira. Contudo, só a demarcação não basta: é preciso que as terras, uma vez demarcadas, sejam efetivamente garantidas, para evitar as invasões constantes que até hoje ocorrem³⁸⁷.

Pleiteavam ainda o usufruto exclusivo das riquezas naturais existentes no solo e subsolo dos seus territórios e, aliados aos movimentos camponeses, não deixavam de clamar

³⁸⁵ FERNANDES, Florestan. A luta popular pela Constituição. In: *Que tipo de República*. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2007, p. 148.

³⁸⁶ Havia uma notória sub-representação de minorias na Assembleia Constituinte: 26 congressistas mulheres (4,6% do total), 11 constituintes negros (2%) e nenhum indígena. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.p. 161.

³⁸⁷ O programa mínimo foi elaborado pela União das Nações Indígenas (UNI) com entidades de apoio ao índio, centrais sindicais e associações profissionais e científicas, além de movimentos sociais do campo. Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 169-170.

pelo reassentamento, em condições dignas e justas, dos posseiros pobres que se encontravam em terras indígenas. Não se extrai do programa qualquer pleito de cunho separatista. No mesmo sentido, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), partido que sucedeu o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e era o mais importante do país, vindo a ter 306 parlamentares na Constituinte³⁸⁸, aprovou em seu I Congresso Nacional, em 27 de agosto de 1986, uma plataforma favorável aos direitos indígenas, pelo reconhecimento do direito a viver segundo a sua própria cultura e pelo respeito do Estado a suas formas próprias de organização social e política. O documento ressaltava a necessidade de “abandonar a perspectiva assimilacionista da política indigenista oficial” e garantir o direito à terra, em uma definição que também remete à ideia de *habitat*³⁸⁹.

A movimentação de indígenas e entidades era vista com preocupação por alguns setores, que apontavam os chamados perigos da demarcação de terras para a segurança das fronteiras e para o desenvolvimento da região amazônica. Entre os opositores principais à causa indígena estavam as Forças Armadas e os representantes dos interesses das empresas mineradoras. O Conselho de Segurança Nacional (CSN), órgão responsável pela assessoria da Presidência da República na formulação e política de segurança nacional³⁹⁰, produziu documentos sigilosos em que externalizava preocupação com demarcação de terras em faixa de fronteira e sua influência negativa para o desenvolvimento da região amazônica. Propunha a identificação de terras indígenas por meio de comissão composta por vários órgãos e a criação de uma figura jurídica própria (a “colônia”) para as comunidades tidas como aculturadas³⁹¹.

³⁸⁸ O PMDB já não era, à época, um partido com mínima homogeneidade, pois continha em suas fileiras políticos que lutaram pela democracia, como Mário Covas (SP), e viria a abrigar, com a redemocratização e ascensão de José Sarney, dezenas de parlamentares egressos da antiga Arena, partido que sustentara o governo militar. Essa heterogeneidade geraria divisões no debate constituinte, especialmente quanto a temas polêmicos, como reforma agrária e a regulamentação das comunicações. Sobre o PMDB e o seu comportamento, veja-se: NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

³⁸⁹ “O Estado brasileiro deverá garantir os direitos à continuidade de ocupação e uso destas terras pelas populações indígenas. Aliás, este direito, em que pese a sistemática violação, já está reconhecido na legislação colonial, no Império e nas Constituições republicanas a partir de 1934, faz parte de nosso sistema jurídico. O conceito de terra indígena, na definição de sua extensão, deve ser o conceito de *habitat*, isto é, a terra indígena é aquela necessária para que o grupo possa não só sobreviver fisicamente, mas, acima de tudo, reproduzir sua cultura. Assim, o território indígena compreende o espaço utilizado para habitar, produzir alimentos, caçar, pescar e desenvolver a coleta de frutos. Urge a regulamentação das terras indígenas quanto à preservação do meio ambiente e à compatibilização com reservas florestais e parques nacionais, estaduais e municipais”. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 169-170.

³⁹⁰ Nos termos do art. 89, IV da Constituição de 1969, entre outras atribuições, cabia ao CSN dar, em relação às áreas indispensáveis à segurança nacional, assentimento prévio para concessão de terras, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicações.

³⁹¹ João Pacheco de Oliveira cita os seguintes documentos: Estudo 007/3º SC/86 - “A questão indígena e os riscos para a soberania e integridade do território nacional” e Estudo 029/3ª SC/87. OLIVEIRA, João Pacheco de. Sem a tutela, uma nova moldura de nação. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios*:

A Constituição foi objeto de constantes disputas, a começar pela forma de elaboração. Com a rejeição da proposta de elaboração por uma comissão de notáveis (comissão Afonso Arinos³⁹²), a Constituição foi construída procedimentalmente a partir da elaboração inicial em subcomissões e comissões temáticas, até chegar ao projeto final³⁹³.

A maioria das questões relacionadas aos povos indígenas foram discutidas na subcomissão de negros, populações indígenas, deficientes e minorias³⁹⁴, que realizou audiência pública sobre o tema e fez visita à Aldeia Kayapó, na Reserva Gorotiré, no sul do Pará. Constaram do anteprojeto do relator da subcomissão previsões como o caráter pluriétnico da sociedade brasileira, a garantia de direitos originários e organização social própria, a posse permanente das terras ocupadas, com a nulidade dos títulos de particulares incidentes sobre elas, e o usufruto exclusivo das riquezas naturais e minerais do solo e do subsolo³⁹⁵.

“pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 289-316. Em 1986, o governo federal concebeu o projeto Calha Norte, um programa de desenvolvimento e segurança para a região norte do país, com atenção especial à faixa de fronteira. A “exposição de motivos” do projeto continha um diagnóstico sobre a região e defendia a retirada dos indígenas das regiões de faixa de fronteira e a demarcação de terras em ilhas, de forma a evitar uma continuidade territorial e assegurar a plena atuação estatal. O documento relatava ainda a baixa densidade demográfica da região norte e mencionava a presença de índios “em diversos graus de aculturação”, que representavam 0,04% da população do país e 22,7% da população indígena nacional. Buscava-se, como resposta a este quadro, a integração da região ao restante do país, com obras de infraestrutura, o incremento da presença militar, pela instalação de unidades militares, e o estabelecimento de vilas, povoados e cidades. Sobre o programa, veja-se: LOURENÇÃO, Humberto. Concepções de políticas de defesa e desenvolvimento da Amazônia de 1985 a 2006. *Revista da Escola Superior de Guerra*, v.29, n.59 (ju./dez.), 2014. Rio de Janeiro: ESG, 2014, p. 11-29.

³⁹² As organizações indígenas chegaram a submeter à Comissão Afonso Arinos uma minuta, na qual reforçavam o caráter inalienável das terras indígenas, o direito à posse permanente pelos índios e o reconhecimento do usufruto exclusivo das riquezas naturais, não só do solo, mas também do subsolo (art. 1º, *caput*). O projeto da comissão foi mais modesto, pois remetia a questão a uma legislação específica, a qual deveria compreender algumas medidas tendentes à garantia da igualdade de direitos, “sem prejuízo dos seus usos e costumes específicos” e do apoio social e econômico aos índios (art. 381), mas referendava os termos propostos no projeto dos índios. Como dado negativo, o projeto continha também a autorização para a previsão de exploração de minérios, sem falar em qualquer tipo de autorização, mas com garantia de contraprestação em favor das comunidades (art 382). Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 177-179.

³⁹³ O regimento previu a criação de oito comissões específicas, com três subcomissões cada uma, totalizando 24 subcomissões. Instalada a Constituinte em fevereiro de 1987, as comissões temáticas realizaram os seus trabalhos até 15 de junho de 1987, quando os seus projetos foram encaminhados à comissão de sistematização, que ficaria responsável pela unificação e organização dos capítulos, transformando-os em um projeto único de Constituição.

³⁹⁴ As principais discussões referentes à temática indígena deram-se na subcomissão de negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias, mas houve também debates relacionados ao reconhecimento dos povos indígenas enquanto “nações” e ao caráter “multinacional” do estado brasileiro na subcomissão de nacionalidade, da soberania e das relações internacionais (pertencente à comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher) e discussões na subcomissão de educação, cultura e esportes (pertencente à comissão da família).

³⁹⁵ Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. VII – Comissão da Ordem Social. VII-c Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Anteprojeto e Relatório. Vol. 196. Brasília, Senado Federal, p. 12. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-197.pdf>> Acesso em 7 out. 2017.

Boa parte das propostas de emenda ao anteprojeto do relator contestava a previsão do caráter pluriétnico da sociedade brasileira, a inclusão do subsolo no usufruto e a conceituação de terra indígena, que era considerada demasiadamente ampla. Por exemplo, o deputado federal Nilson Gibson (PMDB-PE)³⁹⁶ propôs várias emendas e questionou a previsão da pluriétnicidade, sob o argumento de que esse conceito afrontava a harmonia entre as raças e não contribuía para a desejável integração nacional³⁹⁷.

O anteprojeto final da subcomissão³⁹⁸, remetido à comissão de ordem social, manteve a previsão do caráter pluriétnico da sociedade brasileira e classificou as terras ocupadas pelos índios como aquelas por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias para preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural (art. 11, § 1º). O texto previa o caráter inalienável, imprescritível e indisponível das terras, vedada outra destinação que não fosse a posse e usufruto dos próprios índios (art. 11, § 2º). Manteve-se, ainda, a garantia do usufruto do subsolo.

Após o encaminhamento do anteprojeto à comissão de ordem social, foi novamente contestado o usufruto do subsolo, por suposta afronta à isonomia em relação aos demais brasileiros, e houve novas críticas à conceituação “ampla” de terras indígenas e à previsão de nulidade de títulos incidentes sobre elas. Boa parte das propostas de emendas era de cunho integracionista³⁹⁹, sendo que uma delas, do Deputado José Lourenço Morais da Silva (PFL-

³⁹⁶ O parlamentar ganhou notoriedade na Assembleia pela defesa que fazia do regime militar. Nesse sentido, ver: Sérgio Montalvão; Cláudia Montalvão (s/d). Verbetes “Nilson Gibson”. In: Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro, CPDOC/FGV. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jose-lourenco-morais-da-silva>> Acesso em 7 out. 2017.

³⁹⁷ Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. VII – Comissão da Ordem Social. VII-c Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão. Vol. 197. Brasília, Senado Federal, p. 39. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-197.pdf>> Acesso em 7 out. 2017.

³⁹⁸ Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. VII – Comissão da Ordem Social. VII-c Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Anteprojeto. Vol. 200. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-200.pdf>> Acesso em 7 out. 2017.

³⁹⁹ O Senador Odacir Soares, por exemplo, questionou a previsão de nulidade de títulos, por “provocar total insegurança para qualquer proprietário, pois não se sabe quais as terras ocupadas pelos índios, sendo certo que, em princípio, pelo menos um dia no passado, essas terras foram por eles ocupadas”. Outra proposta de emenda, do constituinte Nilson Gibson, que ressaltava a possibilidade do direito de livre navegação para os não índios. Havia também emendas em sentido oposto, como a que propunha a vedação de qualquer atividade de exploração mineral nas terras ocupadas pelos índios, do deputado Haroldo Lima. Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. VII – Comissão da Ordem Social. VII-c Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Emendas oferecidas à VII – Comissão da Ordem Social. Vol. 182. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/vol-182_parte1>. Acesso em 7 out. 2017.

BA), preconizava um tratamento distinto aos indígenas conforme o estágio de desenvolvimento em que se encontravam e defendia a integração à comunhão nacional⁴⁰⁰. Ao final, porém, prevaleceu na comissão de ordem social um texto não assimilacionista que, embora sem a previsão de “direitos originários”, resguardava a autonomia dos índios e ainda permitia o usufruto do subsolo⁴⁰¹.

Na comissão de sistematização, novas resistências foram apresentadas, porém prevaleceu, em linhas gerais, quando da apresentação do primeiro anteprojeto, no início de julho de 1987, as mesmas propostas, inclusive com o restabelecimento da expressão “direitos originários”. A partir de então, porém, passou a existir uma forte pressão pela mudança do texto.

O CSN monitorava os trabalhos da Constituinte e via na comissão de sistematização o único caminho para alterar previsões sobre temas como a extensão das funções das Forças Armadas, matéria indígena e energia nuclear. O projeto era criticado por contrariar o “espírito de integração preconizado pela política indigenista nacional” e “conferir privilégios que contrariam a unidade nacional (nações indígenas, etnia) e a igualdade de direitos entre brasileiros (subsolo)”⁴⁰². Iniciava-se uma articulação mais incisiva para a alteração do texto, que ganharia repercussão midiática. Em 09 de agosto de 1987, o jornal “O Estado de São Paulo” estampou a seguinte capa: “Os índios na nova Constituição – a conspiração contra o Brasil⁴⁰³”. No texto da matéria, menciona-se um manifesto assinado por 47 mil austríacos,

⁴⁰⁰ O deputado opunha-se abertamente ao que ele chamava de “salvar o país da insanidade dos radicais de esquerda”. Joaquim Justino Santos; Marcelo Costa (s/d). Verbete “José Lourenço Morais da Silva”. In: Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro, CPDOC/FGV. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jose-lourenco-morais-da-silva>> Acesso em 7 out. 2017. Em sua justificativa, o parlamentar alegava a potencialidade de conflitos em caso de expansão de áreas indígenas sobre núcleos populacionais urbanos e assentamentos rurais.

⁴⁰¹ Art. 101 – As terras ocupadas pelos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo, das utilidades nelas existentes e dos cursos fluviais, ressalvado o direito de navegação. § 1º – São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias à preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural. § 2º – As terras ocupadas pelos índios são bens da União, inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis a qualquer título, vedada outra destinação que não seja a posse e usufruto dos próprios índios, cabendo à União demarcá-las. § 3º – Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares, ficando garantido seu retorno às terras quando o risco estiver eliminado. Fica proibida, sob qualquer pretexto, a destinação para qualquer outro fim das terras temporariamente desocupadas.

⁴⁰² Estas informações constam da Memória nº 038/1ª SC/87, documento reservado do Conselho de Segurança Nacional, cujo acesso é disponibilizado a pesquisadores pelo Arquivo Nacional. O acesso a esses documentos permitiu ao pesquisador Pádua Fernandes não só descrevê-los, mas também traçar um perfil da atuação do órgão na defesa da restrição de direitos indígenas. Cf. FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. *Revista InSURgência, Brasília*, ano 1, v.1, n. 2, 2015, p. 142-175.

⁴⁰³ O Estado de São Paulo. “A conspiração contra o Brasil”. p. 1. 09/08/1987.

que havia sido encaminhado à Assembleia, o qual representaria a ameaça de restrição da soberania em terras indígenas e a não exploração de riquezas minerais nessas áreas⁴⁰⁴.

A ofensiva foi bem sucedida e provocou, de imediato, grandes mudanças no texto, que passou a estabelecer, já no primeiro projeto substitutivo da Comissão de Sistematização, elaborado pelo relator Bernardo Cabral, que as terras indígenas seriam apenas aquelas de posse imemorial dos índios onde se achassem permanentemente localizados. O texto excluía o usufruto dos recursos do solo e afastava o reconhecimento de tais direitos aos índios com “elevado estágio de aculturação”, que mantivessem uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitassem terras indígenas⁴⁰⁵:

Art. 302 – São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de **posse imemorial onde se acham permanentemente localizados**, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradição, competindo a União a proteção desses bens.

Art. 303 – As terras de posse imemorial dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nela existentes.

§ 1º – São terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados os índios aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua preservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Art. 305 – Os direitos previstos neste capítulo **não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas**. (sem grifos no original)

O texto significava claro retrocesso em relação ao debate que vinha sendo realizado sobre o tema. A previsão de posse imemorial em áreas onde os indígenas estavam permanentemente localizados assemelhava-se aos textos de constituições anteriores a 1967, levando à verificação de presença física quando da promulgação da Constituição. Mais grave ainda era o art. 305, que buscava excluir a proteção constitucional dos indígenas tidos como

⁴⁰⁴ Em vez de opor-se diretamente às demandas indígenas, a matéria atacava entidades que atuavam em defesa dos direitos territoriais indígenas, como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), que serviam, segundo o jornal, de “testa de ferro” a interesses estrangeiros, ameaçando a soberania nacional. Nesta ofensiva, o Congresso chegou a instalar uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, cuja vida foi efêmera, mas serviu como meio de pressão e instrumento para contestação à amplitude do reconhecimento dos direitos indígenas. O relatório da CPMI sequer chegou a ser votado, por falta de quórum, e no final do ano de 1987 a comissão já havia se encerrado. Cf. SANTILLI, Marcio. A CPMI que evaporou nos idos da Constituinte. *Instituto Socioambiental*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa-blog-do-ppds/a-cpmi-que-evaporou-nos-idos-da-constituente>> Acesso em 08 out. 2017.

⁴⁰⁵ Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição. Primeiro substitutivo do relator. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>> Acesso em 08 out. 2017.

aculturados, promovendo uma distinção que impediria a reivindicação de terras por indígenas tidos como aculturados. Buscava-se na Constituinte o que o projeto de “emancipação” não havia conquistado.

Note-se que aquela era a primeira vez em que a expressão “posse imemorial” aparecia em um projeto na Assembleia Constituinte. O termo foi utilizado para restringir a interpretação do conceito de “terras indígenas”, e não para ampliá-lo. Para não pairar dúvidas acerca de seu caráter limitador, ele vinha acompanhado da expressão “onde se acham permanentemente localizados”, retomando a dicção dos textos constitucionais de 1934, 1937 e 1946.

A expressão “posse imemorial” remete a uma ocupação pré-existente, dotada de continuidade até o dia da promulgação da Constituição, daí a complementação pela ideia de “localização permanente”. Com esse texto, atendia-se aos grupos de interesse que pretendiam tornar limitado o alcance do dispositivo constitucional a situações consolidadas em que os indígenas haviam conseguido manter sua ocupação. Curiosamente, no entanto, mesmo com a sua retirada do texto final, a expressão continuaria a ser bastante invocada, mas passaria a ser associada a um sentido oposto ao do debate constituinte, desta vez vinculando-a ao temor da chamada “síndrome de Copacabana”, como se ela supostamente autorizasse a demarcação de terras indígenas onde houvesse ocorrido ocupação indígena em qualquer tempo da história brasileira.

Além do retrocesso quanto à caracterização das terras, o projeto substitutivo de Bernardo Cabral adotava uma clara visão integracionista ao prever a não aplicação do dispositivo a “índios com elevado estágio de aculturação”. Com essa caracterização essencialista sobre os índios, o projeto acenava para a ilegitimidade de qualquer pleito formulado por grupo cujas características se assemelhassem às dos grupos majoritários da sociedade nacional, como língua, vestimentas e práticas⁴⁰⁶, afastando qualquer resquício da autonomia enfatizada nos projetos anteriores. Completava-se, assim, a empreitada para restringir o alcance do texto.

Como reação à ofensiva e ao projeto substitutivo do relator, os indígenas e entidades apresentaram emendas populares⁴⁰⁷. Em defesa de uma delas, Ailton Krenak fez, em 4 de

⁴⁰⁶ Como observa Daniel Pinheiro Viegas, essa proposta retirava o direito de grande parte dos povos indígenas, principalmente do Nordeste, que foram obrigados a deixar suas terras em razão das expedições de “descimento”, além das expedições punitivas, das doenças contagiosas e do avanço sobre as terras indígenas. VIEGAS, Daniel Pinheiro. *A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: A territorialização como instituto jurídico-constitucional*. Manaus, UEA Edições, 2017, p. 119.

⁴⁰⁷ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Emendas Populares. Vol. 2. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-231.pdf>> Acesso em 8 out. 2017.

setembro de 1987, um discurso histórico na Constituinte, rebatendo certas visões, como as de que os índios seriam separatistas ou que impediriam o desenvolvimento:

O povo indígena tem um jeito de pensar, tem um jeito de viver, tem condições fundamentais para a sua existência e para a manifestação da sua tradição, da sua vida, da sua cultura, que não coloca em risco e nunca colocou em risco a existência, sequer, dos animais que vivem ao redor das áreas indígenas, quanto mais de outros seres humanos. Creio que nenhum dos srs. poderia jamais apontar atos, atitudes da gente indígena do Brasil que colocaram em risco, seja a vida, seja o patrimônio de qualquer pessoa, de qualquer grupo humano neste país. (...)

Um povo que sempre viveu à revelia de todas as riquezas, um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser de forma nenhuma contra os interesses do Brasil ou que coloca em risco qualquer desenvolvimento. O povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos 8 milhões de quilômetros do Brasil. V. Exas. São testemunhas disso⁴⁰⁸.

Não obstante, a previsão da “posse imemorial” em terras de localização permanente e a exclusão de direitos aos índios “aculturados” foram mantidas no primeiro⁴⁰⁹ e no segundo⁴¹⁰ substitutivos da comissão de sistematização. O texto manteve-se idêntico até a conversão do substitutivo no Projeto de Constituição “A”, apresentado em 18 de novembro de 1987⁴¹¹. O projeto era francamente desfavorável aos povos indígenas, agradando aos grupos de interesse que tinham um *lobby* mais poderoso na Constituinte. Isso forçou os indígenas a intensificarem

⁴⁰⁸ Discurso na Assembleia Constituinte, em 04/09/1987. COHN, Sérgio (org.). *Ailton Krenak*. Série Encontros. Rio de Janeiro: Azougue, 2015, p. 34-35.

⁴⁰⁹ O tema foi regulado nos arts. 302 a 305 do projeto. Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição. Primeiro substitutivo do relator. Vol. 235. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>> Acesso em 8 out. 2017.

⁴¹⁰ O tema foi regulado nos artigos 261 a 264 do projeto. Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição. Segundo substitutivo do relator. Vol. 242. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf>> Acesso em 8 out. 2017.

⁴¹¹ O Projeto “A” da Constituição continha basicamente as mesmas previsões: “Art. 268 – São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens. (...) Art. 269 – As terras de posse imemorial dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º – São terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados os índios, aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua conservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Art. 271 – Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios **com elevado estágio de aculturação**, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.” (sem grifos no original) Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição “A”. Da comissão de Sistematização. Vol. 251. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-251.pdf>> Acesso em 8 out. 2017.

a pressão sobre os parlamentares, com a organização de caravanas a Brasília para rechaçar os termos do projeto⁴¹².

A reviravolta provocada pela insurreição do chamado “centrão”, um grupo de parlamentares de inclinação conservadora que clamava por mais participação nas deliberações⁴¹³, alterou os rumos da Constituinte e o formato das deliberações, o que permitiu a construção de um novo texto para os povos indígenas⁴¹⁴. Havia uma constante necessidade de acordos entre campos ideológicos opostos, com reflexo nos textos, que podiam conter previsões genéricas ou ambiguidades.

Temas como propriedade e reforma agrária⁴¹⁵ não geravam acordos, o que levava aos chamados “buracos negros”, consistentes em impasses quanto a temas que não obtinham a aprovação da maioria regimental⁴¹⁶. A preocupação dos constituintes conservadores com temas fundiários não atingia os direitos territoriais indígenas com a mesma intensidade. Como se viu, as Forças Armadas e as empresas mineradoras eram os grupos de interesse que dispensavam a maior atenção ao regime jurídico de terras indígenas. É possível imaginar também que o real impacto das transformações decorrentes da substituição do regime tutelar não era adequadamente percebido por certos setores, dada a consolidação do paradigma assimilacionista e a naturalização de um cenário de privações de direitos territoriais aos indígenas que fazia os grandes proprietários não despertarem para as demandas que adviriam do novo texto.

⁴¹² Sobre a atuação do movimento indígena na Constituinte, veja-se: LOPES, Danielle Bastos. O movimento indígena na Assembléia Nacional Constituinte (1984-1988). Dissertação (Mestrado em História Social). 2011. 184 f. - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Formação de Professores, 2011.

⁴¹³ A criação do centrão foi estimulada pelo governo Sarney, insatisfeito com a previsão do projeto de reduzir seu mandato para quatro anos e da chamada “cláusula parlamentarista”. Eles defendiam pautas como a contestação à limitação do direito de propriedade e de canais de democracia participativa. Sobre o tema, ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 167.

⁴¹⁴ O “centrão” conseguiu mudar o regimento da Constituinte e derrubar as decisões das comissões de sistematização, garantindo a discussão sobre novas propostas de projeto da Constituição, que deveriam ser chanceladas previamente pela maioria absoluta. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 195.

⁴¹⁵ No caso da reforma agrária, a principal discordância referia-se à desapropriação de propriedades produtivas., Fernando Henrique Cardoso, que era constituinte à época, declarou, em entrevista a Luiz Maklouf Carvalho: “O que complicou todo o processo – e gerou o Centrão – foi a radicalização da questão da reforma agrária e da função social da propriedade. (...) Aquilo desandou, porque não se fez um entendimento razoável. No resto não desandou: quase quebra, mas não quebra, quase quebra, mas não quebra. Mas ali quebrou. Foi ali que uniu o Centrão” (sem grifos no original). CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: *Segredos da constituinte*. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 125.

⁴¹⁶ Segundo Bernardo Cabral, colocar a expressão “na forma da lei” era o único caminho possível em caso de impossibilidade de acordo. Cf. Ibid, p. 102.

O menor acirramento no debate não significava, obviamente, que forças conservadoras e o próprio “centrão” não se posicionassem ou não podiam vislumbrar, ainda que sem total clareza sobre os efeitos da afirmação étnica, as consequências que o capítulo que se gestava poderia acarretar. O tema, contudo, não gerava o mesmo tipo de oposição aguerrida que a reforma agrária havia proporcionado. A explicação que se pode vislumbrar é a de que, na visão desses setores, o reconhecimento de terras indígenas, embora não desejado, não provocaria grandes perturbações na concentração fundiária, pois havia poucos grupos indígenas (estimava-se a população à época em 220 mil indígenas) e existia uma compreensão de que o indígena tido como “aculturado” não pleitearia – ou seria impedido de pleitear – terras. Por isso, pode-se dizer que a oposição mais aguerrida aos direitos territoriais indígenas não era dos latifundiários, mas de setores igualmente fortes, como as Forças Armadas e as mineradoras, o que repercutia em temas como soberania nacional e defesa das fronteiras, com implicações sobre termos como “terra”, “território” e “nação”.

Tampouco se pode falar em relação não conflituosa com os índios, pois houve episódios de enfrentamentos e intimidações aos grupos indígenas no campo⁴¹⁷. A ofensiva existente não era nada desprezível, tendo recebido a capa de um dos principais jornais do país. Como resposta, as lideranças indígenas procuraram participar ativamente das discussões, enfatizando a dívida histórica do país. Em discurso, o cacique Kayapó Raoni Mentuktire reforçou o apelo pela mudança do texto contido no Projeto “A”⁴¹⁸:

Toda a terra do meu povo tá ocupada. Lá tem garimpo, tem madeireira, tem fazendeiro que tava mexendo na terra do meu povo dentro da área. Eu tou explicando pra vocês, pra vocês lembrar minhas palavras. Vocês tão pensando que avó seu nasceu primeiro aqui? Vocês tão pensando isso? Nós nasceu primeiro, aqui, no Brasil inteiro. (...) Vocês têm que pensar, vocês têm que respeitar meu povo. Meu povo estava morrendo na mão do seu povo. Eu não aceito.

Com a colocação em discussão de um novo projeto integral, a partir de pressão do “centrão”, os textos passariam a ser votados novamente em um Projeto “B” da Constituição,

⁴¹⁷ Ailton Krenak assim relatou: “Eles estavam organizados numa frente chamada UDR, União Democrática Ruralista, que era uma coisa bem fascista mesmo. Eles saíam publicamente fazendo linchamentos. Era uma coisa meio Ku Klux Klan, era perigoso, eles mandavam matar sem medo. A UDR se articulou politicamente em torno do 'centrão', que era uma convergência de partidos de direita que não tinham vergonha de ser de direita. Eram fazendeiros do Rio Grande do Sul, do Paraná, do Mato Grosso, que realmente barbarizavam, sem esconder nada. Chegavam a ameaçar pessoas publicamente nos meios de comunicação. Foi pouco depois disso que o Chico Mendes foi assassinado. Os fazendeiros não tinham medo não, eles matavam qualquer um sem despistar”. Cf. COHN, Sérgio (org.). *Ailton Krenak*. Série Encontros. Rio de Janeiro: Azougue, 2015, p. 223.

⁴¹⁸ Cf. Conselho Indigenista Missionário - CIMI. *Outros 500: construindo uma nova história*. São Paulo: Editora Salesiana, 2001, p. 123.

independentemente do teor anteriormente apresentado. Os capítulos eram discutidos separadamente, e conseguiu-se obter um acordo em relação ao capítulo dos índios. Em 1º de junho, o capítulo foi votado, com 497 votos favoráveis, 5 contrários e 10 abstenções⁴¹⁹. O projeto final contemplou a retirada das previsões “posse imemorial” e “localização permanente”, bem como previu o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas”, além de ter afastado as distinções para os indígenas “aculturados”. O uso do subsolo não foi garantido. Sua redação manteve-se praticamente idêntica até o texto final (projetos “C” e “D”):

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴¹⁹ Cf. Centro Ecumênico de Documentação e Informação - CEDI. *Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90*. São Paulo: CEDI, 1991, p. 27.

Na votação do texto final em segundo turno, os indígenas ainda lograriam mais uma vitória: a supressão da previsão de que as terras de extintos aldeamentos indígenas seriam bens dos Estados (art. 28 do Projeto “A”⁴²⁰). A proposta tentava fazer prevalecer o antigo entendimento de que os aldeamentos haviam sido apropriados pelo Estado, o qual já havia sido rechaçado pelo STF em várias decisões.

3.7 Conclusões parciais: A descolonização, a interculturalidade e as brechas na Constituição de 1988 para potencializar novas memórias

O presente capítulo percorreu, de forma sumária, séculos da história do Brasil e revisitou o tratamento conferido aos povos indígenas ao longo de diversos períodos. A construção de certos regimes de memória sobre os povos indígenas carregavam consigo os esquecimentos e os silenciamentos que fizeram desses grupos meros coadjuvantes da história oficial, mediante representações idealizadas e um tratamento inferiorizante.

Apesar da imposição de violências materiais e simbólicas, os indígenas, mesmo reduzidos a uma cidadania de segunda classe, resistiram e estabeleceram suas estratégias adaptativas, procurando amoldar-se e reinventar-se, em constantes negociações com os colonialismos de cada época. Os genocídios não foram plenos e, apesar do aparato instrumental do campo jurídico, a estratégia de imiscuição na sociedade nacional ou branqueamento da população brasileira não teve pleno êxito.

Com o “problema” indígena em evidência, a perspectiva positivista levou-nos ao regime tutelar, em que o Estado assume um papel mais incisivo no tratamento da temática, oferecendo-lhe referencial constitucional. A partir de então, as espoliações do passado, inclusive pela via legal, começam a ser revisitadas e, em muitos casos, chanceladas.

Nesse contexto, a teoria do indigenato demonstrou que já era possível extrair da cadeia legislativa colonial um regime protetivo das terras dos índios, o qual foi mantido pela lei que instituiu a propriedade privada no país. Havia, desde o período colonial, um fundamento normativo para a proteção dos direitos dos índios às suas terras, que seria reforçado pela atribuição de titularidade dessas terras à União e pela negação da roupagem como “terra devoluta”.

⁴²⁰ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Projeto “A”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-251.pdf>> Acesso em 10 out. 2017.

O paradigma assimilacionista, porém, ainda estava vigente, o que subordinava o interesse dos povos indígenas a interesses nacionais e a visões hegemônicas. A realidade começa a mudar quando os índios entabulam mobilizações e buscam os seus aliados, culminando na participação ativa para a elaboração da Constituição de 1988.

À guisa de uma análise por ora mais geral, é possível destacar a importância da Constituição de 1988 e o giro que ela provocou ao tocar em pontos sensíveis à formação nacional e não fechar os olhos à ferida colonial. O caráter compromissório⁴²¹ da carta, fruto de mobilizações em sentidos opostos, não impediu a aprovação de um texto inovador, que assegura o pluralismo e a autonomia dos povos indígenas.

Comparada com os textos constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 foi verdadeiramente transformadora. Fazendo uma leitura sistêmica do texto, verifica-se a consagração do caráter plural da sociedade brasileira e o sepultamento do paradigma assimilacionista antes vigente. A nova ordem constitucional repudia o racismo e enfatiza a autonomia desses povos, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições e mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam.

O regime tutelar foi abolido, assim como a hierarquização e homogeneização de grupos. A Constituição de 1988 não dá margem a uma perspectiva que veja no destino dos indígenas a obrigatória e inexorável “paulatina integração à comunhão nacional”. Rejeita-se a inferiorização para colocar em pé de igualdade os modos próprios de vida de cada grupo ou indivíduo.

Nesse contexto, a leitura da própria Constituição deve estar atenta a uma forma de pensar que encare os institutos jurídicos em diálogo com as percepções e cosmovisões dos grupos indígenas. Como afirma Souza Filho, a Constituição reconhece como legítima uma ordem que ela mesma desconhece, uma vez que a organização social dos povos indígenas se baseia nos usos, costumes e tradições⁴²². Diante disso, a lei não é capaz de enquadrar aquela realidade dinâmica ou mesmo dar conta, sob parâmetros já estabelecidos (social e juridicamente), dos novos paradigmas apresentados. É necessário também uma outra leitura sobre os institutos já existentes, como propriedade, usufruto, terras e bens públicos.

Impende frisar ainda que os direitos indígenas contidos no art. 231 correspondem a direitos fundamentais dessas comunidades⁴²³. Parece uma platitude, mas é sempre oportuno

⁴²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 171-172.

⁴²² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário ao art. 231. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2150.

⁴²³ Paulo Thadeu Gomes da Silva observa que a terra é um elemento imprescindível na autorreprodução das sociedades indígenas, por isso é um direito fundamental indígena. Em alusão à doutrina de Robert Alexy, o autor destaca que os direitos indígenas contidos no art. 231 carregam consigo as marcas da universalidade, da

ressaltar este aspecto, sob pena de a temática ser tratada sob uma ótica exclusivamente patrimonial, como ocorria na ordem constitucional progressiva, que se preocupava mais com a titularidade de bens imóveis - por entes federativos ou por particulares - do que com a realidade dos principais destinatários dessas normas constitucionais. Os direitos territoriais indígenas são formal e materialmente fundamentais: possuem fundamentalidade formal, por estarem previstos na Constituição (Constituição formal), e vincularem de forma imediata as entidades públicas e particulares, nos termos do art. 5º, § 1º, e fundamentalidade material⁴²⁴, tendo em vista a conexão do direito à terra tradicionalmente ocupada com o princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, a garantia do território implica a proteção da própria existência do grupo enquanto indígena⁴²⁵, daí a relevância do papel do Estado no respeito aos territórios e na atuação proativa em favor da adoção de medidas em seu favor - antes, durante e depois da demarcação.

Tratando-se de direitos fundamentais, os direitos indígenas, sobretudo os territoriais, devem ser considerados cláusulas pétreas, pois estão protegidos pela previsão contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que proíbe reformas constitucionais que sejam tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. Nesse ponto, convém apontar o entendimento amplamente majoritário acerca da amplitude do referido dispositivo, que compreende não apenas direitos de primeira dimensão, mas todos os direitos fundamentais, localizados em qualquer parte do texto constitucional⁴²⁶. Dessa forma, considerando a indivisibilidade dos direitos fundamentais e a não hierarquização entre eles, a leitura sistêmica da Constituição não pode reduzir o alcance da cláusula pétrea apenas a liberdades públicas, já que todos os direitos, inclusive os de liberdade, geralmente possuem mais de uma faceta - defensiva e prestacional

preferencialidade, da moralidade, da fundamentalidade e da abstração. Cf. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015, p. 77-80.

⁴²⁴ Como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade material deve ser extraída da análise do conteúdo direito. Só detêm essa condição os direitos que estejam relacionados a decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, em que os princípios centrais da Constituição material, como a dignidade da pessoa humana, desempenham um papel central. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 76.

⁴²⁵ Daniel Sarmento observa que a terra, para os povos indígenas, representa muito mais do que um bem patrimonial, pois consiste em espaço de vivência de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo sua cultura e transferindo-a a seus descendentes. Assim, a garantia do direito à terra é condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica. Veja-se: SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: *a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas*. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2016.

⁴²⁶ Tanto a doutrina majoritária como o próprio STF já reconheceram que os direitos fundamentais não estão contidos apenas nos artigos 5º a 17 da Constituição, mas também estão espalhados por todo o seu texto. Vejam-se, a esse respeito: SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao art. 60. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1135-1137; Supremo Tribunal Federal. ADI 939-7, Rel. Min. Sidney Sanches, julg. 15.12.1993.

-, ainda que em graus distintos de intensidade. No caso de direitos territoriais indígenas, o seu conteúdo engloba aspectos existenciais, sociais e culturais, que merecem igual proteção.

Cabe ressaltar, por oportuno, que a ausência de previsão do caráter pluriétnico da sociedade brasileira no texto da Constituição, que chegou a constar de projetos na Assembleia Constituinte, não afasta o reconhecimento da pluriétnicidade no país, pois os diversos dispositivos do texto apontam para isso, a começar pelo fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, que relacionam dignidade da pessoa humana, pluralismo político e a superação das desigualdades e da marginalização. O artigo 216 detalha essa realidade, ao tratar dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e o art. 231 consagra a distintividade dos povos indígenas. Nesse sentido, existe um vínculo intrínseco dos direitos territoriais com a etnicidade – em razão do caráter existencial da terra - e com o pluralismo político – em virtude do reconhecimento de diferentes formas de relação com a terra. Dessa forma, é viável afirmar que, a despeito da ausência de previsão expressa, a sociedade brasileira é pluriétnica, nos termos da Constituição de 1988.

Apesar de reconhecer o fato do pluralismo e da pluriétnicidade, o texto constitucional não contém as cosmovisões indígenas nem prevê qualquer tipo de deliberação que conte com uma participação específica dos povos tradicionais. Não há previsão diferenciada sobre as relações com a natureza ou a valorização dos mecanismos próprios de deliberação dos índios. Sem embargo, é necessário que a leitura que esses grupos fazem da Constituição seja sempre levada em consideração, de forma a permitir uma efetiva ecologia dos saberes e a tradução intercultural.

Pode-se dizer, assim, que o texto constitucional atende, na sua literalidade, ao anseio liberal multicultural de assegurar proteções externas aos direitos de grupos, o que o faz, por exemplo, em relação às suas terras, a seus modos de vida e à educação. Incorporam-se assim certos direitos especiais a esses povos, que são reconhecidos expressamente e servem de diretriz à interpretação da legislação infraconstitucional. Não houve, porém, a internalização de cosmovisões indígenas - como constou de Constituições posteriores de outros países, que desenvolveram um diálogo mais profícuo com esses povos.

A despeito dessas características do texto, que refletem a conjuntura da época e a ainda incipiente mobilização do movimento indígena, a interpretação da Constituição pode conduzir-nos a muito mais além do multiculturalismo. O fato de o texto em si não conter expressamente a mesma abertura à interculturalidade de outras Constituições latino-americanas não obstrui, de modo algum, o exercício de uma interpretação intercultural. O compromisso constitucional não se omite no dever de enfrentamento das colonialidades do ser, do saber e do poder, nem ignora o seu papel transformador. Ademais, como se viu, o aprofundamento da opção

descolonial no texto constitucional é um novo horizonte nas disputas interpretativas quanto a seus significados.

Deve-se assinalar, ainda, que a Constituição de 1988, ao assegurar os direitos indígenas por todo o texto e quebrar hierarquias entre seres e saberes, constitui, de certa forma, um caminho de transformação sem volta. Não se pretende com esta afirmação engessar a interpretação constitucional, mas apenas observar que certas visões, de caráter assimilacionista, não encontram respaldo na lei fundamental e não podem acarretar a mudança do texto constitucional, em razão da própria limitação material ao poder de reforma. Depreende-se, portanto, que os índios não podem ser mais tratados como seres inferiores, incapazes, não civilizados, possuidores de saberes menos importantes ou pessoas obrigadas a encararem a vida da maneira que os brancos enxergam. Essa não hierarquização vai além do discurso, devendo abranger toda e qualquer questão, inclusive as próprias formas de interpretar a Constituição. As visões que coloquem outros bens jurídicos em patamar superior aos interesses indígenas ou que confiram menor *status* aos saberes, práticas, seres e modos de vida dos indígenas são, além de racistas, inconstitucionais.

Ainda que não seja um documento profundo quanto à recusa expressa do eurocentrismo e à formulação de um pensamento alternativo de alternativas, todo o conjunto de compromissos que a Constituição carrega indica que ela abriu as portas para a descolonização e para a interculturalidade. Estas, todavia, não vão desabrochar pacificamente, sobretudo se for levado em conta que as instituições continuaram forjadas sob a ordem constitucional anterior. Afinal, em muitos espaços e em diversos temas, a leitura da Constituição continuou sendo feita como se nada houvesse ocorrido. Voluntária ou involuntariamente, muitos intérpretes ainda insistem em ver uma linha de continuidade no tratamento dos direitos indígenas desde a ordem constitucional autoritária, fenômeno também observado em outras matérias caras à concretização de direitos fundamentais. Na matéria indígena, esse comportamento abre espaço ao esvaziamento das conquistas positivadas na Constituição por meio de uma interpretação com forte carga assimilacionista.

Sabe-se que o texto normativo não é capaz de assegurar, sozinho, a efetivação dos direitos que enuncia. As brechas na colonialidade e a desobediência epistêmica devem, pois, ser escancaradas, fazendo florescer o caráter transformador do projeto de 1988. A leitura sistemática da Constituição, associada ao capítulo específico destinado aos direitos indígenas, é dirigente de um enfrentamento do passado colonial e da superação de suas feridas, cabendo ao intérprete extrair a máxima efetividade das normas constitucionais a partir de uma postura de ruptura quanto à naturalização do racismo, do genocídio e da inferiorização dos índios na sociedade brasileira. Esse agir implica revisitar o passado não com o fim de estabilizar uma

realidade desigual em nome de uma seletiva segurança jurídica, mas para promover os objetivos enunciados na Constituição e pensar criticamente as relações de poder envolvidas.

Na qualidade de sujeitos de direito coletivos, plenamente capazes e não inferiorizados, os índios devem ser partícipes desse processo, sobretudo nas matérias que lhes afetam. À hierarquização de bens jurídicos em detrimento de seus direitos fundamentais, ainda tão frequente, deve ser contraposta uma interpretação que esteja permanentemente atenta às compreensões desses grupos quanto a todo e qualquer conceito expresso no texto, bem como a seus saberes, promovendo-se a valorização de aspectos cognitivos, estéticos, afetivos, inclusive mediante a descolonização dos sentidos. Neste projeto constitucional, impõe-se a recuperação de memórias reprimidas ou esquecidas, para a valorização das culturas indígenas⁴²⁷.

No próximo capítulo, pretende-se analisar o debate constitucional sobre o regime jurídico das terras indígenas após 1988, especialmente no Poder Judiciário, e examinar criticamente as interpretações dominantes, mesmo as que defendem os povos indígenas, de modo a viabilizar, ao final, o caminho intercultural.

⁴²⁷ OLIVEIRA, João Pacheco de. Sem a tutela, uma nova moldura de nação. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 312-313.

4. AS TERRAS INDÍGENAS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Eu vejo a liberdade dada aos que se põem
Além da lei, na lista do trabalho escravo
E a anistia concedida aos que destroem
O verde, a vida, sem morrer com um centavo
Com dor eu vejo cenas de horror tão fortes
Tal como eu vejo com amor a fonte linda
E além do monte o pôr-do-sol porque por sorte
Vocês não destruíram o horizonte... Ainda.*
(Chico César⁴²⁸)

Como se destacou no capítulo anterior, prevaleceu na Constituição um modelo que valoriza a autonomia e o respeito aos modos de vida dos povos indígenas, sem fazer distinção entre estágios de integração. A negação de direitos como o de usufruto do subsolo, que deu margem à exploração da mineração, cuja lei reguladora até hoje não foi aprovada, e a retirada da cláusula da pluriethnicidade não chegaram a descaracterizar a nova paisagem constitucional, composta de elementos de valorização e abertura à diversidade cultural de grupos portadores de identidades específicas, cujas instituições, entidades e formas de vida devem ser livremente desenvolvidas⁴²⁹. A concepção tutelar, que chegou a prevalecer em alguns projetos na Constituinte, foi superada nas votações finais, permitindo um texto que abre um novo horizonte para os povos indígenas.

A Constituição conferiu destaque aos índios em vários artigos⁴³⁰, e realçou a adoção de um modelo de proteções externas para garantir o modo diferenciado de vida desses povos. Consagrando a autodeterminação, o artigo 231, por exemplo, reconhece sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as

⁴²⁸ CÉSAR, Francisco. *Reis do Agronegócio*. Rio de Janeiro: Laboratório Fantasma, 2015. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/chico-cesar/reis-do-agronegocio/>> Acesso em 25 nov. 2017.

⁴²⁹ Cf. PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007, p. 10.

⁴³⁰ Podem ser citados os seguintes dispositivos: art. 20, XI (terras indígenas como bens da União), art. 22, XIV (competência exclusiva da União para legislar sobre povos indígenas), art. 49, XVI (competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar em terras indígenas a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, bem como para a pesquisa e lavra das riquezas minerais), art. 109, XI (competência da Justiça federal em caso de disputa acerca de direitos indígenas), art. 129, V (atribuição do Ministério Público de defender judicialmente os direitos e os interesses das populações indígenas), art. 210, § 2º (garantia às comunidades indígenas da utilização de suas línguas e de seus processos próprios e aprendizagem), art. 215, § 1º (proteção pela União das manifestações das culturas indígenas), art. 231, art. 232 (capítulo próprio) e art. 67 do ADCT (prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações).

terras tradicionalmente ocupadas, que são descritas como aquelas habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as 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 (art. 231, § 1º).

Os direitos territoriais foram assegurados, com a estipulação de um prazo de 5 anos para a conclusão dos processos demarcatórios (art. 67 do ADCT). A titularidade formal da terra é da União, a ser conferida no processo administrativo de demarcação, a despeito do caráter declaratório da ocupação tradicional indígena. A previsão do § 3º do art. 231 sobre aproveitamento de recursos hídricos e minerais, que representa uma restrição à utilização do território em favor de uma intrusão do Estado, depende de lei, que ainda não foi regulamentada⁴³¹. Não há previsão sobre a relação dos territórios com os entes federativos, nem qualquer menção à representação política dos índios.

O art. 215, § 1º revela a preocupação com o direito ao reconhecimento e contém a previsão comunitarista de proteção e valorização das manifestações das culturas indígenas⁴³². O art. 216 também ressalta a proteção a formas de expressão e modos de criar, fazer e viver. Na educação, asseguram-se às comunidades a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Não há previsão específica sobre a saúde, porém o ordenamento constitucional permite uma atenção diferenciada neste âmbito.

Nos campos institucional e judicial, embora preveja no art. 232 que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, a Constituição fez uma aposta na atuação incisiva do Ministério Público, que detém a atribuição de defender judicialmente os direitos e interesses dessas populações.

O texto prevê ainda o caráter inalienável, indisponível e imprescritível da terra indígena, e assegura o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos. A Constituição olha para o presente e para o futuro, declarando a posse permanente em defesa

⁴³¹ Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.610/1996, ao qual se juntaram vários outros projetos, que tratam da mineração em terras indígenas. O tema gera forte reação dos indígenas, uma vez que, além de representar o interesse na exploração recursos em seus territórios, o projeto autoriza uma atividade que gera fortes impactos nas terras, não só econômicos e sociais (desagregação, exploração de trabalho), mas também no meio ambiente. A bancada ruralista entende que o projeto é urgente e prioritário, porém sequer foi cogitada a realização de consultas prévias para a elaboração do projeto. Veja-se: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16969>> Acesso em 25 nov. 2017.

⁴³² Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, embora a Constituição não tenha aderido ao comunitarismo, este dispositivo representa uma abertura a esta filosofia política, pois promove e protege a cultura nacional. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 214. Sobre o comunitarismo, veja-se o capítulo 1.

dos índios e das terras que ocuparem⁴³³, e não possui qualquer previsão que exige a comprovação de uma realidade factual em momento anterior à sua promulgação⁴³⁴.

Apesar do vigor do texto normativo, sabe-se que ele não é capaz de assegurar, sozinho, a efetivação dos direitos que enuncia. Isso fica ainda mais evidente diante de uma leitura apressada que relegue aos direitos indígenas apenas o capítulo específico do texto constitucional, como se tais direitos especiais fossem os únicos aplicáveis a esses grupos e devessem subordinar-se a institutos consagrados, mediante uma interpretação eurocêntrica⁴³⁵. Essa leitura incorre nos equívocos do multiculturalismo liberal, como mencionado no capítulo 1, pois carrega disfarçadamente a premissa de que a Constituição se refere quase integralmente a uma ideia de “nós”, que são os brancos e suas concepções hegemônicas, e que alguns capítulos destinaram excepcionalmente um olhar a “eles”, os quilombolas e índios, cujos direitos, para serem implementados, devem curvar-se a uma visão hierarquizante do ordenamento.

Para piorar, subsiste uma tentativa de interpretar a Constituição com um olhar voltado ao passado, refletindo uma visão assimilacionista das interações entre indígenas e não indígenas, como se toda a legislação tutelar e a interpretação a ela subjacente, relatadas no capítulo 3, ainda pudessem sobreviver. Essa perspectiva, derrotada na Constituinte, insiste em colocar-se, tendo como ponto de partida a negação do próprio texto da Constituição. Por conseguinte, o tema é abordado como se o novo texto não houvesse promovido uma ruptura com o regime tutelar. Prova disso é a aparição, em processos administrativos, legislativos e judiciais, de expressões como “estágios de integração”, “aculturação” e “incapacidade”⁴³⁶. Em alguns casos, o paradigma da autonomia chega a ser retoricamente enunciado, porém as soluções para colisões de direitos contêm o ranço assimilacionista, relativizando a concretização dos direitos territoriais.

⁴³³ Cf. TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 22.

⁴³⁴ Uadi Lammêgo Bulos observa que a terra é fonte de sobrevivência dos índios, sendo o modo de vida dos índios decisivo para analisar a sua ocupação, a fim de garanti-la para o futuro, sendo insusceptível de alienação ou disponibilidade. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1667.

⁴³⁵ Sobre o tema, deve-se destacar que, por força do art. 5º, § 2º (Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte), a Constituição reconhece a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional e em tratados internacionais. Nesse sentido, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 72.

⁴³⁶ Além dos setores que já se opunham aos direitos territoriais indígenas, como Forças Armadas e grupos ligados à mineração, o agronegócio passou a agir constantemente pelo esvaziamento do conteúdo desses direitos, por meio da bancada ruralista.

Para reforçar o arcabouço normativo, a Convenção nº 169/OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUPI) agregaram significados e conceitos para a interpretação do texto constitucional, oferecendo soluções à implementação desses direitos. No entanto, se o próprio texto constitucional é lido com as lentes coloniais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é desprezado com intensidade ainda maior, como se verificará na análise do julgamento pelo STF do caso Raposa Serra do Sol.

Assim, a despeito da efusividade na recepção desses dispositivos e da repercussão no debate constitucional⁴³⁷, a euforia nem sempre redundava em interpretações inovadoras, mesmo quando há um aparente compromisso com a implementação desses direitos, pois ainda pairam as colonialidades, a sociologia das ausências e o pensamento abissal, tratados no capítulo 2. O desafio para a construção de uma interpretação intercultural é compreender esse fenômeno para desnaturalizar o tratamento meramente contemplativo da diferença e efetivar uma prática que permeie a análise de todo o ordenamento e de seus institutos, entre os quais o conceito de propriedade, de forma realmente plural.

Neste capítulo, procura-se analisar o debate constitucional sobre o regime jurídico das terras indígenas. Ao final, um balanço crítico é realizado, apontando-se a insuficiência das principais teorias existentes para dar conta da realidade que a própria Constituição propicia.

4.1 O regime jurídico das terras indígenas no direito constitucional

A previsão de um capítulo próprio sobre os índios levou alguns juristas, especialmente no campo do direito constitucional, a minimamente debruçarem-se sobre o conceito jurídico de “terras indígenas”. O tratamento mais amplo sobre o tema demandou a análise de expressões como “direitos originários” e a caracterização diferenciada da posse constitucional. O caráter da propriedade da União sobre as terras indígenas, o alcance do conceito de “tradicional” e os requisitos para a caracterização de uma terra como “tradicionalmente ocupada” também foram objeto de reflexão.

A expressão “direitos originários” responde a um movimento amplo de reivindicação política que os indígenas de toda a América fizeram para designar a sua condição originária (“povos originários”), fruto do vínculo identitário com povos pré-colombianos, os nativos e primeiros moradores desta terra. Os grupos étnicos concebem a si próprios como

⁴³⁷ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público* (Rio de Janeiro), v. 49, 2013, p. 187-224.

descendentes das populações que estiveram presentes neste continente antes da chegada dos colonizadores europeus e da formação dos Estados Nacionais⁴³⁸. A expressão “originário” remonta às estratégias de mobilização indígena no Canadá no século passado, quando se invocou a condição de “povos originários” como “primeiras nações” daquele país⁴³⁹. Alguns ordenamentos do constitucionalismo pluricultural americano aderiram, em diferentes ciclos, à ideia de originariedade⁴⁴⁰. No Brasil, a expressão adotada (“direitos originários”) foi associada ao indigenato e deu impulso à legitimação do instituto desenvolvido por João Mendes Júnior, a que se fez menção no capítulo 3.

José Afonso da Silva aponta que a expressão “direitos originários” consagrou e consolidou o indigenato, reforçando a remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680, sequenciada pelo Diretório dos Índios de 1755 e pela Lei de Terras⁴⁴¹. Uadi Lammêgo Bulos também faz a mesma associação e situa a fonte desse reconhecimento na Constituição de 1934, marco constitucional na proteção de terras de ocupação tradicional dos índios⁴⁴². Em sentido mais recente, o indigenato aparece com um fundamento ainda mais encorpado, que não perde o caráter precedente e realça a autonomia dos direitos étnicos, com respaldo no direito internacional⁴⁴³.

Os direitos originários dos povos indígenas são considerados congênitos, por isso costumam receber um tratamento similar ao de um direito natural. Segundo a teoria do direito natural, existem direitos inatos que se caracterizam por serem fruto da razão, extra-históricos, eternos e imutáveis, além de anteriores ao próprio Estado⁴⁴⁴. No caso da doutrina do

⁴³⁸ Cf. OLIVEIRA, João Pacheco de. Entre la ética del diálogo intercultural y una nueva modalidad del colonialismo. Los Pueblos Indígenas en las Diretrices del Banco Mundial. In: _____ (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil*. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 188.

⁴³⁹ Sobre o tema, veja-se: BAINES, Stephen Grant. Organizações indígenas e legislações indigenistas no Brasil, na Austrália e no Canadá. *Série Antropologia*, Brasília, v. 295, p. 1-21, 2001.

⁴⁴⁰ A Constituição peruana (1993) fala de “pueblos originarios” (art. 191). A Constituição venezuela de 1999 utiliza a expressão “direitos originários” (art. 119), e a Constituição argentina, por meio da reforma de 1994, reconhece a “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

⁴⁴¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 825-835, p. 830-831.

⁴⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1666.

⁴⁴³ SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; TAREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (coord.). *Os direitos territoriais quilombolas: além do marco territorial*. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2016.

⁴⁴⁴ Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 11ª ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Unb, 2011, p. 655-660.

indigenato, propõe-se que a norma de direito natural foi convertida em norma positiva, por uma sucessão de atos, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, e positivada nas Constituições desde 1934. Assim, o direito em questão descola-se de um certo caráter metafísico para ganhar uma dimensão histórica. Segundo a maior parte da doutrina, a Constituição de 1988 consolidou o indigenato, conferindo aos direitos indígenas uma precedência, em sentido cronológico, quanto a outros direitos, inclusive em relação à propriedade privada.

Em que pese o seu forte caráter persuasivo e garantidor de primeira hora dos direitos indígenas, mediante a correta identificação da sucessão de leis no tempo que apontam a existência de direitos territoriais em favor dos índios, a ideia de “origem” enseja o risco de uma pressuposição limitadora de que os grupos indígenas são titulares de pretensões de terras por conta de uma ligação direta aos primários ocupantes, como se houvesse um vínculo linear com aqueles que aqui estavam quando do “achamento” das terras que viriam a formar o Brasil⁴⁴⁵. Essa conexão, quando encarada de modo rígido e hereditário, transforma a comprovação do direito em um exercício de análise histórica, mediante uma investigação fática e específica da trajetória de um determinado povo à luz das sucessivas legislações. Por conseguinte, a comprovação do direito torna-se penosa, pois exige a investigação da persistência do grupo indígena ao longo do tempo em determinados espaços e a obrigatoriedade de demonstrações fáticas de vínculos específicos.

Por exemplo, para ser viável, uma reivindicação territorial apega-se à explicação de uma trajetória que remonte a uma formação no passado e ao respaldo da legislação então vigente. Ocorre que a perspectiva histórica na análise da ocupação tradicional, embora valiosa e importante para demonstrar os processos de expulsões, genocídios e espoliações sofridas por diversas etnias, não corresponde plenamente à potência do artigo 231. O viés transformador do dispositivo autoriza o reconhecimento do direito no presente, a partir das demandas e reivindicações de povos e comunidades envolvidos em constantes processos de apropriação, territorialização e etnogêneses.

A constatação de que os direitos em questão já foram garantidos no passado certamente contribui para demonstrar a existência de um regime jurídico favorável às terras indígenas mesmo diante de ordens constitucionais assimilacionistas e limitadoras de direitos, porém não responde a todos os fenômenos atinentes à reivindicação territorial no presente. A teoria do indigenato confere guarida às reivindicações de grupos que mantiveram alguma coesão ao longo do tempo, com manutenção de etnônimos próprios e de certos vínculos a um

⁴⁴⁵ “Achamento” foi o termo utilizado por Pero Vaz de Caminha na carta que enviou a Dom Manuel quando da invasão das terras que formariam o Brasil. A expressão consta, inclusive, do título da carta: “Carta a El-Rei D. Manuel sobre o Achamento do Brasil”. Disponível em: <http://www.soliteratura.com.br/biblioteca_virtual/biblioteca02a.php> Acesso em 25 nov. 2017.

território específico, mas produz dificuldades na implementação do direito em favor dos grupos que fazem a “viagem da volta” - de que se tratou no capítulo 2 - e afirmam-se etnicamente por meio de um vínculo identitário com sua condição originária independentemente de uma plena identificação de ancestrais direitos ou de uma árvore genealógica na formação do grupo. Em outras palavras, a leitura do passado serve de apoio à fundamentação do direito, mas não é necessária para constituí-lo.

O direito originário, assim, deve ser encarado de forma mais ampla, associado à condição originária dos povos que assumem um vínculo identitário com povos pré-colombianos (povos originários). Deve, ainda, ser tratado como um aspecto definidor de uma posição preferencial dos direitos fundamentais territoriais em relação a outras propriedades, como se verá no próximo capítulo, mas não pode autorizar uma tentativa de explicação das trajetórias dos grupos apenas por uma determinada precedência na origem, pois isso invisibiliza a trajetória de grupos que aparentemente – para um olhar colonial - não possuem uma história para contar, além de legitimar o discurso hegemônico que tenta restringir o alcance dos direitos territoriais apenas aos “grupos do passado”.

Além do direito originário, a doutrina destaca que o texto constitucional acolheu a noção de habitat, o que viabiliza um tratamento da posse indígena como posse constitucional, e não civil⁴⁴⁶. A posse constitucional assegura uma análise da relação dos índios com suas terras que não se limita à mera apreensão física de um bem, uma vez que os territórios em que vivem abrigam a reprodução de seus modos de vida. Nesse ponto, foi amplamente acolhida a visão de que a expressão “terras indígenas” extrapola a noção ordinária de habitação ou moradia, devendo ser também considerados espaços sagrados, de manutenção da vida social e de organização econômica⁴⁴⁷.

Vale acrescentar que o texto indica a terra como espaço para o exercício de direitos coletivos, razão pela qual adotou o termo no plural (“índios”), afastando a destinação individual, mesmo para os próprios indígenas⁴⁴⁸. Luiz Fernando Villares assevera que a terra indígena é a base material da vida indígena, o local onde são estabelecidas relações familiares e de onde se retiram os recursos para o desenvolvimento do trabalho e de sua cultura, com

⁴⁴⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 825-835.

⁴⁴⁷ Nesse sentido, veja-se: TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 9-44.

⁴⁴⁸ Isso não significa, porém, que os índios, dentro de sua autonomia, não possam definir usos e apropriações individuais dentro do território. Nesse sentido: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 8ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 123.

uma intimidade singular, que implica dependência e respeito, em interação harmônica com o meio ambiente⁴⁴⁹.

Como consequência, a propriedade das terras indígenas, que a Constituição aparentemente atribuiu à União, ao relacioná-la como um de seus bens, é usualmente tratada como uma propriedade vinculada ou reservada para assegurar direitos originários. Marco Antônio Barbosa ressalta que, diante de direitos originários, a propriedade conferida à União deve ser tratada como um expediente de ordem prática, com vistas unicamente a oferecer maior proteção à guarda e garantia das terras indígenas, sob pena de esvaziamento dessa proteção⁴⁵⁰.

Embora a Constituição não tenha usado o termo “territórios”, a noção de “terras tradicionalmente ocupadas” contém as qualidades garantidoras de um espaço de sobrevivência física e cultural, nos mesmos termos que fez a Convenção nº 169/OIT. O art. 14 do tratado possui uma previsão que sintetiza essa forma diferenciada de lidar com a terra, ao dizer que deverão ser adotadas medidas em favor dos direitos dos povos interessados em utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. O conceito, porém, ainda é objeto de forte oposição, e o uso do termo é constantemente desautorizado por aqueles que advogam o uso apenas para a designação da ideia de “território nacional”, como se verá no caso Raposa Serra do Sol.

A tentativa de estabelecer uma relação exclusiva do termo “território” com o território nacional remete a uma associação clássica da Geografia Política ao espaço que delimita o exercício da soberania do Estado nacional, conceito que também é utilizado na definição dos elementos formadores do Estado. Esta visão desconsidera o fato de que os territórios são projeções de relações de poder no espaço e que podem ser construídos (ou desconstruídos) em diversas escalas, abrangendo apenas uma rua ou até um espaço transnacional⁴⁵¹. A antropologia, por exemplo, elabora as distinções entre terra e território, e confere destaque aos processos de territorialização⁴⁵² e às chamadas territorialidades específicas, consistentes nas

⁴⁴⁹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2013, p. 113.

⁴⁵⁰ BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade; Fapesp, 2001, p. 85. No mesmo sentido, em defesa da tese de que a propriedade da União tem por objetivo a proteção das terras, evitando a sua usurpação: VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2013, p. 118.

⁴⁵¹ SOUZA, Marcelo José Lopes de. O território: sobre espaço e poder, autonomia e desenvolvimento. In: CASTRO, Iná Elias de; GOMES, Paulo César da Costa; CORRÊA, Roberto Lobato (org.). *Geografia: conceitos e temas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 81.

⁴⁵² Segundo João Pacheco de Oliveira, a territorialização consiste no movimento pelo qual um objeto político-administrativo “vem a se transformar em uma coletividade organizada, formulando uma identidade própria, instituindo mecanismos de tomada de decisão e de representação, e reestruturando as suas formas culturais (inclusive as que o relacionam com o meio ambiente e com o universo religioso”. Trata-se de um processo de

delimitações físicas de determinadas unidades sociais que compõem os meandros de territórios etnicamente configurados, de dimensão coletiva, onde determinados grupos exercem sua reprodução física e social⁴⁵³.

Sobre o termo “tradicional”, contido na expressão “terras tradicionalmente ocupadas”, a expressão é amplamente tratada como modo de ocupação. O significado do termo não remete a uma permanência física em um local em determinado momento histórico, que exija o recuo temporal a uma época passada. O modo tradicional de ocupação guarda relação com a maneira como os índios se relacionam com a terra e desenvolvem seus usos e costumes, nos termos do art. 231. Não se confunde, pois, com ocupação imemorial ou usucapião imemorial, pois não é necessário resgatar terras que ocuparam no passado e que se perderam na memória⁴⁵⁴.

Ressalte-se que o “tradicional” não responde a um modelo pré-estabelecido, cristalizado ou perene. As tradições, embora não se caracterizem necessariamente pelos vínculos com o passado, podendo ser recentes ou até mesmo “inventadas”, têm por objetivo demonstrar uma invariabilidade e uma continuidade histórica. Diferentemente do costume, que não impede as inovações e pode ser variável, a tradição baseia-se na repetição e na remissão ao precedente. Utilizando-se da imagem elucidativa de um “tribunal”, Eric Hobsbawm aponta que “costume” é o que fazem os juízes; a “tradição” (que é, no caso das Cortes, inventada) são os acessórios, como a toga, a peruca e certos rituais. Em caso de decadência do costume, a tradição correspondente certamente sofre mudanças⁴⁵⁵. No caso de povos indígenas, a interação propiciada por séculos de integração acarreta ressignificações e novas formulações, implicando “novas” etnias e “novos” povos.

reorganização social que implica: i) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; ii) a constituição de mecanismos políticos especializados; iii) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; iv) a reelaboração da cultura e da relação com o passado. Cf. OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 205.

⁴⁵³ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de Quilombo, Terras Indígenas, “Babaçuais Livres”, “Castanhais do Povo”, Faxinais e Fundos de Pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2ª ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 29.

⁴⁵⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 47.

⁴⁵⁵ Nesse contexto, a invenção de tradições envolve processos de formalização e ritualização, que podem ser totalmente criados ou possuir relações com outros processos informais ou desenvolvidos em grupos fechados, cambiando ao longo do tempo. Por exemplo, Hobsbawm menciona a Igreja Católica, cujas linguagens e práticas se transformaram ante os desafios políticos e a mudança no corpo de fiéis, com o aumento de mulheres. Na criação de novas tradições, elementos antigos podem ser utilizados, com empréstimos de rituais e símbolos, em que há misturas na construção dos signos. HOBBSAWM, Eric J. Introdução. _____. RANGER, Terence (org.). *A invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 13.

Outro aspecto importante diz respeito aos requisitos para a configuração de uma terra indígena. Segundo a Constituição, as terras indígenas são aquelas habitadas pelos índios 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, baseando-se em seus usos, costumes e tradições. Na doutrina, José Afonso da Silva aponta que todas as características são necessárias e que nenhuma, sozinha, é suficiente. O autor, porém, ressalva – e isso distingue sua posição da mais restritiva, que será abordada a seguir –, a necessidade de aferi-las exclusivamente por meio da cultura e do modo de vida dos índios⁴⁵⁶, o que afastaria qualquer tipo de análise externa acerca de requisitos baseados na pré-compreensão de mundo da sociedade envolvente. No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Armando Badin, que vê um paradoxo na norma constitucional por ter empregado termos próprios da cultura jurídica dos não índios, como “posse permanente”, “bem da União”, “usufruto das riquezas naturais” etc⁴⁵⁷.

Por conseguinte, não seria adequado pensar em “habitação” sem relacionar o conceito às ideias de território formuladas pelos próprios indígenas. Por exemplo, entre os Guarani, a ideia de *tekoha* guarda múltiplos sentidos, referentes ao espaço social, político, econômico e territorial, podendo assumir significados diversos conforme o contexto, ajustando-se aos embates territoriais de forma dinâmica, como um lugar em que os índios desta etnia podem “viver juntos” e exercer o modo de vida guarani⁴⁵⁸ (*teko*).

Em análise mais cerrada, Tercio Sampaio Ferraz Júnior examina cada elemento à luz de uma concepção eurocêntrica e meramente vernacular. A habitação permanente é descrita por Ferraz Júnior com base na etimologia do verbo “habitar” e do termo latino *habitare*, cuja noção apontaria para a necessidade de localização específica da comunidade no momento em que a Constituição é promulgada. O habitat, então, não poderia ser um lugar indefinido, mas sim um lugar em que os índios estavam em 05 de outubro de 1988, por razões próprias de sua cultura e não externas. Mesmo em caso de atrações por “motivações do civilizado” para

⁴⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993, p. 47. No mesmo sentido: KAYSER, Hartmut-Emanuel Kayser. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2010, p. 234-235; MIRANDA, A. Gursen de. *O direito e o índio*. Belém: CEJUP, 1994, p. 69; e VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2013, p. 115.

⁴⁵⁷ BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, Ano 51, número 190, jul./dez. 2006, p. 131. Este trabalho defende, no entanto, que é viável entender todos esses termos de uma forma aberta às cosmovisões indígenas, quebrando a naturalização no tratamento de institutos históricos.

⁴⁵⁸ Cf. ALMEIDA, Lígia Rodrigues de. *Estar em movimento é estar vivo*. Territorialidade, pessoa e sonho entre famílias tupi guarani. Tese (Doutorado em Antropologia Social). 2016. 252 f. Universidade de São Paulo, 2016, p. 41-46.

outras áreas, como nas situações decorrentes da abertura de estradas e da realização de empreendimentos, que implicam novos processos de territorialização, o autor considera que os requisitos do habitat não estariam demonstrados⁴⁵⁹.

Note-se que o termo “habitação permanente” recebe de Ferraz Júnior uma interpretação restritiva, baseada em uma realidade externa à dos índios, com o estabelecimento de condições sequer previstas no texto, como a situação fática em 05 de outubro de 1988 e o reconhecimento apenas de ocupações tidas como espontâneas. Depreende-se dessa interpretação que a Constituição teria legitimado deslocamentos forçados e afastado o reconhecimento do direito quando os indígenas foram removidos de uma terra e transferidos para outra, um entendimento cujo acolhimento constitucional não parece plausível. Acresça-se que a utilização de termos como “civilizado” e “integrado” por Ferraz Júnior denota uma compreensão assimilacionista da relação com os índios, não albergada pela Constituição.

Em relação às terras utilizadas para atividades produtivas, Ferraz Júnior avalia que o uso do termo no particípio passado (“utilizadas”) expressa a preocupação constitucional em resguardar as terras cuja utilização se desse no momento histórico da promulgação (05/10/1988). O autor diz, então, que a interpretação do vocábulo exigiria razoabilidade e faz um paralelo com outras expressões:

A interpretação do vocábulo exige razoabilidade: do mesmo modo que direitos originários não significa imemoriais, ou habitadas em caráter permanente não desborda as terras para quaisquer lugares onde possa haver seu crescimento natural, também utilizadas se reporta a um uso circunstanciado a uma localização em que realizam suas atividades produtivas, as atividades que lhe são próprias, não as ditadas por interesses da economia civilizada⁴⁶⁰.

Ferraz Júnior adota a mesma interpretação restritiva quando trata da expressão “terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar”. Ele defende que a interpretação não pode ser “irrazoável” a ponto de tais terras abrigarem terras não habitadas em caráter permanente, pois somente as terras que sejam de habitação permanente poderiam caracterizar-se como terras imprescindíveis à preservação de recursos ambientais. O mesmo sentido deveria ser adotado para terras que garantem a reprodução física e cultural dos índios.

⁴⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 3, jan./jun. 2004, p. 694.

⁴⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 3, jan./jun. 2004, p. 694.

A exigência de simultaneidade e o estabelecimento da “habitação permanente” como eixo interpretativo, com viés eurocêntrico, terá acolhida no STF, a partir de entendimentos esposados pelo Ministro Nelson Jobim, com a formulação da teoria dos círculos concêntricos, e pelo Ministro Menezes Direito, com a teoria do fato indígena, empregada no caso Raposa Serra do Sol. Além da forte carga assimilacionista das premissas e da fundamentação, pode-se dizer que essa concepção tenta fazer prevalecer o critério da verificação da habitação em 1988 sobre quaisquer outros, mediante compreensões e avaliações externas aos índios. O apego a uma interpretação gramatical demonstra o intento de retroceder às previsões constitucionais de 1934 e 1946, retirando do art. 231 toda a carga plural e descolonial que a Constituição de 1988 ofereceu.

O desacerto da interpretação pode ser extraído da análise comparativa dos conceitos adotados. A Constituição de 1988 afastou qualquer resquício da noção de “localização permanente” - que já fora retirada das Constituições de 1967 e 1969 – e delimitou o conceito de “terras indígenas” com base nos usos, costumes e tradições dos índios. Além disso, levando em conta tais aspectos quanto aos diferentes grupos, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas” compreende uma possível, mas não obrigatória, soma de espaços que possam caracterizar a terra indígena, o que desautoriza um acantonamento dos grupos. Isso se depreende da própria literalidade do texto, que antes de cada característica apõe um artigo definido: 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. Em outras palavras, tendo os usos, costumes e tradições dos próprios indígenas como diretriz, cada um desses espaços pode conformar a noção de terra tradicionalmente ocupada. No texto constitucional, em situações similares, como bem observa Daniel Pinheiro Viegas, quando se exigiram condições simultâneas e obrigatórias, estas foram feitas expressamente⁴⁶¹, com técnica redacional distinta, como no caso do art. 186⁴⁶².

Esse somatório de requisitos não pode ser tratado de forma essencialista, como se os espaços devessem ser analisados sempre de forma separada ou estática. Trata-se de usos dinâmicos de caráter potencial, a serem afirmados pelos indígenas e identificados no processo de demarcação. A questão é tormentosa porque os espaços ocupados pelos indígenas sempre foram objeto de espoliações, reduções ou expulsões, de forma violenta ou mediante processos

⁴⁶¹ VIEGAS, Daniel Pinheiro. *A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: A territorialização como instituto jurídico-constitucional*. Manaus: UEA Edições, 2017, p. 137.

⁴⁶² Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

oficiais de integração. Assim, a identificação de espaços diminutos baseada em situações consolidadas no presente, sob a justificativa de preservação da segurança jurídica, naturaliza a discriminação e a opressão sobre esses grupos minoritários, pois apresenta requisitos rigorosos na configuração da terra indígena em detrimento de uma avaliação crítica dos processos de desterritorialização.

O esquadramento dos elementos contidos no art. 231, § 1º, levou ainda a doutrina a identificar quatro fatores de caracterização da terra indígena: temporal, econômico, ecológico e cultural/demográfico⁴⁶³. O fator temporal corresponde, em regra, à permanência na ocupação, ou seja, as aldeias devem ser habitadas em caráter permanente, mas não se exige um termo inicial de ocupação. O fator econômico liga-se às atividades produtivas e aos locais necessários à subsistência e à produção econômica. O fator ecológico relaciona-se ao meio ambiente, e o fator cultural/demográfico corresponde à utilidade das terras para a reprodução física e cultural, como manifestações culturais, cemitérios, locais religiosos e outras atividades próprias à sua organização social e econômica. Curiosamente, embora os fatores tenham sido desenvolvidos por Luiz Armando Badin, o Min. Menezes Direito, quando os mencionou no voto do caso Raposa Serra do Sol, descreveu apenas os três últimos de maneira fiel à proposta daquele autor. A descrição do fator temporal foi ajustada à necessidade de presença indígena em 05 de outubro de 1988 (fato indígena)⁴⁶⁴, em contrariedade à rejeição expressa que Badin faz da ideia de localização permanente⁴⁶⁵.

Em suma, feita a contextualização geral do debate doutrinário sobre o tema, pode-se afirmar que o conceito de “terras indígenas” tem suscitado muito mais debates na atual ordem constitucional do que em qualquer outra. Não só pela quantidade de previsões, mas também pelo impulsionamento dos movimentos indígenas por direitos territoriais e pelos embates políticos que margeiam a atuação administrativa da FUNAI. Além disso, os pontos de contato com outros temas, como soberania, defesa nacional e meio ambiente, mostram que a temática não é uma questão menor e desmentem a mentalidade estatística de que a preocupação com

⁴⁶³ BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília*, Ano 51, número 190, jul./dez. 2006, p. 133-134.

⁴⁶⁴ “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. Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar. Para além desse fator temporal, exigem-se na caracterização das terras indígenas, como expõe Luiz Armando Badin, os seguintes fatores (...)” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 381.

⁴⁶⁵ “A ideia de 'localização permanente' encontra-se superada pela atual Carta Política. A utilização do termo, embora tenha sido uma constante nas Cartas Políticas de 34, 37 e 46, foi deixada de lado pelas seguintes”. BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília*, Ano 51, número 190, jul./dez. 2006, p. 136.

eles seria demasiada, já que a forma como esses direitos são tratados indica o projeto de país que se deseja adotar.

A doutrina majoritária filiou-se à teoria do indigenato, ressaltando os direitos originários e o caráter congênito da ocupação. Outra parte da doutrina passou a buscar um caminho mais restritivo que, sem necessariamente negar o indigenato, procurou estabelecer limites temporais à ocupação, de modo a reduzir a quantidade de pleitos e reivindicações de terras indígenas. Ambas as doutrinas acarretam a análise da ocupação em sentido histórico, vinculada a uma origem, pressupondo, de alguma forma, a continuidade dos grupos que reivindicam territórios no presente com aqueles que vivenciaram os contextos históricos das Constituições de 1934, 1946, 1967/69 ou 1988.

4.2 As terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal após 1988

A Constituição de 1988 não alterou a composição do Supremo Tribunal Federal nem a forma de nomeação dos seus membros⁴⁶⁶. As competências da Corte, todavia, foram modificadas, tornando-a mais semelhante a uma Corte Constitucional, o que se acentuou devido ao estabelecimento de um rol amplo de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Na matéria indígena, os influxos do debate constituinte e dos conceitos que a doutrina propunha ajudaram, em um primeiro momento, a viabilizar uma posição garantidora dos direitos, mesmo em análises de casos que tinham como parâmetro de controle a Emenda Constitucional nº 01/69. O primeiro grande caso analisado pelo Supremo na nova ordem constitucional foi a ACO 323-7/MG⁴⁶⁷, em 1993, na qual a FUNAI questionava a outorga de títulos pelo Estado de Minas Gerais sobre terras de ocupação do povo Krenak.

No caso, o Estado de Minas Gerais doou, por meio do Decreto nº 5.462, de 1920, 81 lotes de terra demarcados e mais 2000 hectares de terras devolutas à União, para a fundação de uma colônia destinada ao alojamento dos índios Krenak. A doação teve o objetivo de reunir esses índios, que já eram poucos, na área doada, para garantir a sua “aculturação”. Entre os anos 50 e 70, os índios foram transferidos de maneira forçada a outras áreas. Em 1974, o Estado concedeu títulos a particulares na terra doada.

⁴⁶⁶ Sobre as discussões em torno da composição e das atribuições do STF na Constituinte, veja-se: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 323-7, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. 14.10.1993.

O relator do processo, o Min. Francisco Rezek, apontou o cenário de violações ao povo em questão, cujos ancestrais Botocudos haviam sido vitimados pelas guerras justas de Dom João VI em 1808. Analisando a legislação da época, Rezek ressaltou que a remoção forçada dos índios em 1958 não autorizava a concessão de títulos pelo Estado, pois o domínio da União já existia desde a Constituição de 1934. Assim, em visão crítica à ideia de que a segurança jurídica implicaria a manutenção da situação consolidada, concluiu o ministro que não seria possível “fazer abstração do que dizem os fatos e o direito constitucional de mais de meio século para tão só manter o estado atual das coisas⁴⁶⁸”.

O STF valorizou, no caso, o fato de a terra ter sido transferida pelo Estado à União antes mesmo de 1934, bem como a demonstração da ocupação indígena na época da doação, a qual só foi interrompida posteriormente por força de deslocamentos forçados e remoção violenta nas décadas de 50 a 70. O tribunal procurou, ainda, demonstrar que o caso diferia daquele narrado na ACO 278. Este último tratava da validade de título em área supostamente não ocupada pelos índios que foi posteriormente destinada à criação do Parque do Xingu. No caso dos Krenak, a área foi doada pelo Estado à União e havia ocupação indígena, cuja interrupção se deveu unicamente a deslocamentos forçados.

Vale frisar que, na ACO 323, afora a questão patrimonial, o Supremo apontou os efeitos da ação estatal violenta e do genocídio sobre a própria ocupação, reconhecendo que os direitos territoriais poderiam ser reconhecidos mesmo sem a presença física dos índios no local. Além disso, e mais importante, diante de um cenário de violações, o relator Francisco Rezek demonstrou que a concretização desses direitos pode demandar, em alguns casos, a mudança de um estado de coisas aparentemente consolidado. Os mesmos questionamentos sobre transferência de títulos pelo Estado-membro a particulares também voltariam a ser discutidos em outras oportunidades, como no agravo de instrumento na ACO 469-1/RS, mas neste último caso a solução da Corte foi eminentemente patrimonial⁴⁶⁹.

Outro precedente relevante da Corte é o RE 183.188-0/MS⁴⁷⁰, julgado em 1996, cujo relator foi o Min. Celso de Mello. Uma ação possessória questionava a higidez do processo administrativo de demarcação já homologado pela Presidência da República em favor da

⁴⁶⁸ *Ibid*, p. 108-109.

⁴⁶⁹ Questionava-se a ocupação indígena e a transferência de títulos pelo Estado do Rio Grande do Sul a particulares em áreas ocupadas pelos índios Kaingang do Toldo Ventarra. O Estado alegava a ocorrência de “aculturação” e a existência de número ínfimo de remanescentes do antigo aldeamento, o que tornaria injustificável a manutenção de uma imensa área de terras “com a finalidade de perpetuação de uma cultura já francamente inexistente, ou, pelo menos, com traços irreversíveis de extinção”. Embora o STF tenha assegurado os direitos dos índios, não teceu maiores considerações sobre as características da ocupação, limitando-se a examinar se as áreas tituladas correspondiam às áreas demarcadas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ag.Reg. ACO 469-1/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 10.05.2000, DJ 30.06.2000.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 183.188-0/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg.10.12.1996.

comunidade indígena Jaguapiré, no Mato Grosso do Sul. A Corte consignou que a demarcação é um ato que se reveste de presunção *juris tantum* de veracidade e legitimidade, pois consiste em ato de reconhecimento de área tradicionalmente ocupada pelos índios.

Na oportunidade, o STF definiu, alinhado com a doutrina, que a natureza jurídica da propriedade da União em terras indígenas é de propriedade vinculada ou reservada, a qual está afetada em favor dos índios e busca proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), as terras encontram-se afetadas a fins específicos, voltados unicamente à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. Com isso, fixou-se a competência ampla da Justiça Federal para a análise de disputa de direitos indígenas⁴⁷¹.

As características e os efeitos do processo demarcatório foram mais examinadas na década de 2000, tendo sido longamente debatidos no julgamento do MS 21.896-7/PB⁴⁷². Na ocasião, o voto vencedor, do Min. Joaquim Barbosa, enfatizou a auto-executoriedade dos atos administrativos e rejeitou a tese de que o mero ajuizamento de ação reivindicatória teria o condão de sustar o procedimento de demarcação. Alguns ministros, como Cezar Peluso e Carlos Velloso, sustentavam que o mero ajuizamento de demanda durante o processo demarcatório, ainda que sem a obtenção de medida cautelar, impediria qualquer atuação administrativa da União, sendo que o comportamento posterior deste ente representaria uma inovação ilegal no estado de fato da causa, a ensejar a situação processual do atentado⁴⁷³. No mesmo julgamento, o colegiado ressaltou que o ato presidencial que homologa a demarcação é um ato *ad corpus*, e não *ad mensuram*, ou seja, o decreto não precisa guardar correspondência exata com a portaria do Ministro da Justiça que determina a demarcação da terra indígena.

⁴⁷¹ O Min. Celso de Mello ressaltou a importância das terras indígenas: “A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte **pré-excluiu** do comércio jurídico as terras indígenas, **proclamando** a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, **considerando**, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, **sem possibilidade** de quaisquer consequências de ordem jurídica, **inclusive** aquelas concernentes à **recusa** constitucional do direito à indenização ou do próprio acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, **unicamente**, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, ar. 231, § 6º)” (grifo no original). *Ibid*, p. 295.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 21.896-7/PB, Tribunal Pleno, Rel. p/o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julg. 04.06.2007.

⁴⁷³ Segundo o art. 879, III, do Código de Processo Civil de 1973, o atentado corresponde à inovação ilegal no estado de fato do processo.

O STF também analisou a situação jurídica de aldeamentos extintos e a titularidade da União sobre essas terras. Os casos referiam-se ao cabimento de demanda de usucapião extraordinária em imóveis situados em densas áreas urbanas no Estado de São Paulo, como o bairro paulistano de São Miguel Paulista e os municípios de Santo André e Guarulhos⁴⁷⁴. A União requeria a intervenção nos casos e o reconhecimento do domínio, sob o fundamento de que o aldeamento era bem público federal. Nos casos analisados, a terra não estava ocupada por indígenas nem havia reivindicação de qualquer grupo a esse respeito.

No RE 212.251-3/SP⁴⁷⁵, o tribunal entendeu que o aldeamento indígena havia sido abandonado antes da Constituição de 1891, por isso as terras teriam perdido a afetação, deixando o bem de possuir uso especial e de estar vinculado à União. A titularidade seria, pois, do Estado-membro, por força do art. 64 daquela carta. Na ação, questionou-se também a constitucionalidade da alínea h do art. 1º do DL 9.760/46, porém o tribunal a rechaçou, por considerar que a previsão legal alude a aldeamentos extintos que não passaram para o domínio dos Estados. Em outras palavras, foi feita uma distinção entre aldeamentos que passaram ao domínio dos Estados e aldeamentos que não chegaram a ser transferidos aos referidos entes.

O voto do relator Ilmar Galvão reafirmou a jurisprudência do Supremo de que o art. 64 não havia autorizado o repasse aos Estados das áreas destinadas a aldeamentos indígenas, logo elas não poderiam ser consideradas terras devolutas, mas bens de uso especial, mantidos no domínio da União. No caso concreto, porém, ele concluiu que o aldeamento foi abandonado pelos indígenas muito antes do advento da Constituição de 1891, tendo as terras perdido a destinação especial que as afetava. O relator afastou, ainda, a arguição de inconstitucionalidade do art. 1º, h, do DL 9.760/46, por considerar que este dispositivo trata unicamente dos extintos aldeamentos que não teriam passado ao domínio dos Estados.

Embora aparentemente clara, a argumentação não esclarece a diferença entre as duas situações. Afinal, quando se poderia considerar que o aldeamento foi transferido ao Estado? Quais são as situações de efetivo abandono? Depreende-se do julgado que a extinção do aldeamento não é suficiente, devendo ser analisada a ocupação de índios na área. Não se esclarece, porém, a forma como a análise deve ser feita, tendo bastado, no caso, a informação de que os índios abandonaram o local muito antes da Constituição de 1891. De qualquer

⁴⁷⁴ São eles: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219.983-3/SP; RE 249.705-3/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª turma, DJ 24.08.1999; RE 285.098-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10.08.2001; RE 330.849-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 15.10.2002; RE 335.887-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 12.03.2002.

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 212.251-3, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 23.06.1998.

forma, é certo que os casos se referiam a situações de passado remoto, de consolidação notória, sem reivindicação presente dos índios.

O principal julgado sobre o tema foi o RE 219.983-3/SP⁴⁷⁶, julgado em 1998, de relatoria do Min. Marco Aurélio. O relator construiu uma interpretação limitadora do alcance do art. 231, § 1º. Buscando uma linha de continuidade de toda a cadeia legislativa, desde o século XIX, o ministro concluiu que a expressão “terras que tradicionalmente ocupam” não pode abranger situações muito antigas, cujas terras haviam sido ocupadas em tempos remotos pelos indígenas. Ao citar o dispositivo, o ministro afirmou que a definição homenageia uma situação real e concreta, com o fim de preservar a segurança jurídica e manter a realidade no estado em que se encontra.

Segundo o ministro, pensar o contrário implicaria reconhecer que todas as terras do Rio de Janeiro seriam indígenas e, logo, pertenceriam à União, repetindo a crítica à “síndrome de Copacabana” que o Min. Cordeiro Guerra fizera no passado. Sublinhou, por fim, que o caso não se confundia com o RE 183.188-0/MS, porque neste último a terra havia sido efetivamente demarcada e estava habitada por indígenas.

O entendimento do STF nesses precedentes foi consolidado no único enunciado sobre a matéria “terras indígenas” no atual período constitucional, contido na Súmula nº 650, aprovada em 2003 com o seguinte teor: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Todos os precedentes que motivaram a edição da súmula tratavam de aldeamentos que se referiam a comunidades que haviam deixado de existir - por diversas razões como abandono, epidemias, extermínio etc -, de modo que a discussão estava circunscrita ao direito à usucapião da área e ao cabimento (ou não) da alegação da União de titularidade do imóvel. A súmula, não obstante, passaria a ser estendida, em tempos mais recentes, na aplicação pelo STF e por outros tribunais, a casos em que os indígenas reivindicam territórios não ocupados no presente, mas que estão em disputa por conta de conflitos históricos.

Diferentemente dos casos de aglomerações urbanas erguidas sobre áreas que foram indígenas antes do século XX, que são objeto da súmula, há casos de disputas de terras em antigos aldeamentos onde a ausência dos índios decorre de expulsões, violências e deslocamento forçado. Em alguns casos, há esforços para se manterem a elas vinculados - habitando áreas contíguas ou adotando diversas formas de resistência (as estratégias adaptativas), inclusive mediante trabalho em fazendas. A aplicação que vem sendo feita extrapolou as situações verificadas nos precedentes que motivaram a súmula⁴⁷⁷, interferindo em casos de reivindicações concretas e atuais, com características diversas das julgadas.

⁴⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 219.983-3/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 09.12.1998.

O julgamento do RE 219.983-3/SP merece registro também pela definição de “terras tradicionalmente ocupadas” proposta pelo Min. Nelson Jobim, que se baseou na identificação de quatro elementos para a configuração de terra indígena⁴⁷⁸. Em julgamento posterior (questão de ordem apresentada na ACO 312-1/BA⁴⁷⁹), em 2002, o ministro apresentou a chamada “teoria dos círculos concêntricos”⁴⁸⁰.

Os quatro círculos concêntricos representam os quatro elementos do conceito de terra indígena. O primeiro círculo, o menor, é o da habitação permanente: por ser um dado objetivo, depende de uma verificação *in loco* e de uma análise dos costumes, ou seja, uma análise de comportamento para explicitar o caráter de permanência da habitação⁴⁸¹. O segundo círculo, um pouco maior, é o das terras para atividades produtivas. Para a aferição do segundo círculo, a existência do primeiro é um pré-requisito, havendo uma relação de dependência entre os diversos círculos, sendo que os primeiros são condicionantes dos subsequentes. Para a elucidação dos círculos 3 (imprescindibilidade da terra para a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar) e 4 (reprodução física e cultural do grupo, conforme seus usos, costumes e tradições), que são dotados de uma certa subjetividade, é necessário realizar pesquisa de campo associada a dados objetivos, a fim de verificá-los empiricamente. Todos os elementos, principalmente os círculos 3 e 4, demandam um juízo histórico.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 29087/DF, Segunda Turma, Rel. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julg. 16.09.2014.

⁴⁷⁸ O primeiro elemento consistiria na exigência de posse da área pelos índios. Trata-se de elemento fático, relacionado à ocupação tradicional e à habitação permanente (*São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente*). Nesse ponto, Jobim realça o entendimento de que a palavra “tradicionalmente” não é a posse imemorial, mas a forma de possuir. O segundo elemento corresponderia à exigência de que as terras sejam “utilizadas para as suas atividades produtivas”, o que demanda a verificação da forma como a comunidade indígena sobrevive. O terceiro elemento diz respeito à imprescindibilidade da terra para a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar. Por fim, o quarto elemento associa-se ao o exame das necessidades de destinação das terras aos índios para a reprodução física e cultural do grupo, conforme seus usos, costumes e tradições. Esses quatro elementos conjungados permitiriam a elaboração dos dados objetivos e históricos para a demarcação da terra indígena. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 219.983-3/SP, Rel. Min. Marco Aurelio, julg. 09.12.1998, p. 648-650.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QO em ACO 312-1/BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. 27.02.2002.

⁴⁸⁰ O mérito da ação dizia respeito ao reconhecimento de terras em favor dos Tupinambá e Pataxó na Bahia. O julgamento ocorreria muitos anos mais tarde, como se verá. Na questão de ordem, definiu-se que o Judiciário pode identificar se uma terra é indígena, independentemente da ocorrência de demarcação prévia. O Min. Nelson Jobim propôs a imagem dos quatro círculos para a realização dessa identificação.

⁴⁸¹ Segundo o Min. Nelson Jobim, isso significa, por exemplo, que, dependendo do tipo de cultura indígena, pode haver uma habitação permanente em mais de um lugar. Essa situação viabiliza a existência de habitação permanente em dois ou mais locais distintos, exatamente em decorrência de tradições ou por influências de questões relativas a clima e atividades produtivas.

A imagem dos círculos concêntricos encara o conceito “terras indígenas” de maneira bastante rigorosa, pois exige o preenchimento cumulativo de requisitos para a sua caracterização e tem como ponto de partida a “habitação permanente”. Esta corresponde ao círculo menor, do qual dependem todos os outros. Ainda que o Min. Nelson Jobim tenha conferido uma leve abertura a visões diferenciadas sobre o conceito de habitação, o que o diferencia em parte da proposta de Ferraz Júnior, a menção a um caráter histórico da posse, destituída de análise sobre desocupações forçadas, a proposta produz o mesmo efeito restritivo sobre a aplicação do art. 231, § 1º.

Em resumo, a amplitude da Constituição de 1988 permitiu que o STF se debruçasse com mais frequência sobre os direitos territoriais indígenas⁴⁸². Desde o início, há a fixação de um entendimento claro sobre o histórico da legislação, ressaltando aspectos referentes à titularidade das terras e a garantia de posse dos índios pelo menos desde a Constituição de 1934. À medida que a questão começou a ganhar contornos mais definidos no âmbito administrativo, diversos questionamentos surgiram. Paralelamente, a rejeição à ideia de ocupação imemorial, que sequer era defendida pelos movimentos indígenas, foi sumulada e passaria a ser utilizada indevidamente para afastar os direitos territoriais em situações de reivindicação e retomada de terras. A crescente tentativa de definições objetivas sobre o conceito de terra indígena indica um esforço do tribunal em controlar as demarcações e estabelecer parâmetros objetivos para o acesso ao direito territorial. Esse contexto tornou imprescindível uma análise mais abrangente do STF sobre a conformação dos institutos e o alcance do art. 231 da Constituição, o que levou a uma grande expectativa em torno do julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

4.2.1 O caso Raposa Serra do Sol

⁴⁸² Além dos casos mais específicos sobre a delimitação das “terras indígenas”, podem ser citados outros julgados como o que definiu o caráter não decadencial do prazo previsto no art. 67 do ADCT (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 24.566/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28.05.2004), a necessidade de observância do contraditório nos processos demarcatórios (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 21.649, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 15.12.2000; MS 24.045-8, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 05.08.2005.) e questões como a vedação da convocação de indígena para prestar depoimento a Comissão Parlamentar de Inquérito em local diverso de suas terras (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 14.10.2005).

No caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388⁴⁸³), o STF analisou diversos temas relacionados ao regime jurídico de terras indígenas. Várias matérias que haviam sido discutidas na Constituinte foram reavivadas, e outras reflexões foram agregadas. O tribunal consolidou entendimentos que já vinham sendo gestados em outros julgamentos e construiu novas interpretações sobre a matéria.

A terra indígena em questão abrange uma área de 1 milhão e 74 mil hectares, com uma população, em 2008, de 19 mil indígenas de várias etnias (Taurepang, Macuxi, Wapixana, Ingarikó e Patamona). O processo que chegou ao STF correspondia a uma ação popular de 2005 que questionava os atos administrativos que autorizaram o modelo de demarcação contínua da terra⁴⁸⁴. Os autores alegavam vícios no processo administrativo de demarcação, por não ter observado o contraditório previsto no Decreto nº 1.775/96⁴⁸⁵, e parcialidade no laudo antropológico. Argumentavam que a demarcação contínua acarretaria consequências desastrosas para os não índios, do ponto de vista comercial, econômico e social, e que haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais, além de mutilação do território do Estado-membro. Alegavam, ainda, ofensa ao princípio da razoabilidade, por existir um suposto privilégio da tutela dos direitos indígenas em detrimento da livre iniciativa.

O STF reconheceu a constitucionalidade e a legitimidade do processo demarcatório⁴⁸⁶ e realçou aspectos relevantes para a conformação constitucional do tema, como o reconhecimento dos direitos especiais de indígenas independentemente de “processos de aculturação” e o falso antagonismo entre esses direitos e o desenvolvimento. O tribunal destacou, ainda, o caráter originário dos direitos sobre a terra⁴⁸⁷, a legitimidade do modelo

⁴⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009.

⁴⁸⁴ A ação pedia a a nulidade da Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005, do Ministro da Justiça, que demarcou a área, e do decreto homologatório da Presidência, de 15 de abril de 2015.

⁴⁸⁵ O decreto em questão regulamenta o processo administrativo de demarcação, estabelecendo as etapas de identificação, delimitação dos limites da terra (pelo Ministro da Justiça) e homologação (pela Presidência). O decreto estabeleceu o contraditório no curso do processo administrativo, que consiste na possibilidade de impugnação do relatório aprovado pela FUNAI sobre estudos de identificação de uma área. O STF já se manifestou pela necessidade de observância do contraditório (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21.649, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 15.12.2000; MS 24.045-8, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 05.08.2005).

⁴⁸⁶ Houve 9 votos pela procedência parcial da ação (Ministros Ayres Britto, Menezes Direito, Eros Grau, Ricardo Levandowski, Carmen Lucia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ellen Gracie), 1 voto pela improcedência (Min. Joaquim Barbosa) e 1 voto pela procedência (Min. Marco Aurélio).

⁴⁸⁷ Cabe citar um trecho da ementa, que também consta do voto do relator: “DIREITOS 'ORIGINÁRIOS'. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente 'reconhecidos', e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de 'originários', a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 237.

contínuo de demarcação e a compatibilidade desta com a proteção ambiental⁴⁸⁸. Foi ressaltado o precedente contido no RE 183.188, que aborda a presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade do ato demarcatório, com natureza declaratória e força auto-executória. Reforçou-se que a competência para a realização de demarcações é da União, sendo a consulta ao Conselho de Defesa Nacional meramente facultativa, mesmo quando o território se localize em faixa de fronteira.

Foi fixada a data de promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988) como um referencial para averiguar a ocupação tradicional indígena. Ao marco temporal somaram-se os marcos da tradicionalidade⁴⁸⁹, da concreta abrangência fundiária⁴⁹⁰ e do conceito fundiariamente extensivo do princípio da proporcionalidade⁴⁹¹. Utilizou-se, ainda, a teoria do “fato indígena”, proposta pelo Ministro Menezes Direito e amplamente acolhida pelo colegiado, que se propôs a substituir a teoria do indigenato para prestigiar a segurança jurídica e afastar supostas dificuldades práticas decorrentes de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

O fato indígena parte de duas premissas básicas: i) a ocupação como um fato a ser verificado em 05 de outubro de 1988, em caráter permanente⁴⁹²; e ii) o modo tradicional de ocupação deve assegurar um determinado modo de vida, quanto a fatores econômicos, ecológicos, culturais e demográficos. Na ementa, foi ressaltado o chamado “renitente

⁴⁸⁸ Sem deixar de lado a crítica à decisão, Domingos Sávio Dresch da Silveira aponta alguns pontos positivos na decisão, como a proteção aos indígenas sem levar em conta o grau de interação com a sociedade majoritária, o caráter originário dos direitos e a constatação de que o tratamento constitucional dos índios não visa a perda de identidade étnica, mas sim, ao contrário, o contato interétnico é um somatório de mundividências que concretiza a inclusão comunitária pela via da identidade étnica. SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 1. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 29-47.

⁴⁸⁹ Segundo a ementa, o marco da tradicionalidade consiste em estar coletivamente situado em determinado espaço fundiário em caráter de perdurabilidade, salvo em caso de renitente esbulho. A ementa reflete o voto do relator, mas a grande maioria dos votos fez menção à tradicionalidade como o “modo de ocupar”, na esteira da doutrina majoritária, à qual fez referência o Min. Menezes Direito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 235-236.

⁴⁹⁰ O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional significa que a terra indígena deve atender à habitação permanente do grupo e assegurar as atividades produtivas, a preservação de recursos ambientais necessários a seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. *Ibid*, p. 236.

⁴⁹¹ O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade” diz respeito ao estabelecimento de tudo o que for imprescindível para assegurar dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras e reprodução de sua estrutura social. *Ibid*, p. 236-237.

⁴⁹² Para sustentar esta premissa, o ministro se valeu da Súmula 650, argumentando que “terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas”. *Ibid*, p. 380.

esbulho” como situação apta a garantir o direito à terra indígena mesmo em caso de ausência física naquela data.

O STF ressaltou ainda que as terras indígenas são bens públicos federais, devendo submeter-se ao direito nacional. Apesar de corresponder a “direitos originários”, o STF firmou o entendimento de que a terra indígena não pode ser sinônimo de território político, pois a etnia indígena é uma realidade sociocultural, sem natureza político-territorial. A Corte fez questão de frisar que o termo “território”, enquanto categoria jurídico-política, só poderia corresponder ao âmbito espacial de incidência de uma ordem jurídica soberana ou autônoma. Por essa razão, as organizações sociais indígenas não poderiam ter a dimensão de instância transnacional, uma vez que “nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a ordem jurídica internacional como “nação”, “país”, “patria”, “território nacional” ou “povo independente”.

O acórdão estabeleceu, ainda, dezenove salvaguardas institucionais, ou condicionantes, consistentes em regras sobre o usufruto de terras indígenas e sobre a atuação governamental acerca do tema. Algumas limitam-se a repetir o texto da Constituição (condicionantes 2, 3, 4, 14, 15 e 18⁴⁹³), mas outras conferem interpretação que esvazia o comando contido no art. 231, como a que prevê que o usufruto será sempre relativizado quando houver “relevante interesse público da União” (condicionante 1). Uma delas estabelece que o usufruto não deverá se sobrepor à defesa nacional (condicionante 5), podendo ser instaladas bases, unidades e postos militares, bem como ser realizada a expansão da malha viária e a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico, independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI (condicionante 6). Além disso, independentemente de diálogo com a comunidade, há uma condicionante que autoriza a União a instalar equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos (condicionante 7).

Em caso de área afetada por unidade de conservação, o STF confere clara prioridade ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO), autarquia ambiental, para ser o responsável pela gestão da área, sem compartilhamento com a FUNAI

⁴⁹³ São elas: 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15 - É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 18 - Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

(condicionantes 8, 9 e 10). Além disso, há permissão quanto à permanência de não índios na terra indígena (condicionantes 11 e 12) e a vedação de cobrança de tarifas pela passagem de não índios pela área ou como contrapartida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos (condicionante 13). Veda-se a ampliação da terra indígena que já tenha sido demarcada (condicionante 17) e assegura-se a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo demarcatório (condicionante 19).

Apesar da extensão da ementa, a expectativa de que a Corte realizaria uma análise sistemática e concretizadora dos direitos fundamentais dos índios às suas terras não se confirmou. A despeito da pretensão de examinar de forma ampla e geral as demarcações de terras indígenas, o julgado reproduziu visões hegemônicas e estigmatizantes sobre os povos indígenas. O STF valeu-se de premissas fáticas generalizantes sobre o comportamento das etnias em todo o país ou de pressuposições jurídicas não expressas na Constituição para limitar o alcance dos dispositivos constitucionais sobre a matéria e do entendimento da doutrina sobre o tema.

A maioria dos ministros externalizou, em seus votos, posicionamentos pouco alinhados com a perspectiva não integracionista da Constituição de 1988. A preponderância em abstrato de outros bens jurídicos – como meio ambiente e defesa nacional - e a indiferença em relação a tratado internacional de direitos humanos já incorporado à nossa ordem jurídica (a Convenção nº 169/OIT) e ao posicionamento do Estado brasileiro quando da assinatura da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (DNUPI) foram corolários dessa compreensão. Houve uma limitação inconstitucional do conceito “terras indígenas”⁴⁹⁴, notadamente pela fixação de um marco temporal para o reconhecimento da ocupação tradicional e pela estipulação das chamadas “salvaguardas”⁴⁹⁵.

A fixação de um marco temporal contraria a trajetória constitucional dos direitos indígenas, já que a garantia formal de posse de terras não se iniciou em 1988, tendo respaldo constitucional pelo menos desde 1934. Além disso, a teoria do fato indígena exige requisitos

⁴⁹⁴ Erika Yamada e Luiz Fernando Villares lamentam que a decisão, embora aparentemente benéfica aos povos indígenas que vivem na TI Raposa Serra do Sol, “embutiou no reconhecimento territorial um grande retrocesso em relação aos seus direitos”. YAMADA, Erica Magami and VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Rev. direito GV [online]*. 2010, vol.6, n.1, p. 150.

⁴⁹⁵ As condicionantes foram fixadas sem qualquer discussão prévia no processo e tratam de objeto totalmente estranho a ele, porém o Supremo as manteve, quando provocado em embargos de declaração. Afastou-se, apenas, o caráter vinculante da decisão proferida em ação popular, ressaltando-se, porém, que “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388 ED/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 23.10.2013.

da posse civil⁴⁹⁶ – como o da habitação permanente – e desconsidera as formas peculiares de relação que os povos indígenas têm com a terra e a forma como se mantêm ligados a elas mesmo em condições adversas. Ao contrário do que o STF sinalizou, o tema exige uma compreensão sob um olhar constitucional totalizante, que tenha o art. 231 como norte interpretativo.

A leitura feita pelo STF aponta, em verdade, para uma perspectiva assimilacionista. A interpretação adotada desconsidera a penosa trajetória de diversos povos despojados de suas terras para exigir, à luz de uma concepção própria da sociedade envolvente, critérios de ocupação que sequer se ajustam às cosmovisões e à maneira diferenciada como se relacionam com o território. Como afirma José Afonso da Silva, o objetivo do marco temporal não é a proteção dos direitos dos índios, mas dar fim às disputas sobre terras pela cassação dos direitos dos índios sobre elas⁴⁹⁷.

As condicionantes, por sua vez, extrapolararam o âmbito de incidência das sentenças aditivas, tendo em vista que a complementação normativa ocorreu a despeito de não haver prévia existência de omissão legislativa. A decisão de perfil aditivo geralmente é adotada em caso de omissão legislativa inconstitucional que demande uma atividade interpretativa integradora ou corretiva, porém foi utilizada no caso como mero complemento à norma⁴⁹⁸. Além de restringir severamente a autonomia dos povos indígenas, sem prévio contraditório, as condicionantes conferiram clara prioridade a outros bens jurídicos, como o meio ambiente e a defesa nacional. Como observam Erika Yamada e Luiz Fernando Villares⁴⁹⁹, as dezenove ressalvas buscam, em tese, conciliar interesses indígenas, defesa nacional e preservação do meio ambiente, mas três contrariam a Convenção nº 169 (5, 6 e 7), três se contrapõem a disposições infralegais (8, 9 e 10) e cinco são enunciados normativos originais (11, 12, 13, 17 e 19)⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Esta visão é perceptível no voto do Ministro Cezar Peluso, para quem a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas seria o chamado fato indígena, sendo que a posse jurídica na data de início da vigência da Constituição, em 05 de outubro de 1988, corresponderia praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.

⁴⁹⁷ A manifestação do professor José Afonso da Silva foi feita em parecer que responde a consulta formulada por Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa, Associação Juizes pela Democracia, Centro de Trabalho Indigenista, Instituto Socioambiental, Organização Índio é nós e Centro de Estudos Ameríndios da USP. Disponível em: <https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-jose3a9-afonso-marco-temporal_.pdf> Acesso em 09 out. 2016.

⁴⁹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>> Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁹⁹ YAMADA, Erika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, vol. 6, nº 1, São Paulo, jan/jun, 2010, p. 147.

Acresça-se que o entendimento firmado pelo STF caminha em sentido contrário à compreensão intercultural da relação entre os povos indígenas e a sociedade envolvente⁵⁰¹. A Corte brasileira procurou frisar que, em caso de medidas que afetem as terras dos índios, estes, principais interessados, até poderão ser ouvidos – em alguns casos -, porém a oitiva não é um requisito de validade da medida nem há obrigação de levar em consideração os seus anseios. Paradoxalmente, no mesmo julgamento, a falta de participação de Estados e Municípios no processo demarcatório foi tratada como um vício causador de nulidade do procedimento demarcatório.

Quanto aos efeitos do julgamento para as demais terras indígenas, o Supremo reafirmou, em embargos de declaração⁵⁰², a importância das condicionantes, tratadas como diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena. Afastou, porém, a força vinculante do acórdão a outros processos e à Administração Pública, de modo que “os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”. Não obstante, a ementa do julgado repete a ressalva do voto do Min. Roberto Barroso de que a decisão ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, “do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões.”

O afastamento da força vinculante da decisão enseja, na prática, a necessidade de análise concreta de cada processo demarcatório, sendo descabida a aplicação das condicionantes sem qualquer consideração fundamentada sobre a realidade específica de cada etnia. Sem embargo, os juízos inferiores e o próprio Supremo, por meio da Segunda Turma, vêm em alguns julgados adotando acriticamente as diretrizes daquele acórdão, inclusive em mandados de segurança, contrariando a jurisprudência consolidada do tribunal de não rever processos demarcatórios em demandas mandamentais, por demandar dilação probatória. As

⁵⁰⁰ Note-se que a maioria das condicionantes vai de encontro à trajetória de lutas e conquistas dos povos tradicionais pelo respeito à sua cultura e seus modos de vida, pois privilegiam um projeto estatal específico, baseado na segurança nacional e em uma visão preservacionista e acrítica de proteção ao meio ambiente, e impõem aos indígenas um *status* de cidadãos de segunda classe, sem paridade de participação e sem proteção externa. Há uma indevida hierarquização que coloca em primeiro plano a posição estatal sobre a já limitada autonomia desses povos, que não são tidos como participantes dos processos decisórios, mas como mero empecilho. Na prática, o posicionamento da Corte não se diferenciou das soluções adotadas no passado: ao mesmo tempo em que os direitos foram formalmente reconhecidos, esse reconhecimento se deu de forma limitada, servindo basicamente como fator legitimador da apropriação de terras e recursos por não indígenas.

⁵⁰¹ Para uma crítica mais aprofundada das salvaguardas, veja-se: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Rapsa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (orgs.). *Direitos em conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 1. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 29-47.

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. Na Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 23.10.2013.

decisões da Segunda Turma do STF levaram a Advocacia-Geral da União (AGU) a elaborar parecer com orientações à Administração Pública federal sobre o tema.

4.2.1.1 O “pós-Raposa”: a recepção acrítica pela Segunda Turma do STF e a repercussão administrativa

A maioria dos casos analisados após o julgamento da Pet 3.388/RR referiu-se a regiões com alta incidência de conflitos, como o sul da Bahia e o Mato Grosso do Sul. Antes mesmo do julgamento dos embargos de declaração do caso Raposa Serra do Sol, o STF julgou a ACO 312/BA⁵⁰³, que tratava de terra indígena das etnias Tupinambás e Pataxó do sul da Bahia (reserva Caramuru-Catarina-Paraguaçu). Foram discutidas questões acerca da titularidade de áreas indígenas e da situação jurídica de ocupações do passado⁵⁰⁴.

O Supremo entendeu que a baixa demografia indígena na região em momentos históricos diversos não impediria o reconhecimento da posse permanente, tendo em vista que a perícia apontou a presença, ainda que pequena, de índios durante todo o tempo e a manutenção de laços com o local. Além disso, ressaltou a ocorrência de esbulhos, de modo que “a remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse”. Considerou ter havido, portanto, uma persistência apta a garantir a continuidade suficiente da posse esbulhada. No mais, o tribunal asseverou que, na área demarcada pela União, houve aquisição *a non domino*, gerando nulidade dos títulos. Contudo, em relação às áreas que não tinham sido demarcadas em 1938, deveria ser observado o marco temporal de 5 de outubro de 1988.

O voto da Min. Carmen Lúcia fez uma defesa do marco temporal com base na segurança jurídica em face do acréscimo do contingente das populações indígenas, como se depreende deste trecho:

⁵⁰³ Esta ação é a mesma cuja questão de ordem fora apreciada em 2002, da qual consta o voto do Min. Nelson Jobim sobre a teoria dos círculos concêntricos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 312/BA. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Redator do acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 02.05.2012, DJ 21.03.2013.

⁵⁰⁴ No caso, o Estado da Bahia editou a Lei nº 1.916/26, que doou área em favor dos indígenas, a qual só foi demarcada pela União em 1938. Contudo, a falta de homologação da demarcação gerou uma apropriação indevida das terras por não índios, estimulada pelo próprio SPI, e agravamento dos conflitos, mediante expulsões dos indígenas de suas terras. Ao longo do tempo, a presença indígena diminuiu, gerando discussões sobre o tamanho a ser destinado à reserva. Nos anos 1980, as retomadas indígenas trouxeram a questão novamente à tona, e ação foi ajuizada em 1982. A ação buscava a declaração de nulidade dos títulos de propriedade incidentes sobre a área demarcada em 1938 e outras adjacentes, por serem de ocupação tradicional indígena.

80. Não acho se possa desconsiderar o acerto da adoção de um marco temporal de ocupação para o exame de questões envolvendo a delimitação de terras indígenas, ainda mais tendo em conta o acréscimo considerável no contingente de pessoas autodeclaradas indígenas nas últimas décadas, conforme constatado em estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE⁵⁰⁵). (sem grifos no original).

Em sede de mandado de segurança, o pleno do tribunal analisou o agravo regimental no MS nº 31.100/DF⁵⁰⁶, no qual se contestava a regularidade de processo administrativo demarcatório da Terra Indígena Jataywary, de ocupação tradicional da etnia Guarani Kaiowá (MS), cuja homologação estava prestes a ser assinada pelo Presidente da República. Na oportunidade, o tribunal valeu-se da jurisprudência consolidada sobre mandado de segurança para afastar o conhecimento da ação, por se tratar de matéria cuja complexidade demandaria dilação probatória.

Na Segunda Turma do tribunal, porém, o julgamento do caso Raposa inspirou a adoção de entendimento diverso sobre o cabimento do *mandamus*. No RMS 29.087/DF⁵⁰⁷, que tratou da TI Guyraroká, ocupação da etnia Guarani Kaiowá (MS), entendeu-se que a fixação do marco temporal permite a análise da prova pré-constituída para verificar a existência de ocupação tradicional em 5 de outubro de 1988⁵⁰⁸.

O voto vencedor, do Min. Gilmar Mendes, retirou algumas informações do laudo pericial, como a de que os indígenas foram desapossados de suas terras nos anos 40 por pressão dos fazendeiros, para dizer que o marco temporal não havia sido observado. A informação de que os índios mantiveram os laços com a terra, trabalhando nas fazendas e cultivando costumes, foi refutada pelo argumento de que se tratava de ocupação remota, aludindo-se ao entendimento firmado na Súmula nº 650.

Um outro argumento utilizado pelo Min. Gilmar Mendes foi o de que a área teria sido formalmente adquirida pelo particular em 1988, o que demonstraria que estava desimpedida e já explorada. A menção do ministro demonstra a completa naturalização da realidade

⁵⁰⁵ Disponível no endereço eletrônico: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/indigenas/indigenas.pdf>. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 312/BA. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Redator do acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 02.05.2012, DJ 21.03.2013, p. 125.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ag. Reg. em MS 31.100/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 13.08.2014.

⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RMS 29.087/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. Do Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 16.09.2014.

⁵⁰⁸ Prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes, que se opôs ao do relator, Min. Levandowski. Este havia defendido a aplicação da jurisprudência consolidada da Corte sobre mandados de segurança em demarcações de terras indígenas e mencionou precedentes, alguns de relatoria do próprio Min. Gilmar Mendes: RMS 24.531/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; MS 25.483/DF, Rel. Min. Carlos Britto; RMS 22.913/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes; MS 20.751/DF, Rel. Min. Moreira Alves; MS 21.575/MS, Rel. Min. Marco Aurélio.

existente, sem levar em consideração as possibilidades de resistência ante o esbulho. A aplicação inadequada da Súmula nº 650, como se viu, faz de 1988 o ano de início da garantia de direitos territoriais aos povos indígenas, como se não houvesse existido legislação anterior sobre o tema.

No mesmo processo, chama a atenção o julgamento dos embargos de declaração⁵⁰⁹, pois nele fica claro o apego da Corte ao regime tutelar. A comunidade indígena Guyraroká, que não havia participado do processo, pediu o ingresso nos autos, porém este foi rejeitado, sob o argumento de que “a FUNAI é o órgão federal do Estado brasileiro responsável pela proteção dos índios e de seus bens, ao qual cabem todos os estudos e levantamentos que precedem a demarcação, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 5.371, de 5.12.1967⁵¹⁰”. Os índios foram privados de participar do processo que decidiria a demarcação de suas terras, sob o fundamento de que a FUNAI era sua representante. Esse entendimento denota que a ideia superada de incapacidade civil dos índios continua fortemente presente, com a sobreposição da visão tutelar à própria Constituição.

No RMS 29.542/DF⁵¹¹, referente à TI Porquinhos, dos Canela-Apãnjekra (MA), a Segunda Turma adotou uma das salvaguardas institucionais previstas no julgamento do caso Raposa Serra do Sol para afastar pleito de ampliação de terra indígena já demarcada. A relatora, Min. Cármen Lúcia, destacou que o Poder Público poderia valer-se de outros instrumentos para fazer frente aos anseios das comunidades indígenas. Em seu voto, ela destacou que a revisão da demarcação prejudicaria a segurança jurídica:

Os vetores sociais, políticos e econômicos então existentes conformaram-se para construir solução para a comunidade indígena que habitava a região, o que permitiu a demarcação daquele espaço como terra indígena. A estabilidade social e jurídica alcançada na região a partir desse ato não pode ser abalada com a pretendida remarcação ampliada da área⁵¹².

No caso da TI Limão Verde, de ocupação Terena (MS), a Segunda Turma apreciou um agravo regimental no RE 803.462/MS⁵¹³, o Supremo considerou que a última ocupação indígena teria deixado de existir no ano de 1953, “data em que os últimos índios teriam sido

⁵⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No RMS 29.087/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 08.03.2016.

⁵¹⁰ *Ibid*, p. 8.

⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RMS 29.542/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 30.09.2014.

⁵¹² *Ibid*, p. 19.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE com Agravo 803.462/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 09.12.2014.

expulsos da região”, afastando o direito à demarcação com base no marco temporal. A Súmula nº 650 também foi aplicada. O caso notabiliza-se por ter trazido uma definição restritiva de “renitente esbulho”, ao exigir uma situação de efetivo conflito possessório no momento da promulgação da Constituição de 1988. Segundo a turma, ainda que tenha se iniciado no passado, a persistência do conflito naquela data deve ser comprovada materialmente por circunstâncias de fato ou, ao menos, por controvérsia possessória judicializada. Não valeria, para tal demonstração, a defesa de que os índios Terena pleiteram a demarcação de terras durante o século XX, com requerimentos e cartas, as quais poderiam representar mero anseio de demarcação futura e ocupação da área, mas não a situação de esbulho possessório atual.

A decisão adotada no caso Limão Verde consagra a involução da jurisprudência do STF – pelo menos da Segunda Turma - sobre a matéria. Nesses casos, o tribunal deixou de considerar toda a legislação constitucional sobre o tema, desde 1934, e ordenou aos indígenas, então incapazes e em situação precária no regime tutelar pré-1988, que houvessem judicializado demandas ou mantivessem conflitos permanentes com os fazendeiros. Mais uma vez, o campo jurídico foi instrumentalizado para negar direitos, incidindo a colonialidade do saber. Ao mesmo tempo, é curioso observar que atitudes que tenderiam a ser esmagadas pela repressão, como formas de resistência direta, são tidas, quase trinta anos mais tarde, como praticamente as únicas legitimadoras de reivindicações por direitos.

O entendimento da Segunda Turma, não obstante, ainda não é pacífico. Em 2017, o plenário do STF voltou a analisar, por meio das ACO 362⁵¹⁴ e 366⁵¹⁵, casos de pedidos de indenização por desapropriação indireta, referentes às terras dos povos Nambikwara e Paresí (MT). Trata-se de ocupações permanentes na área Parque Indígena do Xingu, e a presença dos índios na área em 1988 era incontroversa, por isso não ensejou qualquer tipo de controvérsia quanto à análise fática, e o julgamento foi unanimemente favorável aos índios (improcedência dos pedidos contidos nas ações). Os próprios ministros procuraram ressaltar que não estavam discutindo o marco temporal. Contudo, as manifestações de cada um deles indicaram um tratamento da matéria sintonizado com a legislação histórica sobre o tema. A começar pelo relator, o Min. Marco Aurélio, que reforçou o entendimento do STF de que as terras ocupadas pelos índios não eram terras devolutas e que o reconhecimento da posse de terras indígenas é reconhecido desde a Constituição de 1934.

⁵¹⁴ O acórdão ainda não foi publicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 362-MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 16.08.2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jgovKwDd6GU>>. Acesso em 27 set. 2017.

⁵¹⁵ O acórdão ainda não foi publicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 366-MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 16.08.2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jgovKwDd6GU>>. Acesso em 27 set. 2017.

Os demais ministros acompanharam o entendimento do relator. O Min. Alexandre de Moraes ressaltou a teoria do indigenato, bem como asseverou que os índios foram vítimas no Estado de Mato Grosso de deslocamentos compulsórios e da venda ilícita de áreas, episódios que não descaracterizaram a permanência da ocupação. O Min. Edson Fachin enfatizou a noção de habitat, ao passo que o Min. Roberto Barroso, em *obiter dictum*, destacou que a ocupação tradicional só pode ser descaracterizada se os indígenas deixaram voluntariamente as terras. É desnecessário, na visão do ministro, exigir atos de violência contra os indígenas ou o prévio ajuizamento de ação possessória, pois isso implicaria analisar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e tradições.

Nos casos julgados em 2017, a teoria do indigenato voltou a ser valorizada, independentemente de qualquer requisito fático de habitação em data específica. O caminho interpretativo revela que, diferentemente do que acenavam os julgados da Segunda Turma, não há um posicionamento ainda claro do tribunal com relação à extensão da aplicação do entendimento do caso Raposa Serra do Sol a outros julgamentos. As decisões do pequeno colegiado, além de poucas, não servem para demonstrar que há um posicionamento pacífico do STF sobre a matéria, ainda mais diante do teor do julgamento dos embargos de declaração no caso Raposa. Daí por que tanto a Portaria nº 303/2012⁵¹⁶ quanto o Parecer nº 01/2017⁵¹⁷, ambos da Advocacia-Geral da União, que tentam aplicar as diretrizes do julgamento à esfera administrativa, não se coadunam com a posição do Supremo.

Não há dúvidas, porém, de que a força do entendimento no caso Raposa ainda se faz presente, seja para corroborá-lo, seja para refutá-lo. Por isso, é necessário aprofundar o seu estudo, realizando avaliações específicas sobre alguns tópicos e acerca dos principais

⁵¹⁶ A edição da Portaria nº 303/2012, pela Advocacia-Geral da União, buscou aplicar as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol em todos os casos de atuação da FUNAI e da União. Após pressão do movimento indígena, a portaria foi suspensa. BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012. Diário Oficial da União – Seção 1, de 17.07.2012, p. 1-2.

⁵¹⁷ O Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU estabelece que a Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do STF na Pet. 3.388/RR. Além de referendar o marco temporal, ao tratar das chamadas salvaguardas institucionais fixadas no Caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388), que estabeleceram permissões de atuação governamental independentemente de consulta naquela área, sem efeito vinculante para outros casos, a Advocacia-Geral da União sustenta que a consulta em casos concretos é um mecanismo desnecessário em razão da participação de *amici curiae* – alguns deles comunidades indígenas situadas na terra indígena - no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Este entendimento demonstra a incompreensão sobre a disponibilização de mecanismos e canais de participação aos indígenas como forma de repartição do poder. Afinal, a consulta prévia deve discutir questões concretas, a serem enfrentadas por comunidades diretamente impactadas por decisões e empreendimentos, de modo que a decisão em controle de constitucionalidade, que estipula diretrizes para uma área com a pretensão de indicar, de modo abstrato, solução para outros casos, certamente não atende aos objetivos da convenção. (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº 01, de 19 de julho de 2017. Diário Oficial da União – Seção 1, 20.07.2017, p. 7).

desacertos do julgamento. Identificar criticamente os problemas no caso Raposa será extremamente útil para a formulação da proposta que será apresentada no próximo capítulo.

4.2.2 Ainda o caso Raposa Serra do Sol: o esvaziamento do art. 231 por meio da interpretação

No julgamento do caso Raposa, algumas premissas que os ministros utilizaram são reveladoras de uma visão eurocêntrica e avessa a uma compreensão ampla sobre a autonomia dos índios. Depreende-se dos votos uma naturalização da trajetória de espoliações e remoções a que os índios estiveram submetidos, oferecendo-se pouca ou nenhuma consideração quanto aos impactos do regime tutelar na privação de territórios em período anterior a 1988

Nesse sentido, podem ser citados os seguintes pontos: i) a adoção da ideia de brasilidade como uma característica redutora do direito à diferença para justificar uma interpretação restritiva dos direitos territoriais; ii) a combinação das teorias do indigenato e do fato indígena para legitimar a fixação do marco temporal, com vistas a prestigiar uma seletiva segurança jurídica em favor da propriedade privada; iii) a quase total desconsideração da legislação e da jurisprudência internacionais e a indisposição para um diálogo de Cortes; e iv) a prevalência em abstrato de certos bens jurídicos, como defesa nacional e meio ambiente, de forma absoluta.

4.2.2.1 A premissa da brasilidade e o direito à diferença: “índios no Brasil” ou “índios do Brasil”?

Os indígenas são “brasileiros”, e esta condição de nacional impõe restrições ao próprio exercício de seus modos de vida. O raciocínio, adotado pela maioria dos ministros, presume um *status* anterior à condição étnica, que coloca os índios em submissão aos ditames do Estado nacional, ainda que isso implique violações ao direito à diferença.

Com essa premissa, construiu-se uma interpretação dos direitos territoriais que busca desautorizar expressamente supostos anseios separatistas dos índios e afastar um tratamento das terras indígenas como territórios em sentido político. O STF impôs limitações ao reconhecimento do direito à diferença e colocou acima dos direitos indígenas qualquer outro

direito que advogue por uma noção vaga de interesse público ou interesse nacional. Como consequência, há uma reduzida autonomia dos índios, que deve servir a quaisquer outros interesses estatais. A interpretação restritiva de normas internacionais e uma recusa a qualquer tipo de protagonismo indígena nos processos decisórios vão legitimar essa construção.

O voto do relator, o Min. Ayres Britto, que menciona a garantia de um espaço fundiário para a preservação da identidade somática, linguística e cultural, considera, ao mesmo tempo, a identidade como um fato complexo, consistente na condição de índio brasileiro, decorrente do vínculo de territorialidade com o Brasil⁵¹⁸.

O voto dá a entender que os índios, mesmo que possuam diferenças entre si, compõem o povo brasileiro, no qual diluem em um “cadinho de origens étnicas”⁵¹⁹. A precedência histórica dos direitos originários não teria o condão de afastar o caráter superior da condição de brasileiros, que impõe a observância homogênea de certas normas, notadamente aquelas que afetam a soberania nacional, ainda que isso implique graves consequências ao exercício da identidade.

Essa vinculação do direito à diferença a uma prévia identidade nacional pressupõe que os indígenas devem internalizar formas de organização política que muitos deles desconhecem ou não levam em consideração⁵²⁰. Como afirma Eduardo Viveiros de Castro, as fronteiras geopolíticas contemporâneas não definem (ainda que sobredeterminem de várias formas) os conjuntos socioculturais, razão pela qual não se pode extrair da localização dos indígenas no Brasil uma “condição fundante” da constituição social desses povos, mas uma circunstância adventícia ou superveniente. É por isso, inclusive, que a expressão “índios no Brasil” se mostra mais adequada que “índios do Brasil”, pois enfatiza a localização, e não um caráter possessivo na relação com o Estado nacional⁵²¹.

⁵¹⁸ “75. O que estamos a descrever não é senão a própria base filosófica da mais firme opção constitucional em favor dos índios, traduzida no macro-entendimento de que é direito fundamental de cada um deles e de cada etnia autóctone: I - perseverar no domínio de sua identidade, sem perder o status de brasileiros. Identidade que deriva de um fato complexo ou geminado, que é o orgulho de se ver como índio e etnia aborígene, é verdade, mas índio e etnia genuinamente brasileiros. Não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra, conjugadamente. O vínculo de territorialidade com o Brasil a comparecer como elemento identitário individual e étnico;”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, jul. 19.03.2009, p. 287-288.

⁵¹⁹ Cf. MILANO, Giovanna Bonilha; GEDIEL, José Antônio Peres. Movimentos sociais, a luta pela terra e os caminhos da invisibilidade. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 73.

⁵²⁰ Cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: Alguns Avanços e Obstáculos Desde a Constituição de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 589.

⁵²¹ CASTRO, Eduardo Viveiros de. Etnologia brasileira. In: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: Sumaré/ANPOCS; Brasília: CAPES (v.1, Antropologia), 1999, p. 161-162.

Afinal, há povos, como os Guarani, Makuxi, Matsés, Ticuna e Yanomami, que vivem em territórios cuja área não coincide com as fronteiras nacionais, abrangendo áreas transfronteiriças, fruto das características étnicas deste povo. Não se nega aos indígenas o direito de verem a si próprios como brasileiros, porém é certo que a identidade nacional, como algo imaginado ou artificialmente criado que é, não pode ser atribuída aos índios como uma condição que lhes restrinja a própria constituição sociocultural. Não se trata, pois, de garantir aos índios e a suas terras o *status* de Estados autônomos, mas sim de avaliar que a identidade não seja tolhida por meio da imposição de um interesse nacional vago, permitindo-se uma compatibilização entre formas jurídicas e políticas distintas e o respeito ao pluralismo por meio de um diálogo efetivo.

A negação da pluralidade e a contradição com o regime especial das terras indígenas fica ainda mais evidente no voto da Min. Carmen Lucia. Segundo a ministra, o Brasil contém um só povo, situado num único território, que é compromisso de todos e de cada um de nós, que tem como corolário a igual subordinação de todos às leis. Por isso, o indígena deveria adequar-se às determinações da Polícia Federal ou das Forças Armadas em suas terras da mesma forma que um cidadão que pode ter seu carro requisitado pelo poder público ou é desapropriado de sua residência⁵²². A comparação da ministra não é adequada, pois desconsidera a importância da terra para os povos indígenas, enquanto constituição do próprio direito, e nega o direito à diferença, igualando realidades de uma forma que descaracteriza os seus traços distintivos, inclusive no que se refere à relação com a terra. Afinal, se existe uma justificativa de tratamento diferenciado aos indígenas, não é a sentença de que “todos somos brasileiros” que afastará a sua imprescindibilidade⁵²³.

Para ressaltar a brasilidade e uma aparente harmonia na formação do Brasil, o Min. Ricardo Lewandowski mencionou o quadro “A primeira missa no Brasil”, do pintor Victor Meirelles, de 1861⁵²⁴. Uma análise mais detida do quadro, contudo, pode conduzir-nos a outras reflexões, como apresenta João Pacheco de Oliveira: os indígenas, estetizados, fundem-

⁵²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 467.

⁵²³ A própria ministra ressaltou, em outro trecho de seu voto, a importância diferenciada da terra para os índios e a importância de não lhes ser imposto um outro modo de vida: “17. Também não se pode deixar de atentar a que a Constituição de 1988 introduz mudança na raiz dos institutos que compõem os direitos constitucionais dos índios. Esta mudança está na concepção que se supera de que os índios teriam respeitados direitos para “vir a compor a comunhão nacional” ou vir a se incluírem nas concepções e práticas civilizatórias, e não como opção - que tanto lhes deve ser assegurado, como é próprio da liberdade humana -, mas como orientação estatal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 448.

⁵²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 485-486.

se com a natureza e não são protagonistas, mas meras testemunhas da história da nação e de seu destino⁵²⁵. O quadro mostra, no fundo, o que a ideia de “índios brasileiros” tenta esconder: silenciados no exercício da sua identidade, são brasileiros de segunda classe, meros figurantes de uma história que reconhece o DNA indígena na formação do Brasil, mas rejeita sua presença na tomada de decisões e o dinamismo de sua cultura.

A tese da brasilidade foi defendida pela maioria do tribunal⁵²⁶, e os ministros César Peluso e Marco Aurélio foram ainda mais enfáticos, defendendo a política integracionista como modelo. O último ressaltou aspectos benéficos da integração aos descendentes dos indígenas:

A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. A partir da colonização, passando pelo Império e chegando aos dias atuais, isso tem sido uma constante. Na primeira época, houve até mesmo ato do Marquês de Pombal voltado à miscigenação, estimulando-se o estabelecimento de relação carnal e sentimental entre portugueses e índias. Como efeito dessa política, notou-se, com o decorrer dos anos, o avanço intelectual de descendentes de índios. Cito o exemplo de ex-Governadores do Estado do Amazonas. Gilberto Mestrinho é filho de índio e Amazonino Mendes, neto. A informação está registrada em publicação do ex-Governador de Sergipe e ex-Ministro do Interior, de 1987 a 1990, João Alves Filho, que, por sinal, é bisneto de índio⁵²⁷.

Em suma, constata-se que a Corte partiu de um referencial generalizante sobre os índios, e o tratamento como brasileiros limitou o âmbito de exercício de suas identidades. Esse posicionamento viabilizou, posteriormente, as conclusões do julgado em favor da submissão dos indígenas a todo e qualquer interesse nacional, ainda que isso acarretasse violação de seus modos de vida. Note-se que a colonialidade do ser está presente nesta concepção, pois a diferença é tolerada até determinado ponto, não podendo implicar qualquer tipo de contestação ao modelo unitário e homogêneo do Estado nacional, provocando uma atenuação do pluralismo e da própria afirmação como indígena. A identidade, reduzida às linhas que definem a condição de brasileiro, tem de ser exercida sob restrição constante.

⁵²⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de. Prefácio. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 16.

⁵²⁶ O Min. Eros Grau repisou que “não há mais de uma nacionalidade”, exceto a dos brasileiros. Assim, o tratamento constitucional especial dos índios não justificaria a “insinuação de que eles componham outro ou outros povos diferentes do povo brasileiro”, pois todos somos brasileiros, de modo que ideia de indígenas como “povos” atenderia aos interesses de organizações não governamentais (*Op. Cit, nota 524*, p. 518-519). A Min. Ellen Gracie, fazendo menção ao indígena Sepé Tiaraju, que havia dito que a “esta terra tem dono”, ressaltou que o dono da terra é o “povo brasileiro”, composto por brancos, negros e índios (*Op. Cit, nota 524*, p. 522). Gilmar Mendes observou que os artigos 231 e 232 se aplicam a brasileiros indígenas, sendo que a proteção constitucional estaria condicionada ao interesse da soberania nacional, nos termos do art. 231, § 5º (*Op. Cit, nota 524*, p. 801).

⁵²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 653.

Incide com força também a colonialidade do saber. Para muitos grupos étnicos, o conceito de Estado-nação ou a ideia de fronteiras estatais são totalmente estranhos. Ao enfraquecer os territórios e inviabilizar uma eficaz tradução intercultural por meio do diálogo, a Corte obstrui qualquer tipo de ecologia dos saberes, causando uma invisibilidade permanente a formas de pensamento que se distingam da racionalidade moderna, cabendo ao direito, enquanto pensamento abissal, legitimar este entendimento⁵²⁸.

4.2.2.2. O marco temporal e a segurança jurídica seletiva

A defesa de uma data certa para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas baseia-se, segundo o Min. Ayres Britto, na análise gramatical do texto: a escolha constitucional pelo termo “ocupam”, em vez da expressão “venham a ocupar” ou “ocupadas em outras épocas” refletiria a intenção constitucional de dar fim a “intermináveis discussões⁵²⁹” sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Com isso, o ministro pretende prevenir expulsões dos índios de suas aldeias após 1988 e evitar a suposta fraude decorrente da proliferação de aldeias, a qual estaria ocorrendo mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob a única finalidade de “artificializar” a expansão dos lindes da demarcação.

É verdade que os indígenas buscavam na Constituinte garantias para a proteção das terras que já ocupavam, mas seus anseios não se limitavam a isso, como provam as denúncias de privações e de falta de acesso às terras reivindicadas que apresentaram à época. Além disso, a ênfase na argumentação sobre fraudes na proliferação de aldeias parece desconhecer a realidade de grupos cujos territórios envolvem mais de um Estado nacional e, ao mesmo tempo, incorre na tentativa genérica de desqualificar os processos de emergência étnica ocorridos após 1988, os quais foram fruto justamente do “constitucionalismo fraternal” e da “igualdade de minorias” que o julgamento tenciona reconhecer.

Outrossim, a fundamentação apresentada induz a pensar que a afirmação do pertencimento étnico após 1988 só poderia representar uma tentativa artificial de ampliar terras, como se a assunção da identidade indígena só trouxesse bônus a quem reivindicasse as

⁵²⁸ Nesse sentido, veja-se: SARTORI JUNIOR, Dailor. Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do 'marco temporal da ocupação' sob a perspectiva da colonialidade. Dissertação (Mestrado em Direito). 2017. 161 f. UniRitter. 2017, p. 126.

⁵²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 295.

demarcações. Ademais, com base nesse raciocínio, apenas as 220 mil pessoas contabilizadas à época da Constituinte de 1988 e seus descendentes poderiam ser os indígenas “verdadeiros”, aptos a pleitear o reconhecimento garantido na Constituição.

Cabe observar, ainda, que a interpretação gramatical, além de não prevalecer sobre outras técnicas de interpretação, não se sustenta. Primeiro, porque a Constituição não tratou, como fez em 1967/1969, do tema em suas disposições finais e transitórias, mas em um capítulo próprio das disposições gerais. Segundo, quando o texto quis fazer menção a situações contemporâneas à data de promulgação, utilizou o advérbio “atualmente”, como nos artigos 20, I⁵³⁰, e 244⁵³¹.

Mostra-se compreensível a preocupação dos ministros quanto à segurança jurídica ante as crescentes reivindicações por demarcações após 1988. Trata-se, contudo, de uma segurança jurídica seletiva, que teme os impactos a serem sentidos pelos detentores de títulos de propriedade privada em terras indígenas, naturalizando a opressão sobre esses grupos. A “chapa radiográfica”, a que se refere o voto do Min. Ayres Britto, diz combater as supostas fraudes identitárias, mas silencia sobre os efeitos das políticas assimilacionistas e do genocídio no passado. Diferentemente do compromisso assumido na ACO 323 (Caso Krenak), pede-se agora o esquecimento das violências do passado e recorre-se à acomodação das reivindicações ao estágio em que as ocupações estavam em 1988.

Nesse ponto, o voto do Min. Marco Aurélio é elucidativo, pois sustenta que a Constituição não poderia provocar qualquer revolução na matéria, sob pena de fulminar situações “de há muito constituídas sob o pálio de ordens constitucionais precedentes⁵³²”. A Constituição não poderia, assim, invalidar títulos de propriedade compreendidos em cadeia iniciada há mais de cinquenta anos, sob pena de “abrir-se campo propício a um sem número de reivindicações em tal sentido⁵³³”.

⁵³⁰ “Art. 20 São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos”.

⁵³¹ “Art. 244 A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º”.

⁵³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 685.

⁵³³ O conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” mereceria, na visão do ministro, ser delineado no “campo da razoabilidade, da segurança da vida em Estado Democrático de Direito”, sendo necessário pressupor uma situação de fato definida. Ele afirma que a Constituição não visou em momento algum a corrigir as imensas injustiças “praticadas contra aqueles que já habitavam o Brasil à época da descoberta, porquanto isto acabaria por ocorrer com o sacrifício de quem não vivenciou as práticas de outrora e de valores tão caros quando em jogo a segurança na vida em uma sociedade”. Note-se, no caso, a regressão em relação ao entendimento adotado na ACO 323. *Ibid*, p. 686.

A teoria do “fato indígena”, proposta pelo Ministro Menezes Direito, aprofundou o “marco temporal”, com a clara intenção de prestigiar a segurança jurídica em favor do título de propriedade privada daqueles que viviam em 05 de outubro de 1988 em área que viesse a ser declarada terra indígena. O ministro sustentou que o marco temporal seria uma decorrência do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, pois impediria o desapossamento por não índios após a promulgação da Constituição.

Citando Ferraz Júnior, o Min. Menezes Direito suscitou que o “caráter permanente” da habitação não poderia ser reconhecido se os índios estivessem na área porque foram trazidos ou atraídos por motivações do “civilizado”. Mencionou, ainda, o sentido etimológico de “habitar”, sem refletir ou fazer qualquer consideração sobre a compreensão dos indígenas sobre o termo. Alegando vantagens da teoria do fato indígena por afastar a investigação imemorial da ocupação, o ministro sustentou que a teoria do indigenato, embora importante, teria sido superada pelo art. 231, § 6º, que teria suplantado “todas as pretensões e os supostos direitos sobre as terras indígenas identificadas a partir de 1988⁵³⁴”.

Estranhamente, o voto do Min. Menezes Direito não contém uma análise da cadeia legislativa (constitucional e infraconstitucional) sobre os direitos dos índios desde o século XIX, uma prática comum nos votos mais extensos sobre esta matéria no tribunal, como os de Néri da Silveira e de Nelson Jobim em outros julgamentos, já citados. A análise do ministro é centrada quase por completo na Constituição de 1988, como se todo o debate sobre direitos indígenas tivesse começado naquele momento⁵³⁵, deixando de lado a historicidade sobre o tema, o indigenismo brasileiro e seus percalços, a trajetória estatal de restrição desses direitos e o cenário de marginalização e desigualdade durante quase todo o século XX⁵³⁶.

A segurança jurídica, na prática, não contempla os índios, pois estes seguem espectadores das definições que os brancos fazem em favor da verdade registral, restando-lhes agir proativamente e demonstrar que aquela terra lhes foi tomada. O “renitente esbulho” a que alude a ementa até excepciona o marco temporal, ao permitir a justificação da ausência de

⁵³⁴ *Ibid*, p. 384.

⁵³⁵ O parágrafo a seguir é ilustrativo, pois trata a Constituição de 1946 como um fato isolado, preso no passado, incomunicável com o presente: “O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. A mesma razão pode ser extraída do voto do Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do RE nº 44.585 (DJ de 11/10/1961)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 378).

⁵³⁶ YAMADA, Erika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, vol. 6, nº 1, São Paulo, jan/jun, 2010, p. 147.

ocupação tradicional em 05 de outubro de 1988. Contudo, o adjetivo utilizado, em posição precedente ao substantivo, denota uma certa precedência do “renitente” sobre o “esbulho”, impondo aos índios um ônus de comprovar, sob a ótica do direito privado, a existência do conflito fundiário.

Para a caracterização das terras indígenas, fazendo menção a Luiz Armando Badin⁵³⁷, o Min. Menezes Direito exigiu a presença dos quatro fatores (temporal, econômico, ecológico, cultural ou demográfico), porém conceituou o primeiro de forma distinta à preconizada pelo autor citado. Com relação aos demais fatores, defendeu a participação de vários atores na análise das terras indígenas, inclusive governamentais, retomando uma proposta que já era defendida pelo CSN na Constituinte. Em sentido próximo, o Min. Gilmar Mendes flexibilizou sua concepção doutrinária sobre o tema⁵³⁸ para aderir à teoria do fato indígena e sustentou a ideia de “estágios de aculturação”, derrotada na Constituinte, para verificar as formas de incidência desses elementos⁵³⁹.

Com o marco temporal, o STF promoveu uma leitura limitadora da Constituição e pensou nos povos indígenas como descendentes diretos dos grupos sobreviventes que remanesciam em 1988, olvidando-se do fato de que o texto viabilizou a afirmação das identidades, as etnogêneses e apropriação de territórios para o desenvolvimento de seus interesses. Nesse contexto, considerando os direitos fundamentais dos índios e o princípio da proporcionalidade, o tribunal incorreu em uma proteção insuficiente, já que minimizou a efetividade das normas constitucionais em favor desses direitos territoriais.

Observe-se, por fim, que o indigenato não foi, em momento algum, completamente rejeitado na argumentação dos ministros, e a teoria do fato indígena foi apresentada como

⁵³⁷ Luiz Armando Badin era secretário de assuntos legislativos do Ministério da Justiça. O voto do Min. Menezes Direito contém citações a diversos autores que adotam posicionamentos favoráveis à concretização de direitos territoriais indígenas, com a aparente utilização de seus pressupostos.

⁵³⁸ Em outros julgamentos, o Min. Gilmar Mendes chegou a defender que a expulsão ou afastamento de índios não descaracterizava a propriedade da União sobre a área, como no RE 416.144/MT: “É certo, também, isto é algo pacífico, que eventual afastamento ou expulsão dos índios das terras a eles destinadas, ou por eles ocupadas, não constituía *modus operandi* ou *faciendi* para a eliminação da propriedade – isso, parece-me, implícito, inclusive, na discussão. De modo que a União continuava a ser proprietária dessas terras. Também não me parece suficiente, para afastar a discussão que aqui se enceta e se coloca, a invocação daquelas famosas certidões da Funai sobre a não ocupação dessas terras pelos índios. (...) Era uma certidão negativa, em termos, porque, ao mesmo tempo em que atendia aos desígnios dos projetos de desenvolvimento, não se comprometia, integralmente, com a tese, ao dizer que não havia conhecimento da existência de aldeamento indígena nas terras referidas. Mas essas considerações são apenas para colocar o tema no devido contexto” (STF, RE 416.144-3/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.10.2004, p. 510-512).

⁵³⁹ “Assim, o nível de acultramento de um determinado grupo indígena determinará a adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que nortearão a demarcação de uma área como terra indígena. Por certo que grupos indígenas pouco integrados praticam suas atividades produtivas de forma mais rudimentar, necessitando de maior espaço físico para desempenhá-las, ao contrário de etnias mais sedentarizadas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 817).

uma atualização/substituição daquela teoria para oferecer estabilidade à resolução dos conflitos existentes⁵⁴⁰.

4.2.2.3 A desconsideração do Direito Internacional de Direitos Humanos e a ponderação em abstrato em favor da defesa nacional e da proteção ambiental

A Corte desconsiderou a vinculação do Brasil às normas contidas em tratados internacionais de direitos humanos – como a Convenção nº 169/OIT - e os esforços da comunidade internacional para atingir consensos na matéria indígena – no caso da Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (DNUPI). Ao recusar uma análise integrada e dialógica da Constituição e da legislação internacional, o STF optou pela prevalência da primeira como fonte exclusiva e pela ponderação em abstrato dos bens jurídicos nela previstos, subordinando a interpretação do direito internacional dos direitos humanos a essa definição.

O tribunal não levou em consideração o fato de que tais instrumentos normativos foram construídos mediante consensos após debates que contaram com razoável participação social – inclusive de representantes indígenas. A construção do documento que contém a declaração, por exemplo, levou cerca de vinte anos. Os textos produzidos refletem as preocupações concernentes ao reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas em suas terras, mas também ao respeito simultâneo à integridade territorial dos Estados.

A Convenção nº 169/OIT, tratado internacional aprovado em 1989 e internalizado pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, substituiu a assimilacionista Convenção nº 107. Enquanto a última presumia o paulatino desaparecimento das populações à medida que a integração ocorresse, a Convenção nº 169/OIT pressupõe o direito à existência continuada e ao próprio desenvolvimento das comunidades de forma autônoma. A convenção é vinculante para os Estados-partes e, na esteira do entendimento do STF sobre tratados que cuidem de direitos humanos, possui no mínimo *status* supralegal⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Além da manifestação do Min. Menezes Direito, já citada, podem ser elencadas as seguintes: a) após expor a teoria do indigenato, a Min. Carmen Lúcia aplica o instituto na interpretação do caso específico, ressaltando a presença indígena na área desde 1934 (*Ibid*, p. 448), sendo que no final do voto trata a teoria do fato indígena como sinônima; b) o Min. Ricardo Lewandowski e o Min. Eros Grau consideraram que a teoria do fato indígena substituiria com vantagem o instituto do indigenato, com base no art. 231, § 6º (*Ibid*, p. 509; p. 513); c) o Min. Gilmar Mendes ressaltou que a substituição afastaria indagações acerca da “imemorialidade” da ocupação, as quais deveriam ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional (*Ibid*, p. 815).

⁵⁴¹ O STF afastou, no RE 466.343/SP, a prisão civil do depositário infiel como uma das exceções à proibição da prisão civil por dívida, prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição. O tribunal considerou que o art. 7º da

Além de assegurar um tratamento especial aos indígenas em razão de sua identidade, com respeito a processos diferenciados de tratamento de saúde (art. 25), desenvolvimento de sistemas de educação (artigos 26 a 31) e auto-organização interna, a convenção estipula o respeito à relação especial que esses povos possuem com suas terras ou territórios (art. 13), em relação às quais exercem direito de posse e de propriedade (art. 14.1). O termo “territórios” é definido como o lugar que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma (art. 13.2). Além disso, a convenção refere-se ao termo “povos” – e não “populações” - indígenas e tribais, cujo sentido não pode ser interpretado da mesma forma que no direito internacional (art. 1.3).

Vários dispositivos da convenção procuram enfatizar o respeito à autodeterminação. Exemplos são o afastamento de restrições pelos Estados quanto ao uso do território, ressalvada a propriedade de minérios ou de recursos do subsolo (neste caso, o tratado deixou este tema em aberto), e o tratamento das hipóteses de remoção, que não poderão ocorrer em nome de um interesse nacional (arts. 15 e 16).

A convenção prevê ainda mecanismos de participação nos processos decisórios que os afetam. O art. 6º assegura a realização da consulta prévia, que deve ser livre e informada, baseando-se em procedimentos apropriados aos povos consultados (6.1.a). Diante de debates acerca das consequências da consulta - direito de veto ou uma participação meramente formal, o art. 6.2 não prevê necessariamente um direito de veto, mas tampouco afasta a possibilidade de consultas vazias. Requer-se um diálogo verdadeiro, mediante instituições tradicionais, que assegure um real consentimento dos povos impactados⁵⁴².

A DNUPI foi aprovada pela Resolução nº 61/295, de 13 de setembro de 2007. Embora não seja formalmente vinculante, ela consolida entendimentos dos Estados sobre a matéria, com a vistas a garantir a conformação das normas de direito internacional de direitos humanos sobre o tema. Acreça-se que, ainda que não tenha a forma de um tratado, a declaração pode figurar como indício de outra fonte formal do Direito Internacional Público: o costume.

Com efeito, segundo o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o costume representa a prática geral, consistente e contínua dos Estados em reconhecerem determinada

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) não prevê tal exceção, limitando-se a excluir a proibição apenas em caso de prisão da pessoa inadimplente de obrigação alimentar. A Corte considerou que os tratados sobre direitos humanos possuem a característica da suprallegalidade, ou seja, são infraconstitucionais, porém em razão de seu caráter especial em relação a outros atos normativos internacionais, possuem um lugar especial no ordenamento constitucional, como se depreende do art. 5º, § 2º, da Constituição. Sobre o tema, veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008.

⁵⁴² Cf. SWEPSTON, Lee. The ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention (No. 169): Eight Years After Adoption. In: ANAYA, S. James (ed). *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Wolters Kluwer, 2009, p. 138.

obrigação como válida e juridicamente exigível⁵⁴³, mediante a observância de dois elementos (material e psicológico). O elemento material diz respeito à repetição generalizada, reiterada e uniforme de certos atos nas relações internacionais, seja no âmbito dos Estados, seja na esfera das organizações internacionais. Já o elemento psicológico (*opinio juris*) diz respeito à convicção de que a prática deve ser cumprida.

No caso da DNUPI, os elementos que configuram o costume podem ser concretamente identificados, tendo em vista a construção do consenso na matéria pelos Estados após mais de duas décadas e pelas manifestações dos Estados a favor de seu cumprimento. A relevância da declaração pode ser extraída também da ampla participação de representações indígenas e do fato de ter sido aprovada por uma grande maioria de votos: 143 a favor, 11 abstenções e 4 contra (Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos). Dentre os que votaram contra, tanto a Austrália como o Canadá já reviram sua posição e passaram a endossar a declaração⁵⁴⁴. O Brasil foi favorável à declaração, e em sua manifestação sublinhou o histórico de séculos de violação dos direitos fundamentais dos povos indígenas, a luta pela promoção e proteção de seus direitos e o papel importante da declaração, sem deixar de frisar o respeito à soberania, à unidade política e à integridade territorial⁵⁴⁵.

A declaração pode ser caracterizada, ademais, como uma fonte de interpretação oficial de um sistema de normas legalmente vinculantes e presentes no direito internacional de direitos humanos. Nesse sentido, a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados⁵⁴⁶ dispõe, em seu art. 31, que a interpretação de um tratado deverá levar em conta não apenas o texto e o contexto, mas também: i) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; ii) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; ou iii) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. Assim, o texto de tratados como a Convenção nº 169/OIT e os Pactos Internacionais de

⁵⁴³ Cf. MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 117-125.

⁵⁴⁴ Nesse sentido: ANAYA, S. James (ed). *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Wolters Kluwer, 2009, p. 57. E também: “Canada officially adopts UN declaration of rights of Indigenous Peoples”. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/indigenous/canada-adopting-implementing-un-rights-declaration-1.3575272>> Acesso em 26 nov. 2017.

⁵⁴⁵ Cf. ANAYA, S. James (ed). *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Wolters Kluwer, 2009, p. 93.

⁵⁴⁶ Embora seja de 1969, a convenção foi internalizada pelo Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Desde antes da sua ratificação, porém, a doutrina sempre a levou em consideração, tendo em vista a forma ampla como regulou a matéria. Segundo Valerio Mazuolli, ela possui autoridade jurídica mesmo para Estados que não são signatários, sendo aceita como “declaratória de Direito Internacional Geral”. Cf. MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 167.

Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos e Sociais (PIDESC) devem ser lidos à luz do Direito Internacional e de suas fontes, levando em conta as manifestações pertinentes no meio jurídico, entre as quais figura a declaração em tela.

Assim, ante a existência de conflito potencial de interesses, dada a necessidade de harmonização de bens jurídicos previstos na Constituição, tanto a convenção como a declaração podem oferecer indicações para uma interpretação que as compatibilize e lhes garanta a máxima efetividade, alinhadas ao texto constitucional.

A declaração diferencia-se da Convenção nº 169/OIT e de outros documentos por ser o único instrumento que faz a ligação explícita entre o tratamento dos grupos indígenas como povos e o direito de autodeterminação. A convenção, embora tenha se valido do termo “povos”, não apontava qualquer consequência prática da expressão, exceto a ressalva da aplicação do conceito de maneira distinta do direito internacional⁵⁴⁷.

O art. 3º da DNUPI estabelece que os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Como consequência, os povos indígenas podem determinar livremente sua condição política e buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Já o artigo 4º ressalta a dimensão interna dessa autodeterminação, ao prever que o direito à autonomia ou ao autogoverno está relacionado a questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Quanto ao termo “povos”, ele compreende comunidades transgeracionais com atributos significativos de coesão política e cultural que procuram manter e desenvolver⁵⁴⁸. Para a grande maioria desses povos, acostumados com conexões e interações, a plena autodeterminação está longe de justificar anseios separatistas. Ao revés, as separações podem até impactar negativamente na própria autodeterminação. Corrobora essa perspectiva o fato

⁵⁴⁷ Segundo Bartolomé Clavero, o texto final da declaração de direitos humanos, que foi objeto de profundas divergências quanto à autodeterminação, possui forte viés colonialista, pois ignora o direito das minorias e chancela, na segunda parte do art. 2º, a dominação de Estados sobre outros, falando em territórios sob tutela e limitação de soberania. Com a declaração sobre a concessão da independência aos países e povos coloniais, em 14 de dezembro de 1960, a questão se resolve para países independentes, mas não para os povos indígenas, que seguiram marginalizados. Quando o PIDCP e o PIDESC mencionavam “todos os povos” (*all peoples*), ainda não se referiam efetivamente a todos, pois eram desconsiderados certos povos submetidos ao jugo colonial e os próprios povos indígenas. A declaração sobre povos indígenas finalmente permite que a noção “todos os seres humanos” ou “toda pessoa” passe a alcançar toda a humanidade. Nesse ponto, deve-se ressaltar mais uma vez que autodeterminação não significa necessariamente anseio por soberania ou separatismo. As demandas de autodeterminação referendam os valores de liberdade e igualdade como essenciais para todos os segmentos da humanidade em relação a configurações sociais, econômicas e políticas em que eles vivem. Anseios de soberania podem até ser instrumentais para a realização desses valores, mas não compõem a essência da autodeterminação para os povos. Cf. CLAVERO, Bartolomé. *Constitucionalismo Global: por uma história verossímil dos direitos humanos*. Tradução de W. Rocha Fernandes Assis. Goiânia: Palavrear, 2017. Kindle Edition.

⁵⁴⁸ Cf. ANAYA, S. James. Why There Should Not Have to Be a Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In: _____ (ed). *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Wolters Kluwer, 2009, p. 60.

de, nos debates de elaboração da declaração, os próprios povos indígenas haverem majoritariamente recusado desenhos independentistas.

De um lado, a declaração oferece formas de alocação de poder para instituições indígenas autônomas. De outro, busca garantir a participação efetiva dos povos indígenas na condução dos negócios do Estado. Além dos artigos 3º e 4º, os artigos 26 e 34 são os que mais provocam reações. O art. 26 prevê o direito às terras, territórios e recursos que os indígenas possuem e ocupam tradicionalmente, sendo assegurado o controle sobre eles. Devem os Estados assegurar reconhecimento e proteção jurídica a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram. A declaração não afirma, porém, quais são os recursos. Já o art. 34 estabelece o direito de promover e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

O impacto dos dispositivos em questão é mitigado pelo artigo 46.1, que estatui expressamente que nenhum dispositivo será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes. Com essa previsão, a declaração consegue ser representativa do consenso a que chegaram os Estados e as representações indígenas acerca do exercício da autodeterminação desses povos e à impossibilidade de que esta represente a constituição de um novo Estado nacional.

No julgamento da Pet 3.388, os ministros pouco trataram da Convenção nº 169/OIT, tendo centrado suas críticas na DNUPI. A Corte não analisou as possibilidades de utilização da Convenção nº 169/OIT, que possui *status* supralegal, para a compatibilização das normas constitucionais que tratam dos direitos indígenas com as que tratam de outros bens jurídicos. Em vez disso, preferiu a atribuição de pesos maiores a outros bens jurídicos, sem abrir-se ao diálogo com tribunais internacionais e de outros países ou analisar as normas internacionais. A consulta prévia, por exemplo, foi tratada como uma formalidade menor⁵⁴⁹ e, em alguns casos, foi relevada diante de normas infralegais, como o decreto que trata das atividades das Forças Armadas e da Polícia Federal em terras indígenas (decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002⁵⁵⁰).

⁵⁴⁹ A observação, precisa, é de Domingos Silveira. SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 1. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 44.

⁵⁵⁰ Nesse sentido, veja-se no voto do Min. Gilmar Mendes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 464.

Acrescente-se que o STF não analisou as normas de direito internacional de forma integrada, e, quando o Ministro Menezes Direito as comparou, limitou-se a dizer que o teor da convenção coincidia com o da Constituição e que o viés da DNUPI era mais autonomista e emancipacionista das comunidades indígenas⁵⁵¹. Assim, a despeito do teor do art. 46.1 da declaração, o ministro considerou que a declaração seria voltada à qualificação dos povos indígenas como nações, dotadas de autogoverno e autodeterminação (arts. 3º, 4º, 6º e 12), com desprezo às fronteiras (art. 36.1) e ao sistema representativo dos Estados-membros (art. 32).

O Min. Gilmar Mendes foi um pouco mais cauteloso, pois não negou validade à consulta prévia prevista na convenção. Sem embargo, ressaltou que aquela não é um requisito de validade para a decisão administrativa nem vincula o Poder Público. No mesmo julgado, a despeito de ausência de previsão legal ou constitucional, o ministro foi enfático na defesa da necessidade de participação de entes federativos no processo demarcatório, tendo em vista o princípio federativo, sob pena de nulidade⁵⁵².

Quanto à DNUPI, os ministros do STF, com exceção do Min. Levandowski, manifestaram forte oposição a seus termos. O Min. Cezar Peluso, por exemplo, considerou que a declaração não tinha validade jurídica alguma. Em sua visão, alguns dispositivos, com os artigos 3º e 4º, poderiam alimentar ideias de poder de emancipação dentro do Estado brasileiro. Ele criticou também os artigos 26 e 28, pois há referências ao poder que se reconheceria às populações indígenas de controlar as terras e de exigir reparações ao Estado quanto ao uso dessas sem consentimento livre, prévio e informado daquelas⁵⁵³. Para o Min. Gilmar Mendes, independentemente da forma de internalização da declaração, cabe a cada país definir a forma de sua incorporação, sendo que o Brasil teria adotado como filtro a Constituição Federal. No caso dos artigos 3º e 4º, o direito de autodeterminação não se confundiria com a ideia de ente estatal independente em âmbito jurídico-político. A própria declaração demonstrara esse aspecto, ante a necessidade de diálogo e convivência entre os índios e o Estado soberano. Assim, ao fazer a opção pela posse permanente e o usufruto, a Constituição estaria em total sintonia com o art. 26 da Declaração⁵⁵⁴. Por isso, extrair uma interpretação que possibilitasse a segregação ou autodeterminação jurídica e política dos índios afrontaria a própria declaração, a carta das Nações Unidas e a Constituição.

⁵⁵¹ *Ibid*, p. 396.

⁵⁵² *BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 824-826.*

⁵⁵³ *Ibid*, p. 537-539.

⁵⁵⁴ *Ibid*, p. 803-805.

O STF não se dispôs a fazer qualquer diálogo com outras Cortes, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou Cortes Constitucionais de outros países. Ao tratar superficialmente do julgamento da primeira no caso *Awás Tingni*⁵⁵⁵, o Min. Menezes Direito criticou uma suposta tentativa daquele tribunal de imposição de suas posições quanto aos direitos indígenas:

Veja-se recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Awás Tingni* que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Isso revela que a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/88). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade Privada, que garante a "toda pessoa o uso e gozo de seus bens"), que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo⁵⁵⁶.

Adotar uma visão deferente ao cosmopolitismo⁵⁵⁷ não teria sido uma novidade na jurisprudência do STF, tendo em vista as decisões do tribunal sobre a inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalista⁵⁵⁸ e a impossibilidade de prisão do depositário infiel⁵⁵⁹. Embora o princípio do cosmopolitismo não vincule os Estados nacionais, ainda que as decisões de outras Cortes não vinculem o STF⁵⁶⁰, abrir-se ao diálogo e levá-las em consideração contribui para uma maior efetivação dos direitos humanos. Este caminho, porém, foi expressamente evitado.

⁵⁵⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001.

⁵⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 398.

⁵⁵⁷ Segundo o cosmopolitismo, o paradigma estatista estreita a visão sobre os problemas comuns da humanidade e impede a possibilidade de debates contemporâneos horizontais, em que se constrói em conjunto uma perspectiva global em prol de transformações. Cf. KUMM, Mattias. *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*. In: DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P (ed.). *Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. New York: Cambridge, 2009, p. 258-326.

⁵⁵⁸ Neste caso, a decisão da Corte Interamericana na Opinião Consultiva nº 5 foi utilizada como um dos fundamentos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.06.2009.

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008.

⁵⁶⁰ Sobre o tema, veja-se: SARMENTO, Daniel. "Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções". In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 307-334.

Como se viu, a preocupação com um suposto caráter separatista da declaração não se coaduna com os debates que antecederam a aprovação do documento nem com a própria leitura combinada de seus dispositivos. Ao deslegitimar o documento e praticamente ignorar a Convenção nº 169/OIT, o tribunal deixou de analisar a importância do instrumento para a interpretação dos tratados internacionais e da própria Constituição sobre o tema. No que se refere à convenção, dizer que ela trata a questão da mesma forma que a Constituição é negar o seu amplo conteúdo. O tratado aborda vários temas e ressalta a autonomia dos índios e a garantia de suas terras em múltiplas dimensões, sendo a consulta prévia corolário da preocupação em conciliar o respeito à autonomia com a definição de projetos estatais, mediante consentimento⁵⁶¹.

4.2.2.4 Uma noção genérica de interesse público para suplantiar os direitos fundamentais dos povos indígenas

O entendimento limitador sobre o Direito Internacional repercutiu na ponderação entre os direitos indígenas e normas constitucionais que tratam da defesa nacional e do meio ambiente. Pensando a defesa nacional como algo que vai além de políticas defensivas de âmbito estritamente bélico e estratégico, o Min. Menezes Direito ressaltou que a estratégia militar depende cada vez mais da logística, da presença econômica e da infraestrutura de serviços civis para a defesa da integridade do território nacional. Com isso, autorizou amplamente a intervenção estatal em terras indígenas, sob o argumento de que a dupla afetação não pode vedar concretamente o acesso do Estado a esses territórios⁵⁶².

⁵⁶¹ A decisão da Suprema Corte de Belize, citada no capítulo 2, é um contraponto à análise do STF sobre a matéria internacional. Cf. Suprema Corte de Belize. Aurelio Cal et al v. Attorney General, julg. 18/10/2007.

⁵⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 19.03.2009, p. 407-408. A Min. Carmen Lucia corroborou esse entendimento, afastando qualquer incompatibilidade entre os deveres da União e a configuração de terra indígena, negando a existência de colisão de direitos (*Ibid*, p. 465). O Min. Peluso acrescentou considerações de caráter fortemente assimilacionista. Sem deixar de reconhecer o trabalho de algumas comunidades, observou algumas populações ainda estariam em estágios primitivos “sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional”, o que seria temerário do ponto de vista da segurança nacional, já que lhes faltaria capacidade operacional para manejar equipamentos da “era moderna” (*Ibid*, p. 540). O ministro Marco Aurélio, por sua vez, afirmou que a soberania nacional estava em jogo, devendo ser abandonada uma visão ingênua. Sobre a faixa de fronteira, fez uma distinção entre interesse individual e coletivo, revelando sua preferência pelo segundo. Fez menção ainda à necessidade de “perfeito funcionamento das instituições” (*Ibid*, p. 665). Já o Min. Gilmar Mendes asseverou que o art. 231, § 5º evidencia que a proteção constitucional aos índios está condicionada ao interesse da soberania do país, “ora em grau maior, como nas excepcionais hipóteses do artigo mencionado, ora em grau menor, em que outras soluções jurídicas são possíveis para a harmonia e concordância prática desses valores constitucionais” (p. 788).

Noções genéricas de “interesse público” ou de “interesse nacional” perpassam os votos. Tais interesses são tratados como superiores abstratamente aos direitos fundamentais dos povos indígenas, independentemente de qualquer ponderação de interesses. O tribunal utilizou o conceito de supremacia do interesse público para justificar a restrição dos direitos territoriais, cuja existência fica submetida a permanente intervenção do Estado, sem necessidade de fundamentação. As especificidades de situações concretas ou as formas de compatibilização previstas na legislação, especialmente no Direito Internacional, não foram levadas em conta.

O entendimento adotado conforma os direitos territoriais indígenas de forma bastante limitada, subordinando-os à cláusula vaga do interesse público. O tribunal desconsiderou que a invocação de interesses nacionais ou públicos em abstrato não é suficiente para restringir direitos fundamentais. Afinal, a força normativa da Constituição impõe a redefinição de categorias e institutos tradicionais do direito administrativo, de modo que o conceito genérico de interesse público deve ceder ante o dever de ponderação proporcional entre interesses individuais e coletivos no Estado democrático de direito⁵⁶³.

Como salienta J. J. Gomes Canotilho, uma vez estabelecido, no processo de interpretação, o âmbito de proteção da norma constitucional consagradora de direitos fundamentais, as restrições de direitos podem ser: a) estabelecidas na própria Constituição; b) objeto de reserva legal simples ou qualificada; ou c) podem estar não escritas ou não expressamente autorizadas pela Constituição⁵⁶⁴. Neste último caso, é necessário que a limitação seja feita em favor de bem de estatura constitucional e que esteja devidamente fundamentada. Impõe-se, no caso, sob o parâmetro do princípio da proporcionalidade, assegurar o núcleo essencial do direito fundamental, levando em conta a situação concreta e respeitando os “limites dos limites” decorrentes de restrição⁵⁶⁵.

Para afirmar genericamente a preponderância de qualquer bem jurídico que não fossem os direitos fundamentais dos povos indígenas, o STF não só deixou de realizar o raciocínio da ponderação como também rejeitou os parâmetros interpretativos fixados em legislação com *status* supralegal. Se “não há índio sem terra”, como asseverou o Min. Menezes Direito, os direitos territoriais só podem ser levados a sério mediante o sopesamento

⁵⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 45.

⁵⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1276-1277.

⁵⁶⁵ Sobre as colisões de direitos fundamentais e os interesses públicos, veja-se: SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 97-143.

nos casos concretos. O STF, porém, andou em sentido contrário, estabelecendo que certos bens jurídicos devem prevalecer sobre os direitos fundamentais dos povos indígenas em quaisquer hipóteses, em abstrato, sem elaborar qualquer raciocínio baseado nos três critérios atinentes ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵⁶⁶).

Ressalve-se que, nos embargos de declaração, o Min. Luis Roberto Barroso utilizou a ponderação de interesses para analisar a obrigatoriedade ou não da consulta prévia. O ministro admitiu que certos interesses poderiam excepcionar ou limitar a obrigatoriedade da consulta, sob certas condições, e a defesa nacional seria um deles, mas esta não poderia corresponder a um rótulo em que coubesse qualquer conteúdo. Assim, em alguns casos, a consulta seria obrigatória, como na construção de estradas, ainda que houvesse relevância estratégica para o país, cabendo às autoridades competentes e ao Judiciário fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade⁵⁶⁷.

Consolidou-se, na prática, a possibilidade de intervenção permanente do Estado em terras indígenas, sem necessidade de justificação. A convivência entre ação estatal e os indígenas já era possível, por meio da compatibilização dos bens jurídicos diante da intervenção estatal na propriedade, porém uma autorização como esta permite o avanço de medidas autoritárias sobre aquelas áreas, afastando as possibilidades de convencimento e negociação⁵⁶⁸.

Cabe destacar, ainda, que antes da Constituição de 1988, tanto o Estatuto como a Convenção nº 107 indicavam possibilidades específicas de deslocamentos, em atenção à preponderância de certos interesses nacionais, em consonância com a política integracionista. Dada a relevância da questão, a própria Constituição regulou o tema e estabeleceu expressamente as hipóteses em que deve ser excepcionado, de maneira temporária, o usufruto de terras indígenas (art. 231, § 5º). Além disso, previu um procedimento rigoroso para a decisão: em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população, a decisão poderá ser tomada, mas deverá ser referendada pelo Congresso; já as medidas adotadas no interesse da soberania do País dependerão de prévia deliberação do Congresso Nacional. Em qualquer hipótese, o retorno imediato dos índios deve ser garantido.

⁵⁶⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade, ver: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. Na Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 23.10.2013, p. 27.

⁵⁶⁸ YAMADA, Erika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, vol. 6, nº 1, São Paulo, jan/jun, 2010, p. 152-153.

A excepcionalidade da medida decorre não apenas do tom expresso da proibição (“é vedado”), mas também da previsão expressa de situações que afastam a proibição, do rigor no estabelecimento das condições procedimentais para a tomada da decisão e dos efeitos (provisórios) da medida. A Constituição estabelece a proibição e já aponta as exceções, com formas rígidas de realização⁵⁶⁹, de modo que, levando em conceito o conceito de terras indígenas, deve servir de parâmetro para avaliar os impactos de remoções que sejam parciais e permanentes. A construção de estradas e a implantação de projetos governamentais, bem como atuações estatais com consequências desta monta devem ser analisadas à luz deste rigor constitucional e da legislação internacional, já que impõem um dano aos índios na relação com o território enquanto espaço de sobrevivência física e cultural.

Desse modo, a necessidade de deliberação pelo Congresso Nacional demonstra que a Constituição, por um lado, recusa a invocação genérica de assuntos estratégicos ou de defesa para garantir uma medida drástica como a prevista no art. 231, § 5º. De outro, a previsão indica que não há bens jurídicos superiores aos direitos fundamentais dos povos indígenas e que, embora estes últimos não sejam absolutos, a concordância prática em caso de colisões de bens jurídicos pressupõe o não atingimento do seu núcleo essencial, notadamente quanto ao respeito às cosmovisões, práticas e deliberações dos índios.

Na esteira do entendimento que fez prevalecer a defesa nacional, o STF estabeleceu a preponderância em abstrato do meio ambiente sobre os direitos territoriais indígenas. Elucidativo é o voto do Min. Cezar Peluso, para quem o interesse previsto no art. 225 supera os das populações indígenas, pois refere-se a “bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida de toda a população brasileira⁵⁷⁰”, não apenas de um de seus grupos, o que demonstra mais uma vez o tratamento inferiorizante imposto aos índios, já que é inevitável perguntar se o mesmo tratamento seria conferido a outros grupos.

Como decorrência lógica dessa superioridade do meio ambiente, atribui-se a liderança em unidades de conservação em territórios indígenas ao ICMBio, cabendo aos índios manifestar-se em caráter meramente opinativo. Afora os mesmos equívocos atinentes à realização de uma ponderação em abstrato de interesses, houve desconsideração dos efeitos

⁵⁶⁹ KAYSER, Hartmut-Emanuel Kayser. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2010, p. 234-235; e MIRANDA, A. Gursen de. *O direito e o índio*. Belém: CEJUP, 1994, p. 239.

⁵⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 19.03.2009, p. 542.

decorrentes da dupla afetação de áreas que compreendem unidades de conservação e terras indígenas⁵⁷¹.

Tanto o meio ambiente como os direitos territoriais indígenas são bens jurídicos que em muitos aspectos podem convergir, de modo que a tentativa de criar um regime limitador das terras em favor do meio ambiente só serve a uma percepção que enxerga a biodiversidade de forma apartada da sociodiversidade. Essa percepção atende a uma mentalidade preservacionista “integral”, em que os agentes sociais são tratados como “intrusos”, deslegitimando as formas tradicionais de uso dos recursos⁵⁷². Assim, deixa-se de levar em conta as interações e a consciência ambiental desses povos, em que a prática do uso comum de recursos naturais tem levado à identificação de que os espaços cuja proteção ambiental é maior são justamente aqueles em que estão situadas as terras indígenas.

4.3 Conclusões parciais: contra a teoria do fato indígena e para além do indigenato

Como balanço da trajetória da interpretação constitucional dos direitos territoriais indígenas, especialmente no STF, pode-se dizer que, após 1988, há duas principais propostas de interpretação sobre o tema: a teoria do fato indígena e o indigenato.

Começando pela mais recente, a teoria do fato indígena teve acolhida no STF no caso Raposa Serra do Sol e compreende a chamada proposta de “círculos concêntricos”. Trata-se de uma visão que, a despeito de reconhecer as peculiaridades da posse indígena, a noção de habitat e os direitos originários -, busca estabelecer um marco temporal que fixe, com base na realidade fática de 5 de outubro de 1988, a quais grupos serão conferidos os direitos territoriais indígenas.

A teoria do fato indígena promove, por via indireta, um controle da identidade indígena, já que pressupõe que apenas são merecedores da proteção dos direitos territoriais indígenas os grupos que estavam em suas terras em 5 de outubro de 1988. Há, é verdade, a exceção do renitente esbulho, porém a decisão limita, na prática, a garantia de direitos territoriais a “grupos indígenas do passado”. Além disso, a teoria do fato indígena não

⁵⁷¹ Sobre as possibilidades de compatibilização de ambas, veja-se: FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Populações tradicionais e meio ambiente: espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n.169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015, p. 209-242.

⁵⁷² ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 43-44.

esconde uma proteção privilegiada à propriedade privada, já que tem o assumido propósito de estabilizar os conflitos em favor dos atuais proprietários. Daí a crítica ao indigenato, um instituto que não é rechaçado por completo, mas é substituído por outra teoria para permitir soluções definitivas às disputas por terras.

Esta concepção está atrelada a análises estigmatizantes que favorecem a subalternização permanente dos índios, enviesando toda a análise da legislação e de princípios constitucionais de forma a limitar a autonomia dos índios e o exercício pleno de seus modos de vida a outros interesses, como a soberania, o meio ambiente e a defesa nacional.

É possível fazer muitas críticas à teoria do fato indígena, pois ela remete a uma maneira de enxergar a Constituição com a mentalidade do passado, já abolida na atual ordem constitucional. A interpretação restritiva dos direitos fundamentais indígenas exaspera as colonialidades do poder, do saber e do ser para fazer predominar, na prática, uma visão assimilacionista das comunidades, com forte descaso quanto aos efeitos dos genocídios e da política integracionista do Estado, buscando adotar uma segurança jurídica que seja seletiva aos proprietários privados, que foram beneficiários de práticas institucionais dotadas de um racismo estrutural visível.

Já a teoria do indigenato, encorpada pelos fundamentos constitucionais e de direito internacional, procura demonstrar que há, na história da legislação, um reconhecimento da precedência dos direitos territoriais indígenas. Ao assegurar *jus possessionis* e também *jus possidendi* aos indígenas, como direitos naturais, os quais foram incorporados pela legislação colonial, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, a doutrina em questão viabilizou uma interpretação que assegura direitos originários aos índios⁵⁷³.

Com o raciocínio da teoria do indigenato, tornou-se mais clara a identificação de uma sucessão de dispositivos e diplomas que autorizaram o respeito às terras ocupadas pelos povos indígenas: o Alvará de 1º de abril de 1680; o Diretório de 1755; art. 12, I, da Lei nº 601/1850; arts. 72, 73 e 75 do Decreto 1.318/1854; Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

Com a Constituição de 1988, a expressão “direitos originários” teria deixado clara a precedência do direito dos índios sobre a terra, a qual teria sido reforçada pelo teor do § 6º do art. 231, que assegura a chamada “nulidade superveniente” de títulos, já indicada pela Constituição de 1967. Consolidou-se, assim, a cadeia legislativa que desde 34 assegura

⁵⁷³ Por exemplo, construiu-se a interpretação de que as terras reservadas previstas nos artigos 72 a 75 do regulamento de 1854 não seriam devolutas, abrangendo tanto as terras das “hordas selvagens” como os aldeamentos, referendando as terras dos primeiros ocupantes. Apenas seriam devolutas as terras destinadas à colonização de índios ou cujos aldeamentos houvessem sido formalmente extintos.

direitos aos índios sobre as terras que ocupam, sem deixar de atribuir um papel especial à carta de 1988, ante a superação do regime tutelar.

Esta segunda proposta de interpretação favorece a defesa das terras indígenas à luz da legislação existente, demonstrando que essa garantia persiste apesar dos genocídios e espoliações. Trata-se de uma teoria extremamente relevante para expressar a importância da terra para os povos que se mantiveram ao longo do tempo vinculados de alguma forma a seus territórios, a despeito de ausências físicas.

Contudo, a Constituição confere novos caminhos para a justificação desses direitos. Apesar de não ser indiferente à construção histórica nem desconsiderar a importância da condição originária, ela potencializa a concretização dos direitos territoriais indígenas no presente. Aos índios são garantidos os territórios que eles reivindicam atualmente, a partir de sua autoidentificação, como resposta aos processos de ativação da etnogênese em emergências étnicas e a uma cidadania de segunda classe decorrente da ferida colonial. A dinâmica de territórios vai muito além de uma visão primordialista, superando essências e a própria ideia de uma identidade constante e invariável.

Nesse passo, a fundamentação da proteção de territórios indígenas não depende necessariamente de uma análise histórica da ocupação, ainda que esta seja extremamente útil para explicar e contextualizar diversos conflitos. Em verdade, as reivindicações de terras não implicam apenas o retorno a um passado, uma vez que a apropriação de territórios é um gatilho disparador de etnogêneses⁵⁷⁴, que acarretam mobilizações políticas e lutas por direitos territoriais. Essas mobilizações identitárias são uma construção do presente, que encontram na Constituição de 1988 mais um elemento possibilitador, propiciando diferentes formas de organização e territorialidades específicas.

Pensar em uma precedência (o direito originário) como algo cronológico anterior ao Estado (direito natural) representa uma leitura estática do texto, que desconsidera a potencialidade desses movimentos reivindicatórios. Com isso, corrobora-se a ideia de que os grupos indígenas são obrigados a contar uma história e um vínculo com a terra que remonta a séculos passados, de modo essencialista. Fica impossibilitada, assim, a afirmação da identidade de “novas etnias”, justamente aquelas que “emergem” por conta da previsão constitucional.

O que se pretende demonstrar é que o debate jurídico ainda está muito preso às essências, mesmo quando se pretende recusar a pecha do essencialismo. As tentativas de enquadramento jurídico dos modos de vida ou o mantra da segurança jurídica seletiva

⁵⁷⁴ A expressão é de Tomas Paoliello Pacheco de Oliveira. OLIVEIRA, Tomas Paoliello Pacheco de. *Revitalização étnica e dinâmica territorial: alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja*. Petrópolis: Contracapa, 2012, p. 129-135.

impedem a compreensão dinâmica dos fenômenos e obstaculizam uma leitura que rompa com os colonialismos e suas classificações. Os defensores da causa indígena precisam deixar de ser reféns da legislação e das práticas espoliatórias do passado que tanto condenam. Desafortunadamente, ao demonstrar a preocupação com territórios conforme moldados por um passado violento, o indigenato acaba por referendar o autoritarismo da sociedade colonial, os racismos e os genocídios perpetuados desde então, especialmente na legislação⁵⁷⁵.

Como já se abordou, mais do que uma resistência à mudança, há um processo de adaptação estratégica das comunidades nativas, que não se fixam como remanescentes arcaicos do passado, mas como configurações dinâmicas partícipes e criadoras do presente. As configurações étnicas atuais são resultado deste processo, o que nem sempre guardará plena identificação com um período passado. Há grupos que, em um determinado processo de territorialização, foram obrigados a viver em uma determinada terra, porém ao longo do tempo fizeram dela a sua “ocupação tradicional”, com a qual mantêm vínculos e onde desejam ficar. Isso não retira destas comunidades a legitimidade para a afirmação étnica. A perspectiva essencialista, favorecida pela análise histórica que o indigenato corrobora, não capta esse fenômeno e tem dificuldades em entender os processos de retomadas de territórios e afirmação étnica onde se julgava que os indígenas tinham desaparecido.

Sublinhe-se, por oportuno, que não há dúvidas de que a Constituição de 1988 assegura o direito territorial de populações que vivem em situação de aparente continuidade histórica ou cuja descontinuidade não é flagrante – e há muitos exemplos, especialmente na Amazônia, - por isso a teoria do indigenato é muito eficaz para oferecer resposta a diversas demandas – possivelmente a maioria, mas não todas.

Não se trata, portanto, de substituir uma teoria por outra, mas agregar alternativas de compreensão quanto a certos conceitos. “Direitos originários” não devem ser associados a uma precedência cronológica ou a uma visão histórica, mas à condição originária dos indígenas, cuja identidade remete a uma ascendência pré-colombiana, e à posição preferencial de suas terras como instrumentos de descolonização e efetivação de uma sociedade intercultural. Além disso, impõe um reconhecimento a realidades presentes, ao dinamismo de formação de etnias, às reivindicações de “novos” e “velhos” territórios, sem ser necessário aferir um vínculo preciso e topográfico com determinados espaços. A ordem jurídica deve estar atenta ao dinamismo dessas definições e às interações com outros povos tradicionais.

É imperioso, por fim, trazer a coparticipação dos indígenas no processo de interpretação constitucional para a definição de seus territórios. O tratamento jurisprudencial

⁵⁷⁵ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 59-60.

do STF ao tema demonstra a persistência de uma visão tutelar sobre a matéria, com poucos avanços na discussão ampla com as comunidades sobre as questões que lhes afetam. A Constituição abriu novos caminhos aos povos indígenas, que expressam seus anseios com intensidade cada vez maior, de modo que o trabalho antropológico, embora relevante, não deve ser visto como um porta-voz das comunidades, mas como colaborador na tradução intercultural.

Com o fim de dar conta da multiplicidade de sentidos que podem ser extraídos da Constituição, é necessário encarar os diversos aspectos envolvidos de forma intercultural, permitindo a apropriação de cada conceito existente na Constituição em favor de uma construção descolonial. No próximo capítulo, o objetivo é apresentar uma proposta intercultural de interpretação dos direitos territoriais indígenas na Constituição.

5. POR UMA PROPOSTA INTERCULTURAL DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

“Eu sirvo até de adubo para minha terra, mas dela não saio.”

(Samado, liderança Pataxó Hã-Hã-Hãe⁵⁷⁶)

Chega-se a este capítulo final com o desafio de contribuir para a construção, pela via da interculturalidade, de uma interpretação efetivamente plural dos direitos territoriais indígenas. Nesse sentido, além de rechaçar uma prática assimilacionista, impõe-se a observância de certas diretrizes, extraídas do próprio projeto constitucional, e uma interpretação que conjugue as perspectivas indígenas e aspectos essenciais do princípio da igualdade e do direito antidiscriminação para que a concretização do comando constitucional se realize.

Cumprе rememorar que a adoção do parâmetro da interculturalidade não se resume a mero jogo de palavras, pois visa a enfatizar uma ecologia de saberes e um processo constante de construção de um pensamento alternativo de alternativas, que não pode descuidar da abertura à escuta das comunidades e aos processos políticos que demandam uma contestação da colonialidade. Essa postura não se confunde com a mera captura e apropriação ou inversão de sentidos por uma ordem hegemônica, como se tenta constantemente fazer com as ideias de *sumak kawsay* e *suma qamaña*, no constitucionalismo andino, mas com a garantia de convivência de visões distintas perante a realidade existente e apresentação de explicações diferentes de mundo, as quais devem merecer igual consideração.

A postura intercultural não rejeita as conquistas da modernidade. Pensar em rejeição implicaria adotar o racismo epistêmico da colonialidade. No entanto, a atribuição de novos sentidos aos textos e um compromisso ativo com a superação das feridas coloniais implicam uma relativização do alcance de institutos calcados em saberes hegemônicos. As interpretações existentes carregam pré-compreensões que se preocupam em manter um certo *status quo*, como se vê em relação ao direito de propriedade e na clássica justificação que se

⁵⁷⁶ Frase famosa da liderança Pataxó, citada em várias fontes. Sobre a trajetória de Samado, veja-se: PREZIA, Benedito. *História da resistência indígena: 500 anos de luta*. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 195.

atém apenas aos proprietários existentes, olvidando-se dos não proprietários. Ao desvendar a falsa neutralidade de um instituto, abre-se espaço a redefinições. Essa abertura não é estranha à propriedade, que já passou por várias conformações, apesar de seguir presa a uma visão monista sobre terras e territórios.

A interculturalidade tampouco dispensa a utilização dos métodos usualmente adotados para a resolução de colisões de direitos fundamentais. A definição de âmbito de proteção de direitos, a adoção do princípio da proporcionalidade e a posição preferencial *prima facie* são construções que podem ser tranquilamente aplicadas, pois consistem em técnicas e métodos que versam sobre a aplicação de normas, e não acerca do conteúdo delas, porquanto não provocam a inferiorização ou estigmatização de grupos étnicos. Ao contrário, essas técnicas podem ser utilizadas em favor do incremento de um diálogo em igualdade de condições entre grupos, de modo a propiciar uma melhor promoção de reconhecimento e redistribuição. Nesse exercício, certos conceitos e sentidos de um texto podem ganhar novos contornos, especialmente quando disserem respeito à realidade dos povos indígenas. As ideias contidas em expressões como “bens da União”, “usufruto”, “terras indígenas”, “habitação permanente”, “tradicionalmente ocupadas”, entre outras, estão potencialmente sujeitas a uma ressignificação.

Isso não significa que os processos interpretativos devem render-se à cosmologia dos grupos, tampouco suplantar uma história oficial por outra. Há, contudo, uma complexidade de direitos, costumes, crenças, valores e história cuja obstrução demanda ônus argumentativos mais elevados. Este fenômeno é muito mais complicado do que a visão naturalizada ou primitivista pode sugerir, pois demanda a compreensão acerca do caráter dinâmico das transformações por que passaram e passam os grupos, inclusive no que se refere às suas cosmologias e redefinições, ampliando a reflexão sobre a reivindicação territorial. Diante da horizontalidade dos embates e da atualidade das reivindicações indígenas, já não se aceita acriticamente as locuções “você não é proprietário”, “isso aqui nunca foi área indígena”, “a terra está registrada em nome de fulano de tal” ou “a letra do código não permite outra interpretação”. A interculturalidade exige a paridade na solução dos conflitos e impõe a colocação à mesa das manifestações dos índios e de suas perspectivas nas colisões de propriedades.

A maior carga de abertura conferida à interpretação dos textos não confronta o fundamento da segurança jurídica na concepção tradicional de Estado de Direito. Ao contrário, a segurança jurídica torna-se aqui menos seletiva. O não reconhecimento de territórios tem favorecido a adoção de projetos de assimilação de diversas populações, causando desestruturação étnica, expulsões, deslocamentos forçados e mortes. Não é possível

pensar em Estado de Direito, mesmo na visão dos brancos, sem pensar em uma estabilidade que garanta previsibilidade a todos os grupos que compõem a sociedade nacional, e esse objetivo só pode ser cumprido mediante a realização das tarefas de reconhecimento e redistribuição impostas pela Constituição.

A interculturalidade encara, pois, os institutos de forma mais aberta, mas não perde de vista a unidade necessária da Constituição para superar, e não normalizar, os conflitos. Ela é debitária do universalismo de confluência e da ecologia dos saberes, por isso enseja o abandono de uma superioridade *a priori* da explicação hegemônica do direito para democratizar as perspectivas, com o fim de conferir igualdade a todas elas e assegurar um efetivo compromisso descolonial.

As bases da modernidade/colonialidade ainda seguem muito presentes, o que é inegável, e não legaram à humanidade apenas feridas, mas também importantes conquistas, como a democracia e os direitos fundamentais, cuja interpretação ampliadora, fruto de lutas das minorias, vem procurando há décadas corrigir os racismos e sexismos presentes na origem dos textos legais. As diversas correntes do pensamento crítico mostram como é possível avançar a partir de princípios como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. A interpretação intercultural soma-se ao esforço dessas correntes e propõe uma prática mais radical quanto ao compromisso pela transformação. Além disso, ela contribui para a configuração do conjunto de valores básicos que formam a atual ordem constitucional, realçando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e reforçando a compreensão de que a eficácia desses direitos deve ser valorada não apenas sob o ângulo individualista, em uma relação sujeito e Estado, mas também como parâmetro para os deveres de proteção pelo último, vinculados a princípios constitucionais que transcendam uma relação singular. Nesse contexto, direitos subjetivos individuais como o de propriedade privada estão sujeitos a uma certa limitação de conteúdo e alcance.

Sem embargo, não se nutre a ilusão de que essa tarefa vai ser executada em igualdade de condições da noite para o dia. O direito constitui um campo muito potente de exercício da dominação, que expressa os anseios e os projetos das classes dominantes, mas também pode ser um espaço de emancipação, desde que o seu viés normalizador seja revelado e enfrentado. É necessário, pois, ativar as brechas da colonialidade, permitindo uma desobediência epistêmica cotidiana⁵⁷⁷ e a apropriação dos institutos tidos como clássicos e das normas que o

⁵⁷⁷ Como afirma Milton Santos, o mundo de hoje autoriza uma percepção da história que contemple uma universalidade empírica, que dialoga com a produção indígena de imagens, discursos, filosofias e crenças políticas, amparadas na ideia e na prática da solidariedade. A dialética entre a universalidade empírica e essas particularidades encoraja a superação de práxis invertidas, comandadas pela ideologia dominante, permitindo a abertura à utopia e à esperança. Cf. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 168.

suportaram para impedir a compartimentalização no tratamento dos direitos territoriais indígenas.

Dentro do escopo deste trabalho, propõem-se três diretrizes para uma interpretação intercultural dos direitos territoriais indígenas, a serem desenvolvidas a seguir. Em primeiro lugar, todas as normas que tratam do direito de propriedade devem estar sujeitas a uma leitura que aborde os direitos territoriais indígenas, pois o art. 5º, XXII, da Constituição alberga diversas propriedades, e não apenas a propriedade privada. O PIDCP, o Código Civil, o Código de Processo Civil e tantos outros diplomas devem ser densificados interpretativamente para colocar em cena os direitos territoriais indígenas. Essa abordagem não nega a importância de instrumentos normativos especiais, sobretudo os internacionais, que detalham a caracterização de territórios, mas procura acolher os territórios indígenas em uma interpretação evolutiva do próprio direito de propriedade.

Em segundo lugar, a garantia dos direitos territoriais deve ser encarada como um mecanismo de efetivação intercultural do princípio da igualdade, mediante uma combinação intensa de ferramentas de reconhecimento e redistribuição. Para tanto, a fronteira étnica deve ser entendida como um processo de afirmação identitária e reivindicação política, não essencializante, que demarca o “nós” em oposição ao “eles”, ainda que a linha que o define não se apresente de forma clara. Afinal, as interações não são proibidas e até são imprescindíveis, em alguns casos, para permitir a etnicidade, como se viu no capítulo 2. Além disso, os direitos territoriais indígenas não constituem mera expiação de culpa por um genocídio não admitido e prescindem de qualquer caráter instrumental à promoção de outros bens jurídicos (como meio ambiente) ou à conservação de um modo de vida para deleite de terceiros. Eles existem para garantir no presente o direito ao autodesenvolvimento da personalidade desses grupos e seus projetos de vida comunitários, viabilizando a definição da fronteira étnica, mediada pelo território.

Para assegurar tais direitos, aciona-se a historicidade, e não propriamente a história, dos conflitos. Não se trata de olhar para a histórica específica dos grupos e promover um exame meramente técnico, topográfico ou arqueológico de uma ocupação tradicional, de caráter linear, mas de identificar a trajetória que levaram os índios a afirmar-se etnicamente e reivindicar direitos no presente, distinguindo-se da sociedade nacional.

Em terceiro lugar, é fundamental conferir visibilidade ao protagonismo indígena na condução de processos políticos que contribuam para a ressignificação dos conceitos existentes. A garantia de voz e de escuta deve ser pautada pela crítica dos arranjos existentes e pela viabilização de formas de participação ativa na definição de assuntos atinentes aos indígenas e na contribuição para a definição dos projetos interculturais. Procura-se neste

trabalho avaliar os impactos da participação no reconhecimento de direitos territoriais, mas este tema pode ser alargado para diversos outros campos. A consideração de conceitos e propostas indígenas, nos moldes do *vivir bien/buen vivir*, são autorizadas pela Constituição e devem ser estimuladas, em constante diálogo.

Por fim, dada a omissão permanente do Estado brasileiro, enquanto a demarcação dos territórios não acontece, é necessário discutir formas de convivência entre propriedades e concretizar os direitos territoriais. Propõe-se a construção de uma interpretação que enfrente as colisões entre a propriedade privada e a propriedade indígena de modo a permitir o exercício pacífico do direito relacionado a esta última e a superação do cenário de marginalização a que estão submetidos muitos povos indígenas no país.

5.1 Os direitos territoriais indígenas e o universo de propriedades

O debate sobre o regime jurídico de terras indígenas é, de certa forma, inseparável da avaliação da intensidade da incidência da proteção da propriedade privada. Em geral, a negação ou afirmação dos direitos territoriais indígenas normalmente se liga à concretização ou subtração de um direito de propriedade de um particular, o que implica o reconhecimento de colisões, a serem resolvidas pelo texto positivo ou pela interpretação.

O capítulo anterior demonstrou que a defesa “forte” da propriedade privada possui raízes muito sólidas, o que a torna uma espécie de braço inseparável da ideia de segurança jurídica e, por conseguinte, de Estado de Direito⁵⁷⁸. Com essa aproximação, o direito de propriedade chega a gozar de proteção superior em relação a outros direitos. A intocabilidade da propriedade privada apresenta-se com força ainda maior quando se discutem os direitos sobre a terra, acarretando impactos no tratamento do regime jurídico das terras indígenas.

O direito de propriedade vem há muito tempo sofrendo, contudo, uma redefinição de conteúdo em razão da reconfiguração das relações sociais e do papel do Estado desde o início do século XX, mediante o convívio com a noção de função social, que permite o delineamento de novos limites e a consideração dos anseios da coletividade em sua

⁵⁷⁸ Um exemplo cristalino é o voto do Min. Cordeiro Guerra no MS 20.234-3/MT, já citado no capítulo 4. No MS nº 21.892-4/MS, o Min. Néri da Silveira sustentou que o registro da demarcação no Cartório de Imóveis não gera a perda da propriedade, pois há um efeito meramente publicitário, cabendo ao Poder Público buscar uma decisão judicial que cancele a transcrição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 21.892-4/MS, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 29.11.2001, DJ 29.08.2003). Mais recentes, as teorias dos círculos concêntricos e do fato indígena são a consagração de um tratamento prioritário à propriedade privada. Em vários momentos do julgamento do Caso Raposa, os ministros procuraram desenhar o regime jurídico das terras indígenas de uma forma que gere impactos mínimos nas colisões com propriedades privadas. O objetivo, expressamente admitido, consistia em proteger os não índios de eventual desapossamento. Não há no julgamento quaisquer considerações sobre a estabilidade sob a ótica dos próprios indígenas nem uma avaliação potencial da higidez da propriedade e das transmissões que tenham sido historicamente realizadas.

conformação. No Brasil, a função social da propriedade apareceu expressamente apenas na Constituição de 1967 (art. 157, III⁵⁷⁹), mas desde a Constituição de 1934 se condicionava de alguma forma o direito a um interesse social ou coletivo⁵⁸⁰. Em 1942, ao analisar a constitucionalidade do até hoje vigente Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que trata do instituto do tombamento, o STF já considerava legítima a redefinição do conteúdo do direito de propriedade, tendo ressaltado na ementa que o tombamento não acarreta a perda da propriedade, e sim apenas “retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa”⁵⁸¹.

As lutas sociais levaram a uma redefinição do papel do Estado, que viu o direito de propriedade perder o seu caráter quase absoluto de direito natural e ganhar um contorno mais aberto, que é delineado pela noção de garantia institucional. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, conferiu uma mais-valia jurídica a esses direitos, incrementando a juridicidade de suas normas e atribuindo-lhes efeitos jurídicos autônomos que vão além da perspectiva meramente subjetiva⁵⁸².

No debate constitucional brasileiro, a discussão sobre a propriedade ganhou novos capítulos após 1988. A supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional e o Código Civil é uma decorrência de sua força normativa, bem como da efetividade de suas

⁵⁷⁹ “Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”.

⁵⁸⁰ “Art. 113 (...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”. A Constituição de 1937 previu que o conteúdo da propriedade seria delimitado pela lei, porém o dispositivo (art. 122, 14) foi suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional. A Constituição de 1946, por sua vez, estipulou, em seu art. 147: “Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

⁵⁸¹ Em seu voto, o Ministro Relator Castro Nunes destacou que o direito de propriedade tem o conteúdo delimitado na lei: “Estão nas tendências contemporâneas refletidas nas legislações de todos os povos restrições extensas, desconhecidas da concepção clássica do direito de propriedade, com base no Código Civil Francês, restrições que o espírito jurídico vai consentindo e que, como observa Brugi, vão crescendo de dia para dia por efeito de uma maior valorização do interesse público. São as servidões legais no interesse da navegação aérea, as restrições a bem da exploração do subsolo, as conveniências do urbanismo, as restrições decorrentes da vizinhança das fortificações, (...), a proibição de destruir matérias-primas ou produtos necessários ao consumo, a particularização de certos interesses, do que é exemplo a proteção do fundo do comércio, e tantas outras limitações, derivadas da economia dirigida, da defesa nacional, da necessidade de preservar o consumo, etc, revestindo algumas delas até a forma de delitos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação 7.377. Rel. Min Castro Nunes. Julgada em 17.06.1942. RDA v. 2, n. 1, 1945, p. 109. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8121/6938>> Acesso em 11 nov. 2017.

⁵⁸² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 151.

disposições, que irradiam efeitos para todo o ordenamento, requerendo uma filtragem constitucional da interpretação⁵⁸³. Associado à efetividade, o princípio da unidade da Constituição afasta uma compreensão isolada dos institutos e impõe aos diversos ramos do direito, como o direito civil e o direito administrativo, que revisitem os conceitos clássicos à luz do texto constitucional⁵⁸⁴. Não obstante, em razão das grandes disputas sobre o tema durante a Assembleia Constituinte, o texto final deixou em aberto disputas interpretativas que vêm ocorrendo desde a sua promulgação, nas quais até a noção absoluta de propriedade, embora incompatível com a relatividade dos direitos fundamentais, ainda mostra bastante força.

Quanto ao direito de propriedade, o Direito Civil Constitucional tem produzido uma leitura “despatrimonializadora” e “repersonalizadora” que o insere em uma noção mais ampla, capaz de abranger não apenas bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais e relações obrigacionais de índole patrimonial, de direito privado ou não⁵⁸⁵. A propriedade é tratada, então, como uma relação jurídica complexa, que pressupõe as interações entre sujeitos, bens jurídicos e a coletividade⁵⁸⁶, nas quais a função social cumpre um papel relevante para a sua conformação, estabelecendo não apenas direitos, mas também deveres, encargos, limitações e estímulos.

A caracterização da propriedade como relação jurídica complexa abarca bens como ações, patentes, marcas e *softwares*, além de relações obrigacionais, mas não implica qualquer alteração no tratamento de tais propriedades como essencialmente privadas. Outras

⁵⁸³ A força normativa da Constituição justifica a efetividade das normas constitucionais, cuja estrutura diferenciada exige novos métodos hermenêuticos e princípios de interpretação constitucional. Esse processo favoreceu a leitura de todo o direito infraconstitucional pelas lentes da Constituição (filtragem constitucional), renovando os institutos de ramos como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 135.

⁵⁸⁴ Segundo Pietro Perlingeri, as opções realizadas no plano constitucional refletem-se na atividade hermenêutica, nos conteúdos e nos significados das normas do Direito Civil, podendo inclusive incidir de forma direta sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, permitindo a funcionalização destas a novos valores. Cabe ao Direito Civil harmonizar-se aos princípios fundamentais e às necessidades existenciais das pessoas e redefinir seus institutos. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10-12.

⁵⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 424.

⁵⁸⁶ Nesse contexto, bens jurídicos que antes eram vistos como “contradireitos”, como aqueles relacionados a uma finalidade pública ou social, como direito à saúde e o direito ao meio ambiente, consistem hoje em situações jurídicas protegidas na conformação da propriedade, em oposição ao individualismo possessivo. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316-328.

perspectivas sobre a relação com bens são desconsideradas, especialmente no que se refere às múltiplas propriedades sobre a terra. Predomina também a insistência em um olhar direcionado apenas aos proprietários, sem aprofundar-se na realidade daqueles que não têm acesso à propriedade⁵⁸⁷. Continua vivo no estudo das propriedades a atribuição do direito como um instrumento de defesa daqueles que já se encontram na condição de proprietários, o que é comprovado pelo raciocínio de que a ordem jurídica se limita a converter o “ter” em propriedade⁵⁸⁸. Mesmo quando se tenta conferir uma perspectiva de acesso universal às propriedades, por meio da distinção entre “direito à propriedade” e “direito de propriedade”, a primeira ainda é vista como algo meramente potencial⁵⁸⁹ ou inferior. A interculturalidade demanda uma abertura à realidade dos não proprietários e às múltiplas propriedades sobre a terra.

5.1.1. Múltiplas propriedades e uma interpretação intercultural

A propriedade privada é apenas uma entre diversas formas de propriedade. Ela é uma criação histórica, que atende a determinadas condições políticas, legais, administrativas e penais de sua época. Não se trata de um dado imutável, perfeito e acabado, mas sim de uma instituição que retira a sua regulamentação de uma realidade específica.

⁵⁸⁷ Cabe ressaltar que mesmo a propriedade privada pode ser encarada de outra forma. Em profundo trabalho, Jeremy Waldron demonstra que autores como Locke e Nozick tratam a propriedade privada como “direito especial”, ou seja, o direito de propriedade depende, para existir, da ocorrência de algum evento contingente ou de uma transação. Assim, há uma preocupação com situações posteriores à apropriação, e invoca-se o direito contra tentativas de expropriação e regulação, mas não se considera a existência do direito em favor dos que não possuem a propriedade privada contra tentativas de mantê-los sem propriedade. A ideia de primeira ocupação viabiliza a justificação e a constatação de que a posse física de bens por indivíduos não pode ser perturbada. Não se questiona, nessa abordagem, o efetivo acesso à propriedade privada. Waldron propõe, em contraponto a essa visão, um tratamento da propriedade como direito geral, ou seja, um direito incondicional que não decorre de relacionamento ou transação especial e que todos possuem de forma independente. Para tanto, ele dialoga com a perspectiva hegeliana de que a propriedade é uma necessidade racional. Se a propriedade privada possui um caráter instrumental para o desenvolvimento da liberdade individual, a não ser que se esteja tratando a liberdade meramente como uma meta social, Waldron defende um compromisso com uma abordagem particular de distribuição de propriedades. Cf. WALDRON, Jeremy. *The right to private property*. Oxford: Oxford University Press, 1988, p. 423-445.

⁵⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 423.

⁵⁸⁹ Segundo Nelson Rosenvald, o direito de propriedade está previsto no art. 5º, XXII, e refere-se à proteção da propriedade já consolidada, referindo-se às “regras do jogo”. Já o direito à propriedade está, segundo o autor, previsto no art. 5º, caput, e relaciona-se ao direito promocional à propriedade como mínimo existencial, referindo-se à qualidade dos “players”. Cf. ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>> Acesso em 28 nov. 2017.

Com frequência, palavras antigas ganham novos sentidos, e o olhar presente tenta atribuir significados que os conceitos não tinham no passado. Há uma constante tentativa de interpretar os conceitos com a lente contemporânea, como se eles tivessem carregado o mesmo sentido no vazio homogêneo da história. Ao mesmo tempo, a modernidade acelerou um processo de perda de termos particularísticos e específicos que outrora designavam condições sociais, de modo que os conceitos passaram a se tornar mais abstratos, com a proliferação de substantivos coletivos singulares. Esses conceitos são genéricos e ambíguos, o que favorece múltiplas interpretações, conforme a classe ou o interesse da pessoa ou grupo que o manipula⁵⁹⁰. A ideia de propriedade não escapou dessa perspectiva ideológica⁵⁹¹.

A construção da “propriedade privada” em sentido moderno, mesmo no horizonte eurocêntrico, atendeu à mentalidade burguesa em um momento histórico marcado por outras formas de relação entre os seres humanos e as coisas. Segundo John Locke, Deus conferiu a terra, que não era de domínio privado, à humanidade de uma forma comum. Cada ser humano possui a propriedade de seu próprio corpo, e o trabalho e a obra produzidos por suas mãos consistem igualmente em propriedade de cada um que os realiza. Ao tirar um objeto do estado em que a natureza o colocou e misturá-lo a seu trabalho, o homem acrescenta algo que lhe pertence ao objeto, fazendo com que esta coisa se torne sua propriedade. Com isso, exclui o direito comum dos outros homens⁵⁹² em favor de seu direito de propriedade. A apropriação de uma parte da terra e sua retirada do estado de natureza consistiriam em fatos geradores do direito natural de propriedade, os quais não dependem do consentimento dos demais⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Nesse sentido, veja-se: KOSSELEK, Reinhart. *Introduction and Prefaces to the Geschichtliche Grundbegriffe*. Contributions to the History of Concepts 6. Tradução de Michaela Richter, nº 1, 2001, p. 1-37.

⁵⁹¹ E. P. Thompson descreve, por exemplo, como a oligarquia Whig, ao ascender ao poder, regulou os direitos de propriedade e “não propriedade”, criando leis e manipulando formas jurídicas para legitimar a sua própria propriedade. Cf. THOMPSON, E. P. *Whigs and Hunters: the origin of the black act*. London: Penguin Books, 1975, p. 260-261.

⁵⁹² Para Locke, a apropriação da terra permite um aumento da reserva comum da humanidade, melhorando o seu cultivo. O autor então pergunta se nas florestas selvagens e nas terras incultas da América, abandonadas à natureza sem qualquer aproveitamento, haveria uma colheita tão abundante quanto em lugares da Europa onde são bem cultivadas. Em outro trecho ele afirma, sobre as nações americanas, que a natureza lhes foi muito generosa, com solo fértil capaz de produzir abundantemente, mas a falta de trabalho para melhorar a terra não gerava um centésimo das vantagens de que desfrutavam os europeus. No início, ele diz, “toda a terra era uma América, e mais ainda que hoje, pois em parte alguma se conhecia o dinheiro”. Note-se que, ao lado da modernidade, a colonialidade em Locke justificava a apropriação de terras no “novo mundo”, por meio de um discurso que realçava um caráter natural e não afeito ao trabalho dos povos americanos. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 104-111.

⁵⁹³ O próprio Locke admite, contudo, que a mesma lei da natureza que concede o direito de propriedade impõe limites, com o fim de evitar o desperdício e a destruição, mas nenhum homem pode se sentir lesado pela apropriação de uma parcela de propriedade, desde que haja terra suficiente para todos, em quantidade e qualidade, e que a coisa não se estrague. *Ibid*, p. 100.

A definição da propriedade como direito natural converteu-se em uma bandeira que influenciou as declarações nas revoluções burguesas e no constitucionalismo liberal⁵⁹⁴, e continua sendo uma forte referência até hoje⁵⁹⁵. No entanto, como demonstra Paolo Grossi, a ideia de “propriedade”, no singular, teve de conviver na Europa com diversas outras formas de relação com a terra, próprias do período altomedieval, que continuaram presentes pelo menos até o século XIX, quando não se pensava na ideia de uma propriedade única (*a* propriedade), mas em uma multiplicidade de relações com a coisa que ensejavam uma noção de pertencimento (*as* propriedades). O ordenamento altomedieval conferia a tutela mais intensa às situações de efetividade sobre o bem, onde se condensava uma vasta gama de poderes⁵⁹⁶, de modo que as propriedades correspondiam às situações de poder direta e imediata sobre o bem tutelado pelo ordenamento que se apresentavam da maneira mais forte. A ideia de propriedade (moderna), no singular, pretendeu simplificar e tornar abstrata esta relação, desconectando-a dos fatos, e representou uma extensão da própria ideia de indivíduo abstrato, própria da visão liberal clássica⁵⁹⁷.

A despeito das mudanças das paisagens agrárias, as diversas propriedades permaneceram como mentalidade profunda, ou seja, como valores que circulam no espaço e

⁵⁹⁴ Nos Estados Unidos, a Declaração de Virginia (1776) prevê, em seu art. 1º, que os homens possuem os direitos essenciais e naturais de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedade, de procurar obter a felicidade e a segurança. Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) enfatiza que a finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2º). A propriedade, descrita como um direito inviolável e sagrado, só pode ser subtraída em caso de necessidade pública legalmente comprovada, mediante justa e prévia indenização (art. 17). Para um resumo desta trajetória, veja-se: SILVA, Diogo Bacha e. Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva. *Libertas*, Ouro Preto, Volume 2 / n. 1 / jan./jun. 2016, p. 35-55.

⁵⁹⁵ Uma versão contemporânea da construção de Locke é a libertária de Robert Nozick, que defende a propriedade de cada um sobre si próprio e a atuação mínima do Estado com o fim unicamente de proteger a liberdade negativa das pessoas contra o roubo, a fraude e o uso da força, garantindo o cumprimento de contratos entre indivíduos. O esforço de Nozick reside em demonstrar que as desigualdades de recursos que caracterizam as condições e oportunidades de vida dos membros de uma determinada sociedade contemporânea são legítimas se decorreram de uma apropriação original moralmente justificável. Diferentemente de Locke, Nozick não estabelece qualquer condição quanto à suficiência de recursos, em quantidade e qualidade, aos demais. Mesmo que não sobrem recursos suficientes para todo mundo, se o bem social produzido pelo trabalho na terra é maior, está justificada a distribuição desigual de recursos. Veja-se: NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974. Para uma análise crítica, veja-se: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 33-62.

⁵⁹⁶ GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39-40.

⁵⁹⁷ *Ibid*, p. 71. A implementação da “propriedade”, no singular, implicava a abolição de diversas formas híbridas e incertas de propriedade. Sobre o impacto das tentativas de privação da população pobre de acesso a coisas, em contraste com práticas constituídas há um longo tempo, ver: MARX, Karl. Debates sobre a lei referente ao furto de madeira. In: _____. *Os despossuídos*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 75-127.

no tempo e constituem um tecido escondido e constante de determinada área⁵⁹⁸. Apesar de se cultivar a ilusão de uma continuidade da história da propriedade, no singular, e do tributo à propriedade-signo, diversas situações de poder direto e imediato sobre o bem seguiram presentes. Cindir a propriedade em domínio direto e domínio útil foi uma concessão a essa realidade inescapável, com o fim de reservar apenas à propriedade moderna o caráter de propriedade, negando tal condição às outras formas de *dominium*, quando todas funcionavam na Idade Média como uma resposta ao momento intenso de pertencimento, com a incidência de diversos proprietários sobre a mesma coisa⁵⁹⁹.

A meta da propriedade moderna é a simplicidade absoluta. Por essa propriedade “sacralizada”, projeta-se o sujeito. Ao lado da simplicidade, carrega-se a abstração, e surge uma ideia que se descola do domínio útil, separando-se dos fatos da vida cotidiana e sendo imune a eles, de forma atemporal. Os direitos reais limitados são então pensados como externos à propriedade, que podem comprimir e condicionar sua eficácia, sem serem, contudo, capazes de modificá-la.

A historiadora Rosa Congost observa que a exaltação do papel do indivíduo no discurso liberal ajudou a dissimular o forte conteúdo estatista do pensamento da propriedade como algo definido de modo exclusivo pelas leis e códigos. O único caminho para combater essa forma de interpretação, diz Congost, consiste em mudar a forma de analisar o direito de propriedade, de maneira a levar em conta o dinamismo social e o conjunto de interesses envolvidos⁶⁰⁰, concebendo-o como reflexo, produto e fator integrante das relações sociais existentes.

Ao contrário do que se supunha, a ordem fundiária que circula invisível é muito mais presente que os sinais apresentados pelos juristas. Estes colhem apenas certos aspectos das diversas relações entre pessoas e coisas, e não outros. Afinal, se as posses e propriedades “indígena” e “quilombola” são étnicas, a posse e a propriedade em seu conceito predominante também o são, já que representam a apropriação por sujeitos de direito masculinos, colonizadores e brancos, sendo necessário identificar a pluralidade de conceitos de posses e propriedades e a existência de realidades que extrapolam a definição baseada em *animus* e *corpus*, exigindo o seu alargamento⁶⁰¹. Ou seja, estamos diante de propriedades, e não de

⁵⁹⁸ GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

⁵⁹⁹ *Ibid*, p. 55.

⁶⁰⁰ CONGOST, Rosa. *Tierra, leyes, historia: estudios sobre la gran obra de la propiedad*. Barcelona: Crítica, 2007, p. 18-22.

propriedade. A propriedade privada é apenas uma entre outras variações. O termo “propriedade” deve ser des-apropriado em favor de múltiplas propriedades.

Se a questão já é complexa no próprio horizonte eurocêntrico, a pretensão simplificadora e abstrata ganha contornos ainda mais singulares fora dele, especialmente onde há espaços e relações em que vale muito mais a lógica de que o homem pertence à terra, e não o contrário. Se a análise da história das propriedades não autoriza, pois, um olhar unilinear ou singularizante sobre o instituto, devem ser reconhecidas outras noções sobre ele. Mais do que um edifício piramidal, monolítico, que nos leva ao *dominium*, deduz-se um sistema de situações reais de caráter plural, onde importam “os mil exercícios efetivos já definitivamente realizados na consciência comum e tornados socialmente e economicamente os protagonistas da experiência⁶⁰²”.

A pretensão homogeneizante do monismo jurídico de reforçar a exclusão de qualquer outro tipo de sistemas normativos e regimes jurídicos não é capaz de suplantar uma realidade em que a propriedade vigora sob diversas regulações, com normas paralelas, seja nas periferias das grandes cidades do Sul Global, seja nas propriedades dos povos tradicionais. O direito estatal tenta, sem êxito, normatizar essas realidades, estabelecendo a linha do pensamento abissal, e não reconhece o pluralismo jurídico⁶⁰³.

No Brasil, o tema ganhou contornos singulares. Embora a evolução do instituto não se confunda com a transição das propriedades na realidade feudal para a modernidade, uma vez que o empreendimento colonial foi um fruto da própria expansão do capitalismo, é possível observar, desde o período colonial, uma “propriedade partida”, em que há direitos de propriedade a diferentes proprietários sobre um mesmo bem, mediante a divisão em domínios direto e útil. As sesmarias, por exemplo, já eram “propriedades condicionadas”, dependentes de cultivos, moradia e povoamento, ao passo que os aforamentos consistiam em medidas que os religiosos adotavam em realidades diversas. Havia ainda morgadios, enfiteuses, arrendamentos e aforamentos e diversas formas de concessão de domínio útil, os quais representavam direitos de propriedade, ainda que limitados, e asseguravam o acesso a recursos naturais, à sobrevivência e à reprodução social⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ BALDI, César Augusto. A renovação do direito agrário e os quilombos: identidade, território e direitos culturais. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, V. 37, n. 02, p. 201, jul. / dez. 2013.

⁶⁰² GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

⁶⁰³ Cf. MALDONADO, Daniel Bonilla. Pluralismo Jurídico y Propiedad Extralegal: Clase, Cultura y Derecho en Bogotá, *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes* No. 36, Junio de 2006, p. 207-233.

⁶⁰⁴ Cf. PEDROZA, Manoela. Desafios para a história dos direitos de propriedade da terra no Brasil. Em *Perspectiva* [On Line]. 2016, v.2, n. 1., p. 12.

A instituição da propriedade privada pela Lei de Terras não afastou a chamada “mentalidade possessória”, tanto é que a legislação acabou por legitimar a realidade das enfiteuses, subenfiteuses, locações e arrendamentos de terrenos, a revalidação de sesmarias e de aforamentos. Em análise sobre os registros paroquiais de terras, Manoela Pedroza observa que o exercício cotidiano dos direitos de propriedade implicava explicitar os diversos domínios sobre a terra, não se limitando à dualidade proprietário/terra devoluta. Assim, no cotidiano eram exercidos diferentes modos de acesso à terra. Havia, pois, um abismo entre os legisladores e o comportamento popular que não era questionado pela Lei de Terras ou pelo Código Civil.

Diante dessa realidade, em paralelo ao tratamento singularizante da propriedade privada em sentido moderno e à tentativa de reduzir o direito à legislação, surgem novas formas jurídicas e instituições que se produzem cotidianamente na vida real. Ao lado dos textos legais, sempre existiu uma prática jurídica concreta, decorrente de uma massa de fenômenos jurídicos (contratos, sentenças, decisões administrativas, pareceres etc) e de fatos sociais, que se reproduziam à margem das normas gerais⁶⁰⁵.

Os próprios indígenas foram, em certas situações, destinatários de concessões e doações, como forma de contrapartida por serviços prestados ou para garantir a abertura de estradas. Títulos eram concedidos a grupos de famílias, constituindo “terras de índios”, que não se confundem com o conceito jurídico atual de terras indígenas. Um exemplo é o povo Gamela, no Maranhão, vítima de ataques no presente⁶⁰⁶, que foi beneficiário de concessão no século XVIII⁶⁰⁷. Processos de grilagem e apropriação por terceiros, típicos na trajetória da concentração fundiária brasileira, geraram constantes tensionamentos nessas áreas, e os descendentes, que não procederam à divisão do espólio, estabeleceram suas próprias regras de posse e uso da terra⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Cf. HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 20-28.

⁶⁰⁶ Em abril de 2017, um grupo de indígenas da etnia Gamela, que vive no povoado de Bahias, no Maranhão, foi atacado por cerca de trinta homens, a mando de fazendeiros. Treze indígenas ficaram feridos. O conflito decorre de uma disputa de terra na região em razão da reivindicação territorial do grupo, que passou por um processo de afirmação étnica e busca a recuperação de territórios. Os fazendeiros acusam os indígenas de serem “falsos índios”, discurso que foi encampado pelo próprio Ministério da Justiça. Ao divulgar uma primeira nota sobre o episódio violento, o ministério descrevia o conflito como uma disputa entre “pequenos agricultores” e “supostos indígenas”. Na segunda nota divulgada, tratou-o como “conflito agrário”. Sobre o tema, veja-se: Portal G1. Ministério muda versão de nota oficial sobre ataques a índios no Maranhão. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/ministerio-muda-versao-de-nota-oficial-sobre-ataque-a-indios-no-maranhao.ghtml>> Acesso em 10 dez 2017.

⁶⁰⁷ Sobre o tema, veja-se: ANDRADE, Maristela de Paula. *Terra de índio: identidade étnica e conflito em terras de uso comum*. 2ª ed. São Luis: Edufma, 2008.

O impulso modernizante preconiza a paulatina substituição dessas propriedades por uma outra, tida como mais evoluída. As propriedades a serem substituídas são vistas como restos de outros tempos, fadadas ao esquecimento como resquícios pré-modernos. A pretensão é guiar essas terras para uma visão mercadológica, como se quem as ocupasse não soubesse nelas trabalhar.

Em oposição a essa lógica, parte-se da premissa exposta anteriormente de que é necessário fazer com que a interculturalidade represente um efetivo projeto de descolonização. Nessa perspectiva, já delineada no capítulo 2, inserem-se a desobediência epistêmica, por meio da busca das brechas ou fissuras na colonialidade do poder, e a construção de um processo que venha de baixo para cima e favoreça a emergência de temas no direito que vêm sendo historicamente invisibilizados ou silenciados. Propõe-se, assim, o estudo das propriedades de maneira a compreender as diversas manifestações desse instituto, enquanto apropriação de coisas pelo sujeito, mediante equalização no tratamento entre a apreensão hegemônica e as demais concepções.

No caso dos povos indígenas, não se trata apenas de diferenciar as suas territorialidades específicas da compreensão corrente de propriedade, mas sim de descolonizar o estudo das propriedades de forma a nele abarcar as diversas formas, visões e saberes sobre a relação com a terra, o que implica pensar formas de interação, não hierarquização e de convivência dessas propriedades. Esta garantia implica reconhecer, como afirma César Baldi, que é necessário ir além dos direitos clássicos de *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi* e abrigar, nos conceitos de posses e propriedades, um grupo de direitos culturais, econômicos e sociais, abrangendo a reprodução social, cultural e espiritual da comunidade, o respeito à diversidade étnica, religiosa e cultural, a pluralidade socioambiental, econômica e cultural dessas comunidades, o direito à memória cultural e à prevenção do epistemicídio, o direito de auto atribuição, de “nomeação” dos lugares, de definição de seus “usos legítimos”, de vinculação da existência à trajetória coletiva, o direito à alimentação, visto não mais no sentido assistencialista, mas como direito à segurança e soberania alimentar. Vislumbra-se assim um feixe de direitos entrelaçados, indivisíveis e interdependentes⁶⁰⁹. Algumas experiências jurisprudenciais têm buscado este caminho.

⁶⁰⁸ Cf. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras de preto, terras de santo, terras de índio: uso comum e conflito. In: DELGADO, Nelson Giordano (coord.). *Brasil Rural em Debate*: coletânea de artigos. Brasília: CONDRAF/MDA, 2010, p. 104-136.

⁶⁰⁹ BALDI, César Augusto. A renovação do direito agrário e os quilombos: identidade, território e direitos culturais. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, V. 37, n. 02, p. 213, jul. / dez. 2013.

5.1.2 A interpretação evolutiva do direito de propriedade no sistemas interamericano e africano

O tratamento conferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ao art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos mostra as possibilidades de construções interpretativas que, a partir dos textos existentes, ampliem os horizontes normativos para levar em consideração múltiplas realidades e compreensões do instituto em análise. Assim dispõe o artigo:

Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Note-se que o título menciona o “direito à propriedade privada” e o item 1 contém a previsão de que “toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens”. A Corte IDH vem, desde 2001, desenvolvendo uma interpretação evolutiva do art. 21.1 para sustentar que, apesar de o título mencionar a propriedade privada, o artigo não abrange apenas essa modalidade de propriedade, mas também outras, como a propriedade comunitária indígena. Segundo o tribunal, a Convenção Americana é um instrumento vivo, cujos termos possuem sentido autônomo, e deve levar em conta a evolução dos tempos e as condições de vida atuais⁶¹⁰, de modo que o direito interno não pode interferir diretamente na sua compreensão.

Ao lado da interpretação evolutiva, o tribunal entende que a convenção não pode ser interpretada de uma forma que restrinja o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos por leis ou outra convenção (art. 29.b da Convenção⁶¹¹). A privação desse direito afeta outros direitos, como o direito à vida⁶¹² e à cultura⁶¹³.

⁶¹⁰ A interpretação evolutiva é amplamente adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos e foi inaugurada pela Corte IDH na Opinião Consultiva Oc nº 16/1999, que tratou do direito à assistência consular. Sobre o tema, veja-se: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111-112.

⁶¹¹ “Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;”

⁶¹² Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006. § 164.

⁶¹³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005. § 148.

O *leading case* foi o caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*⁶¹⁴. A decisão da Corte IDH estabeleceu que o termo “bens” deve abranger bens móveis e imóveis, elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial que seja suscetível de valor. Isso permite uma proteção mais ampla do direito de propriedade, garantindo os direitos dos membros das comunidades indígenas no marco de uma propriedade comunal⁶¹⁵.

A Corte IDH abordou a relação comunitária dos indígenas com a terra e o vínculo intrínseco com sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Esse vínculo não é uma relação meramente de posse e produção, pois carrega consigo laços espirituais e materiais de que esses povos devem gozar plenamente, inclusive para preservar o legado cultural e transmiti-lo a gerações futuras⁶¹⁶. Trata-se de um direito que prescinde de reconhecimento oficial de propriedade ou de registro.

Diante do reconhecimento da propriedade, emerge a necessidade de medidas efetivas de delimitação, demarcação e titulação do território, com o fim de garantir segurança jurídica em favor das comunidades, cabendo ao Estado realizá-la, sob pena de acarretar um dano imaterial a esses povos⁶¹⁷. Note-se que há uma preocupação com a segurança jurídica também quanto à realidade territorial dos povos indígenas, e não apenas quanto à dos proprietários privados, tendo por consequência uma análise da ilicitude do comportamento omissivo do Estado.

A falta de respostas aos pleitos de reivindicação de territórios é considerada uma violação das garantias judiciais dos membros da comunidade, impondo-se aos Estados que outorguem uma proteção efetiva que leve em conta as particulares próprias dos povos indígenas e suas características econômicas e sociais, bem como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário e seus valores, usos e costumes⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001.

⁶¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001. §§ 144; 148.

⁶¹⁶ *Ibid*, § 149.

⁶¹⁷ *Ibid*, §§ 153; 167.

⁶¹⁸ “83. Asimismo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.” (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006).

As premissas adotadas pela Corte IDH no caso *Awás Tingni* foram ratificadas e aprofundadas em julgamentos subsequentes⁶¹⁹. A Corte IDH debruçou-se também sobre a realidade de comunidades indígenas marginalizadas e empobrecidas em razão de um processo histórico de apropriação de suas terras por particulares no Paraguai, que lhes causou privação ou acesso restrito a seus territórios. Três casos permitiram uma análise detalhada da Corte IDH sobre a colisão de direitos de propriedades: *Yakye Axa* (2005), *Sawhoyamaxa* (2006) e *Xákmok Kásek* (2010)⁶²⁰. Entendeu-se que a inexistência de posse atual pelo grupo não constitui um requisito necessário do direito de propriedade dos povos indígenas, pois os vínculos destes com o espaço são mais amplos, abrangendo a base espiritual e material da identidade. Esta relação pode expressar-se de várias maneiras, podendo incluir o uso ou a presença tradicional, por meio de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça e pesca; uso de recursos naturais ligados aos costumes; e qualquer outro elemento característico de sua cultura⁶²¹. Enquanto houver algum vínculo à terra, diz a Corte IDH, o direito à reivindicação permanecerá vigente.

O reconhecimento do vínculo ao território em circunstâncias de desapossamentos e remoções compulsórias representa uma abertura intercultural do tribunal a um outro conceito de propriedade e mostra uma sintonia com a percepção de que existem estratégias adaptativas de resistência a uma política de assimilação forçada, as quais transcendem muitas vezes as posturas que esses grupos exteriorizam em suas interações cotidianas com a sociedade nacional. Contudo, quanto às formas de manutenção deste vínculo, pode-se dizer que a Corte IDH adotou uma visão ainda conservacionista⁶²² dos modos de vida dos indígenas, já que parece aludir ao direito unicamente para preservar aspectos identitários pré-existentes, desconsiderando o dinamismo das transformações culturais por que podem passar os grupos.

⁶¹⁹ No caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, julgado em 2005, a Corte enfatizou que, em casos de deslocamento forçado de grupos indígenas no Suriname, há o rompimento de um vínculo onicompreensivo com a terra, cabendo ao Estado proteger o direito mesmo diante da ausência disposição legal. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 15/06/2005. § 133 e § 209.

⁶²⁰ No final do século XIX, o Estado paraguaio vendeu cerca de dois terços da região do Chaco na bolsa de valores de Londres, apesar de haver presença indígena na área. Desde então, houve a transferência de terras da região e o progressivo fracionamento em fazendas, reduzindo os espaços das aldeias a áreas muito diminutas, com diversas restrições ao desenvolvimento dos modos de vida e às atividades de subsistência tidas como tradicionais pelos povos indígenas da região.

⁶²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006. § 131.

⁶²² Sobre a visão conservacionista da Corte Colombiana e da Corte IDH, veja-se: ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidade indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 280-354.

Mais do que manter as práticas culturais “in vitro”, o importante é garantir que os grupos desenvolvam livremente seus modos de vida.

O direito à propriedade comunitária indígena, mesmo sem a posse atual, é garantido inclusive em terras tituladas em nome de particulares⁶²³, salvo se houver um motivo objetivo e fundamentado que justifique uma restrição. Se não fosse assim, o direito à devolução careceria de sentido e não ofereceria uma possibilidade real de recuperar as terras tradicionais, pois subordinaria a resolução de conflitos à vontade dos possuidores atuais, restando aos indígenas aceitar terras alternativas ou indenizações pecuniárias⁶²⁴.

Para aferir se eventual restrição sobre direito territorial indígena é legítima, o tribunal propôs um teste de proporcionalidade, no qual avalia se a restrição foi estabelecida por lei, se é necessária e proporcional e se tem o objetivo de alcançar um fim legítimo⁶²⁵. Não se estabelece uma precedência de uma propriedade sobre a outra, mas deve ser demonstrado um motivo objetivo e fundamentado para a restrição de cada direito. Os Estados devem analisar caso a caso as situações e levar em consideração o fato de que os direitos territoriais indígenas abarcam um conceito mais amplo de propriedade, que está relacionado ao direito coletivo de um povo à sobrevivência, mediante o controle de seu habitat como condição necessária à reprodução da cultura e ao desenvolvimento e elaboração de planos de vida comunitários⁶²⁶.

O ponto-chave reside na avaliação das justificações apresentadas e de seu alinhamento com a jurisprudência da Corte. A restrição do direito de propriedade privada em favor de um

⁶²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006. § 139.

⁶²⁴ “138. Respecto al primer argumento, la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro. El contenido de cada uno de estos parámetros ya fue definido por el Tribunal en el *Caso C*. Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006. § 138.

⁶²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005. § 144.

⁶²⁶ “146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.” Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005. § 146.

direito territorial indígena sempre atende, por exemplo, ao objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista, exigindo-se como contrapartida o pagamento de indenização⁶²⁷.

Por outro lado, no que concerne a restrições que incidam sobre os territórios, caso os Estados se vejam impossibilitados, por razões concretas e justificadas, de adotar medidas para devolver o território tradicional e os recursos comunais às populações indígenas, a eleição de terras alternativas deve ser acordada com os membros da comunidade, nos termos de seus procedimentos de tomada de decisão, e só será procedente mediante a valoração adequada, desde que não seja possível a expropriação e as negociações para a compra de terras não tenham se concretizado⁶²⁸ e. A compensação que se outorga deve ter como orientação principal o significado que a terra tem para os índios⁶²⁹, em atenção ao disposto no art. 16.4 da Convenção nº 169/OIT, que menciona o direito à percepção de terras de qualidade e regime jurídico idênticos⁶³⁰.

De maneira esquemática, a Corte IDH enuncia os seguintes passos na garantia dos direitos territoriais: a) a posse tradicional tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio que o Estado outorga; b) a posse tradicional outorga aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; c) os membros dos povos indígenas que por causas alheias à sua vontade tenham saído de suas terras tradicionais ou perdido a posse mantêm o direito de propriedade sobre elas, ainda que sem título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; d) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido transferidas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade.

⁶²⁷ “148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005, § 148.

⁶²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24/08/2010, § 286.

⁶²⁹ “149. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (*supra* párrs. 131, 135 y 139).” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005, § 149.

⁶³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005, § 150.

A solução encontrada pela Corte IDH estipulou uma sequência hierárquica na implementação dos direitos territoriais indígenas: em primeiro lugar, a prioridade é a devolução das terras apropriadas por particulares; em segundo, caso não seja possível a devolução, busca-se a destinação de terras alternativas; em terceiro e último caso, busca-se a via indenizatória, mediante consentimento livre e informado junto aos indígenas.

Apesar de um delineamento preciso da propriedade indígena, a falta de uma definição clara do motivo legítimo pode levar um Estado a dificultar a devolução e buscar justificativas para a concessão de terras alternativas⁶³¹. Essa postura pode tornar a efetivação de direitos territoriais mais penosa e lenta, já que os processos de negociação e diálogo com a comunidade podem ser conduzidos de forma pouco transparente, e as terras oferecidas podem não guardar semelhanças com as reivindicadas. Além disso, a postergação da concretização dos direitos territoriais pode significar a chancela de apropriações indevidas e legitimar novas investidas de particulares sobre territórios indígenas⁶³².

Quanto à indenização pela perda da propriedade privada, a diretriz da Corte IDH deve alinhar-se ao ordenamento jurídico de cada Estado e aos procedimentos de demarcação nele previstos. No caso brasileiro, por exemplo, a leitura do art. 231, § 6º, da Constituição brasileira indica que a indenização se limita às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé e que não há qualquer direito à manutenção da propriedade privada sobre a terra, mesmo que ela não esteja atualmente sendo ocupada pelos indígenas. O texto já estabeleceu, portanto, uma solução para essas colisões, ainda que a falta de celeridade na condução de processos demarcatórios acarrete o agravamento de conflitos. De qualquer forma, diante de um cenário de apropriações em cadeia, qualquer contestação de um terceiro de boa-fé às transações que lhe conferiram um título não pode ter a demarcação como fato gerador, e sim um comportamento ilícito do Estado ou do particular, a ser apurado em outras vias, não podendo gerar qualquer prejuízo ao processo demarcatório.

A propriedade da terra deve estender-se aos recursos naturais situados no território e ensejar a realização de consulta prévia quanto a medidas que afetem a comunidade. Foi este o

⁶³¹ GONZA, Alejandra. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 526.

⁶³² Deve-se ressaltar, porém, que em julgamento posterior (*Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*), a Corte IDH ressaltou que as obrigações no caso da garantia de terras alternativas devem ser as mesmas que as adotadas quando a restituição ainda é possível. Caso contrário, ficaria limitado o gozo do direito de propriedade coletiva dos povos Kuna e Emberá por não contar com uma ocupação prolongada ou relação ancestral com as terras alternativas, quando essa falta de ocupação é justamente uma consequência da realocação realizada pelo mesmo Estado, por razões alheias à vontade dos próprios indígenas. Corte Inteamericana de Derechos Humanos. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá. Sentencia de 14/10/2014, § 120.

entendimento que a Corte IDH adotou no caso do povo *Saramaka vs. Suriname*⁶³³ (2007). A propriedade dos recursos naturais em seus territórios, porém, foi atribuída de forma limitada, levando em conta tão somente a localização no território e a relação com a sobrevivência física e cultural do grupo⁶³⁴. Admitiu-se também o reconhecimento da propriedade de recursos cuja extração por terceiros possa colocar indiretamente a subsistência do grupo em risco⁶³⁵. Assim, se um recurso cobiçado pelo Estado estiver no território e aparentemente não possuir qualquer relação com as práticas tradicionais do grupo, a propriedade pode ser, em tese, questionada. A despeito da preocupação com os impactos de empreendimentos no território⁶³⁶, há uma consideração de baixa intensidade quanto ao impacto à autonomia desses povos que exploração de recursos pode causar⁶³⁷.

Em resumo, a Corte IDH possui uma rica jurisprudência sobre a interpretação da Convenção Americana em favor dos direitos territoriais indígenas⁶³⁸. A garantia do direito de propriedade, previsto no art. 21 da convenção, e a análise procedimental e específica para a implementação dos direitos permitiram que o tribunal oferecesse maior concretude a parâmetros estabelecidos na legislação internacional específica. Há maior clareza quanto ao processo interpretativo da legislação internacional e uma conjugação com a leitura de tratados

⁶³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007.

⁶³⁴ “121. (...) Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007, § 121.

⁶³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28/11/2007, § 129.

⁶³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27/06/2012, § 147.

⁶³⁷ Para uma crítica à decisão da Corte IDH no Caso Saramaka, veja-se: PASQUALUCCI, Jo M. ‘International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the InterAmerican Court on Human Rights in the Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples’, 27 *Wisconsin Int’l LJ* (2009) 51, p. 79–91; GONZA, Alejandra. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 524.

⁶³⁸ Cabe acrescentar mais dois casos: o primeiro trata da possibilidade de os recursos do mar estarem abrangidos pela propriedade indígena. (Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras. Sentencia de 08/10/2015, § 137). O segundo trata da sobreposição de territórios com áreas ambientais, a qual não afasta a proteção do direito de propriedade, mediante um uso compartilhado das áreas e a necessidade de mecanismos expressos que assegurem o uso e a participação efetiva dos indígenas na conservação e no retorno dos benefícios, de forma a assegurar a propriedade comunal. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia de 25/11/2015, § 173, 191 e 197).

internacionais clássicos, facilitando a configuração de um modelo de garantia da propriedade indígena e projetando as consequências da não observância de obrigações pelos Estados⁶³⁹. As diretrizes contribuem para um modelo construtivo que procura garantir a distribuição de terras no presente, ainda que mediante a concessão de terras alternativas.

Uma crítica pertinente ao trabalho da Corte diz respeito ao fato de que, embora promova uma abertura a outras formas de propriedade, a Corte IDH insiste no termo “propriedade comunal”, uma concepção limitadora que não dá conta da amplitude da ideia de direitos territoriais coletivos⁶⁴⁰. Não há dúvida, porém, de que a Corte IDH abriu caminhos para pensar o direito de propriedade e os direitos civis e políticos clássicos de forma muito mais diversificada, convergindo para a construção de noções baseadas nas territorialidades dos povos indígenas.

A Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2016, permite a ampliação de horizontes neste tema, pois, em primeiro lugar, estipula expressamente a garantia de formas diversas e particulares de propriedade em favor dos povos indígenas (art. XXV.5). Além disso, prevê que os povos indígenas têm direito a possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização, assim como os que tenham sido adquiridos de outra forma (art. XXV.3). Permite-se, assim, uma compreensão das territorialidades indígenas de forma menos rígida ou arqueológica, que atente às realidades contemporâneas e ao reconhecimento de quaisquer tipos tradicionais de ocupação.

As decisões da Corte mostram ainda que a existência de previsão expressa de “propriedade coletiva” para designar os direitos territoriais indígenas não é essencial, impondo-se o dever de interpretação do instituto clássico de forma plural⁶⁴¹. Para conferir

⁶³⁹ Nesse sentido, veja-se: PENTASSUGLIA, Gaetano. Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights. *The European Journal of International Law*, Vol. 22, nº 1., Fev. 2011, p. 177.

⁶⁴⁰ Cf. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Justiça Socioambiental: Uma Análise a Partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 216. A ideia de propriedade comunal remete a um tipo específico de forma de organização da comunidade, que Marx e Engels mencionam como uma fase primitiva da propriedade, resultado da unificação de tribos e propriedades tribais (Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Rubens Enderle, Nélcio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 90). Na antropologia, os pressupostos evolucionistas de Morgan asseveravam que a humanidade caminhara da selvageria à civilização, em que a ideia de propriedade (privada) foi se tornando dominante e dando início à civilização. (MORGAN, Lewis Henry. A sociedade antiga. In: CASTRO, Celso (org.) *Textos básicos de antropologia: cem anos de tradição*: Boas, Malinowski, Lévi-Strauss e outros. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, pos. 223. Kindle Edition.

⁶⁴¹ Na América Latina, algumas Constituições utilizam a expressão propriedade “coletiva” ou “comunitária”, e nem por isso asseguram uma efetiva proteção desses direitos. Conforme compilação de Daniela Gomes, há um conjunto de países que adotam esta perspectiva: Argentina, Bolívia, Colômbia, El Salvador, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela. Cf. GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 193-221.

densidade normativa aos preceitos de forma intercultural, é necessário promover uma interpretação que internalize as premissas indígenas sobre os conceitos embutidos no texto constitucional.

O entendimento adotado pela Corte IDH exerceu forte influência sobre outras cortes. Na América Latina, a Corte Constitucional colombiana já enfrenta o tema pelo menos desde 1993⁶⁴², e vem dialogando com a jurisprudência interamericana na construção de soluções de conflitos, notadamente quanto à obrigatoriedade de realização de consulta prévia. Há também uma preocupação com o procedimento de delimitação e demarcação de territórios, exigindo-se uma postura estatal que supra a falta de proteção efetiva⁶⁴³.

As decisões da Corte IDH transcenderam o continente e influenciaram o posicionamento da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte ADHP). A primeira vem há mais tempo garantindo os direitos territoriais indígenas, e tem enfatizado dois aspectos principais: i) a interpretação abrangente do termo “povos” contido na Carta Africana, que contempla setores minoritários da população, independentemente da posição específica do grupo, em oposição à noção tradicional de povo como elemento formador e homogeneizador do Estado; ii) a correlação entre o direito de propriedade e os direitos à existência, à autodeterminação (art. 20), aos recursos naturais (art. 21) e ao desenvolvimento (art. 22)⁶⁴⁴.

No caso *Ogoni v. Nigeria*⁶⁴⁵, a Comissão analisou a violação de diversos direitos do povo *Ogoni* decorrente dos impactos causados pela exploração de petróleo em seu território⁶⁴⁶

⁶⁴² Na sentença T-188/93, a Corte já afirmava que o direito de propriedade coletiva decorre de uma relação especial das comunidades indígenas com os territórios que ocupam, pois trata-se de um elemento integrante da cosmovisão e da religiosidade desses povos. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-188/93.

⁶⁴³ A Corte colombiana preocupa-se com a adoção dos nortes interpretativos da Convenção nº 169/OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Há um constante diálogo com essas normas e com a jurisprudência interamericana. Existe, ademais, uma preocupação com a historicidade dos conflitos para assegurar os direitos indígenas no presente. Revisitam-se os institutos de modo evitar o tratamento da espoliação como um fato consumado. Este aspecto é essencial para a apropriação de institutos e permitir que eles, ainda que tenham sido pensados no passado como restritivos da autonomia indígena, possam ser repensados e combinados com novas perspectivas. Veja-se: Corte Constitucional da Colômbia. Sentencias T-433/2001, T-379/2014, T-247/2015 e T-530/2016.

⁶⁴⁴ Nesse sentido, veja-se: PENTASSUGLIA, Gaetano. Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights. *The European Journal of International Law*, Vol. 22, nº 1., Fev. 2011, p. 185.

⁶⁴⁵ Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*. A. Comm. No. 155/96, 2001.

⁶⁴⁶ A exploração petrolífera causou contaminação da água, do solo e do ar, bem como deixou exposta a população e a natureza diversas substâncias contaminantes, que já haviam causado a morte de organismos aquáticos e deixado a terra infértil. Segundo a Comissão, o governo da Nigéria contribuiu para a ocorrência desses problemas ao não monitorar nem promover a regulação da atividade das empresas. Além disso, respondeu às mobilizações sociais com repressão brutal, com ataques das forças de segurança, mediante incêndios e destruições, às vilas *Ogoni*.

e pela repressão violenta do governo nigeriano à resistência da comunidade, que causou a destruição de casas dos membros do grupo. Procedeu-se a uma leitura combinada dos artigos 14 (direito de propriedade), 16 (direito à saúde) e 18 (direito à família) da Carta Africana com tratados internacionais subscritos pela Nigéria, como o PIDCP e o PIDESC. A comissão ressaltou que o direito de propriedade não significa apenas o direito de ter acesso a uma propriedade ou que ela não seja invadida, mas também o direito a uma posse que não seja perturbada, bem como ao uso e controle dela. Sublinhou-se que os direitos de propriedade incluem os recursos econômicos e os direitos sobre a terra comum.

No caso *Enderois*⁶⁴⁷, analisado em 2009, a Comissão procedeu a uma análise mais profunda dos direitos territoriais. A comunidade *Enderois* vive no Quênia e alegava a ocorrência de deslocamentos internos de suas terras ancestrais, em razão da criação de uma reserva ambiental. A comissão frisou que os povos indígenas se tornaram marginalizados em seus próprios países e necessitam de reconhecimento e proteção em relação a direitos humanos básicos e liberdades fundamentais⁶⁴⁸. Merecem, pois, o tratamento que a Carta ofereceu aos povos, cujo sentido é o de coletividade, que envolve tradição histórica comum, identidade étnica ou racial, homogeneidade cultural, unidade linguística, afinidades ideológicas e religiosas, conexão territorial e vida econômica comum.

Ao analisar a incidência do art. 14 da Carta, que trata do direito de propriedade, a Comissão entendeu que as minorias que enfrentam a perda da posse de suas terras necessitam de medidas especiais para garantir sua sobrevivência de acordo com suas tradições e costumes. O primeiro passo é o reconhecimento de que os direitos, interesses e benefícios de tais comunidades em suas terras tradicionais constituem “propriedade”, nos termos da carta, e que medidas especiais devem ser tomadas para assegurar o direito⁶⁴⁹.

Em diálogo com decisões proferidas pela Corte IDH no tema, a Comissão ressaltou o dever do Estado de não apenas respeitar o direito de propriedade, mas também de protegê-lo.

⁶⁴⁷ Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya.

⁶⁴⁸ “148. The African Commission, nevertheless, notes that while the terms ‘peoples’ and ‘indigenous community’ arouse emotive debates, some marginalised and vulnerable groups in Africa are suffering from particular problems. It is aware that many of these groups have not been accommodated by dominating development paradigms and in many cases they are being victimised by mainstream development policies and thinking and their basic human rights violated. The African Commission is also aware that indigenous peoples have, due to past and ongoing processes, become marginalised in their own country and they need recognition and protection of their basic human rights and fundamental freedoms.” Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya, § 148.

⁶⁴⁹ “(...) The African Commission is of the view that the first step in the protection of traditional African communities is the acknowledgement that the rights, interests and benefits of such communities in their traditional lands constitute ‘property’ under the Charter and that special measures may have to be taken to secure such ‘property rights’.” *Ibid*, § 187.

A Comissão afirmou ainda que houve a violação de direitos culturais previstos na carta (art. 17.2 e 17.3), e ressaltou que o Estado tem o dever de adotar medidas positivas para proteger grupos e comunidades como os *Enderois*, além de promover os direitos culturais, inclusive mediante a criação de oportunidades, políticas, instituições ou outros mecanismos que permitam a grupos com diferentes culturas e modos de vida que existam e se desenvolvam. Tais desafios compreendem o enfrentamento a violações como exclusão, exploração, discriminação, pobreza extrema, deslocamento dos territórios tradicionais, privação de meios de subsistência, falta de participação nas decisões que afetam as vidas das comunidades e assimilações forçadas.

Por fim, a Comissão ressaltou o direito ao uso de recursos naturais (art. 21 da Carta) e ao desenvolvimento, ante os interesses econômicos na exploração do minério rubi na região. Discordou da perspectiva limitada da Corte Interamericana e entendeu que, embora a comunidade *Endorois* não possuísse um vínculo específico com o recurso (rubi), tem o direito de dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, cabendo ao Estado realizar a consulta prévia, livre e informada. Sobre o direito ao desenvolvimento, a comissão ressaltou que se trata de um direito constitutivo e instrumental. Note-se que a Comissão adotou tais entendimentos apesar de o Quênia não ter assinado a Convenção nº 169/OIT nem a DNUPI.

A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte ADHP) proferiu pela primeira vez uma decisão sobre direitos territoriais indígenas em 2017, ao tratar do povo *Ogiek*, que também vive no Quênia⁶⁵⁰. Como se descreveu no capítulo 2⁶⁵¹, a Corte adotou, em linhas gerais, posição bastante semelhante à da Comissão. No caso, o povo *Ogiek* estava privado do acesso a seu território, situado no Complexo *Mau Forest*, devido a processos de desterritorialização e assimilações forçadas que lhe causaram a marginalização persistente, com fortes impactos na sua organização.

A Corte ADHP interpretou o direito de propriedade previsto na Carta Africana⁶⁵² de maneira extensiva a grupos ou comunidades, utilizando-se do art. 26.2 da DNUPI e realçando poderes que vão além do direito de usar, fruir e dispor para abranger o controle e o desenvolvimento de terras e recursos que possuem⁶⁵³. Além de ressaltar a proibição da

⁶⁵⁰ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017.

⁶⁵¹ Nesse sentido, veja-se o item 2.4.2 (O papel das Cortes: historicidade, lutas políticas e interculturalidade em disputa).

⁶⁵² O art. 14 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos prevê o direito de propriedade: "O direito de propriedade é garantido, só podendo ser afetado por necessidade pública ou no interesse geral da coletividade, em conformidade com as disposições de normas legais apropriadas" (tradução livre).

⁶⁵³ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 123.

discriminação e enfatizar uma compreensão do termo “povos” que abrange grupos étnicos⁶⁵⁴, a Corte constatou a violação da liberdade religiosa, tendo em vista o caráter sagrado da floresta para os *Ogiek*, onde tinham a prática de enterrar os seus entes queridos. Assim, qualquer impedimento de acesso à *Mau Forest* representaria uma interferência injustificável na realização de rituais religiosos⁶⁵⁵. Outro aspecto ressaltado foi o direito à cultura, cuja dimensão dual pressupõe a proteção da participação individual na vida da comunidade e a obrigação do Estado de proteger valores tradicionais do grupo. Em diálogo com entendimentos do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, a Corte reconheceu que o direito à cultura engloba o direito às terras, tendo em vista os impactos na distintividade do grupo causados por políticas deliberadas de exclusão e formas de perseguição⁶⁵⁶. No que tange ao direito ao desenvolvimento, a Corte fez uma leitura do art. 22 da Carta⁶⁵⁷ que o associa à ideia de autonomia para desenvolver prioridades e estratégias quanto à saúde, à moradia e a programas sociais que os afetam e, sempre que possível, administrá-los⁶⁵⁸.

O grande mérito das decisões da Comissão e da Corte africanas reside no fato de elas terem se concentrado na interpretação dos preceitos existentes na Carta Africana e no diálogo com a jurisprudência internacional, pouco tendo se valido dos instrumentos internacionais especializados, como a Convenção nº 169/OIT e a DNUPI. Não se nega, obviamente, valor a tratados e declarações que tratem especificamente de povos indígenas, uma vez que eles registram as expectativas dos grupos e estabelecem vetores para orientar a interpretação dos ordenamentos nacionais. Contudo, é necessário reconhecer que os direitos territoriais indígenas não existem por causa desses instrumentos; ao contrário, tais instrumentos explicitam e especificam anseios, mas os direitos devem ser assegurados independentemente disso; os tratados em questão facilitam, em verdade, uma leitura atualizada e múltipla do ordenamento. Desse modo, é viável a construção de interpretações interculturais dos textos existentes, de forma evolutiva, alcançando grupos que não se consideram albergados pelas

⁶⁵⁴ *Ibid*, §201.

⁶⁵⁵ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 169.

⁶⁵⁶ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 180.

⁶⁵⁷ “Art. 22 (...) 1. All peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind. 2. States shall have the duty, individually or collectively, to ensure the exercise of the right to development”.

⁶⁵⁸ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 209.

concepções hegemônicas e afastando a tendência conservadora de compartimentalização dos direitos territoriais em normas específicas, como se estas fossem paralelas ou alheias ao discurso universal de direitos humanos⁶⁵⁹.

Por conseguinte, a abertura interpretativa propicia a internalização das perspectivas indígenas e o preenchimento das incompletudes dos textos das Constituições e dos documentos internacionais. A implementação de direitos fundamentais dos povos indígenas não pode prescindir de uma abordagem holística e intercultural, que afaste um tratamento segmentado, fazendo o tema avançar sobre institutos tradicionais de todos os ramos do direito. Em outras palavras, faz-se necessário pulverizar a interpretação da legislação e dos institutos existentes com um enfoque intercultural. Nisso reside o êxito das cortes analisadas, pois colocam a questão das propriedades em um universo abrangente, ocupando as brechas da colonialidade.

5.1.3 Os direitos territoriais indígenas como propriedades

Considerando a premissa da existência da multiplicidade de propriedades e o raciocínio adotado pela Corte IDH e pela Corte ADHP em favor de um diálogo intercultural efetivo, na esteira do que se propôs no capítulo 2⁶⁶⁰, é necessário buscar mecanismos que, no tratamento das propriedades, rompam com uma lógica hierarquizante e assegurem que a Constituição de 1988 contemple distintas perspectivas e cosmovisões. No caso dos direitos territoriais indígenas, a existência de um dispositivo específico sobre “terras indígenas” é importante, mas não exclui a possibilidade do seu tratamento como propriedades, em atenção à premissa de que os conceitos e institutos clássicos não devem servir unicamente à descrição de concepções hegemônicas.

Este trabalho propõe que os institutos previstos na Constituição, sobretudo aqueles cujas características implicam repercussões específicas sobre grupos étnicos minoritários, devem ser encarados de forma abrangente, sob diversas óticas. Uma interpretação intercultural deve recusar um modelo meramente patrimonial de propriedade e incorporar noções plurais ao âmbito de proteção desse direito fundamental⁶⁶¹, indo além dos

⁶⁵⁹ Cf. PENTASSUGLIA, Gaetano. Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights. *The European Journal of International Law*, Vol. 22, nº 1., Fev. 2011, p. 189-190.

⁶⁶⁰ Nesse sentido, veja-se *item 2.4.2* (O papel das Cortes: historicidade, lutas políticas e interculturalidade em disputa).

⁶⁶¹ A fim de permitir uma melhor compreensão das ideias que serão desenvolvidas, adianta-se que a teoria de direitos fundamentais adotada no presente trabalho é a teoria externa, segundo a qual a determinação das

enquadramentos dos regimes civilista e administrativista e da simplificação de definições como propriedade privada/pública⁶⁶².

A Constituição de 1988 prevê o direito fundamental de propriedade no art. 5º, XXII. A propriedade recebe o tratamento de garantia institucional⁶⁶³, o que significa que ela goza de uma proteção como realidade social objetiva, independentemente da existência de um direito subjetivo atribuído a uma pessoa⁶⁶⁴. A garantia institucional não corresponde exatamente ao direito subjetivo fundamental, mas a algo externo e simultâneo a ele: ao mesmo tempo em que pode haver um direito subjetivo, no caso concreto, de alguém à propriedade, subsiste a propriedade como instituição⁶⁶⁵. Dessa forma, a garantia possui um conteúdo racional que serve de parâmetro à conformação do direito fundamental de propriedade pelo legislador.

Some-se a isso a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que enseja o tratamento dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, que atuam como limite do poder e diretriz para a sua ação⁶⁶⁶. Dessa forma, a Constituição contém um sistema de valores que irradiam para todo o ordenamento, impactando na configuração dos direitos subjetivos individuais e no dever de proteção pelo Estado contra violações por entes públicos ou particulares.

situações abrangidas por um direito fundamental compreende duas etapas. Na primeira etapa, identifica-se o seu conteúdo, delimitando os contornos máximos de sua esfera de proteção. Na segunda, são definidos os limites externos, decorrentes da necessidade de conciliação com outros direitos e bens de estatura constitucional, que podem restringi-lo. A segunda etapa consolida o contorno definitivo do direito no caso concreto, que depende de um raciocínio ponderativo, com base no princípio da proporcionalidade. A legitimidade constitucional da ponderação poderá ser objeto de contestação. Sobre o tema, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo III.

⁶⁶² Em relação às comunidades quilombolas, o reconhecimento constitucional às propriedades foi expresso, conforme dispõe o art. 68 do ADCT: Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. No caso dos povos indígenas, dada a pressão de setores contrários à titulação de terras indígenas em áreas de fronteira, optou-se pela manutenção no texto do regime já previsto na Constituição de 1967, que menciona as terras indígenas como bens da União. Essa previsão, contudo, não é um obstáculo intransponível para o reconhecimento da propriedade indígena.

⁶⁶³ Este conceito foi sistematizado pelos teóricos que se debruçaram sobre a Constituição de Weimar e compreende instituições (de direito público) ou institutos (de direito privado), com o fim de manter os núcleos essenciais de certos complexos normativos, como propriedade, matrimônio, sucessão, funcionalismo público e autonomia municipal, mantendo-os fora da atuação interventiva do legislador. Cf. ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. Kindle edition. Pos. 4155.

⁶⁶⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, p. 397-398.

⁶⁶⁵ *Ibid*, p. 1170-1171.

⁶⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 266.

Por conseguinte, o âmbito de proteção do direito de propriedade, que corresponde aos bens protegidos pela norma - atos, fatos, estados ou posições jurídicas⁶⁶⁷ -, possui caráter marcadamente normativo. O legislador detém alguma liberdade de conformação para permitir a assimilação de certas práticas e de redefinição do instituto ao longo de um determinado processo histórico, mas não pode contrariar a garantia institucional⁶⁶⁸. Assim, de um lado, a regulação legal delinea os contornos do direito; de outro, a garantia institucional impõe um limite à própria ação legislativa, que não pode suprimir a garantia.

Ao conferir conteúdo ao direito, a conformação pode acarretar uma restrição indevida a aspectos definidores da garantia⁶⁶⁹, pois sempre haverá uma linha tênue que a separa da possibilidade de restrição do direito fundamental⁶⁷⁰. Para impedir o esvaziamento do direito, é indispensável proteger o seu núcleo essencial, que funciona como uma barreira à limitação promovida pela conformação⁶⁷¹. Nesse contexto, a garantia institucional, via núcleo essencial, projeta-se como um limite às limitações (“limite dos limites”) que o legislador eventualmente tente realizar⁶⁷², de modo a afastar supressões indevidas⁶⁷³. O estabelecimento do núcleo essencial, porém, não é algo simples, e há inúmeras teorias sobre o tema, sobre a qual este trabalho não discorrerá, porém é importante ressaltar que a definição dos contornos do direito de propriedade é especialmente dependente da elaboração legislativa e que há um papel decisivo do princípio da proporcionalidade na definição concreta da integridade do núcleo essencial⁶⁷⁴.

⁶⁶⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 72.

⁶⁶⁸ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. Kindle edition. Pos. 3636.

⁶⁶⁹ Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

⁶⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 337.

⁶⁷¹ Cf. SARLET, IngoWolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 413.

⁶⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439.

⁶⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 539.

⁶⁷⁴ Embora não tenha sido expressamente prevista na Constituição brasileira, a ideia de um núcleo essencial é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. Sobre o seu conteúdo, há dois pares de teorias: as teorias absoluta e relativa (que tratam do valor da proteção) e as teorias objetiva e subjetiva (que tratam do objeto da proteção). A teoria absoluta propõe um reduto inexpugnável do direito fundamental, que não pode ser restringido em hipótese alguma, ao passo que a teoria relativa subordina a definição do núcleo essencial a uma ponderação, o que o torna dinâmico e móvel. Esta última é a posição adotada neste trabalho. A teoria subjetiva propõe que o núcleo essencial resguarda a posição do titular específico do direito afetado por uma medida restritiva, ao passo que a teoria objetiva defende que o objeto da proteção é a garantia geral e abstrata

A identificação dos limites à atuação legislativa deve buscar fundamentos não apenas em fatores que estão dentro do ordenamento, mas também naqueles que estão racionalmente fora, conforme a trajetória do instituto e a definição conceitual, que se busca argumentativamente. No caso da propriedade, é recorrente buscar a conformação no direito privado, o que remete aos esforços do direito civil em conceituar o instituto. Todavia, diante da necessidade de atualização permanente de certos direitos à recepção constitucional de transformações sociais, as tensões referentes ao instituto devem repercutir na sua conformação. É nesse cenário que se insere a necessidade de ampliação dos nortes interpretativos, de forma a entender as múltiplas formas de pensar a propriedade e as múltiplas propriedades, tendo em vista as realidades abordadas nos tópicos anteriores e a interação entre os diversos ramos do direito.

Em uma perspectiva intercultural, a conformação do âmbito de proteção do direito de propriedade deve contemplar, além da propriedade privada, os direitos territoriais indígenas. Neste caso específico, a conformação é realizada pela própria Constituição, que estabeleceu no art. 231 os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (*caput*), cuja caracterização envolve aspectos relacionados ao espaço concreto e à dimensão simbólica da identidade, conforme usos, costumes e tradições dos grupos (art. 231, § 1º). Em adição, a Convenção nº 169/OIT estabelece textualmente que as relações desses povos com as terras e territórios têm uma importância especial (art. 13.1), por abrangerem a totalidade do *habitat* das regiões que ocupam ou utilizam (art. 13.2), cabendo ao Estado brasileiro o dever de reconhecer os direitos de propriedade e a posse sobre eles (art. 14.1).

Desse modo, pode-se dizer que o fundamento constitucional da proteção às terras indígenas é conferido pelo art. 5º, XXII e pelo art. 231, em conjunto. O primeiro artigo assegura o direito fundamental de propriedade e viabiliza a proteção territorial em diálogo com as diversas propriedades existentes. Já o segundo artigo descreve os direitos territoriais indígenas, que são uma posição jurídica que está inserida no âmbito de proteção do primeiro artigo e devem ser tratados em pé de igualdade com a propriedade privada e outras propriedades. As terras tradicionalmente ocupadas conferem conteúdo à propriedade indígena, baseada na relação especial que os índios estabelecem com os seus territórios, mediante a manutenção de vínculos com a terra que compreendem dimensões simbólicas, econômicas, naturais e políticas, indo muito além dos clássicos poderes de usar, fruir e dispor. Trata-se de um território tal como pensado pelos índios, segundo seus usos, costumes e tradições.

do direito, levando em conta a totalidade dos titulares. Sobre o tema, veja-se: SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 136-139.

Assim, há um direito fundamental territorial indígena *prima facie* que decorre da perspectiva indígena. No caso, a propriedade é definida pela valorização de saberes e sentidos em torno do território, que incluem a filosofia e a antropologia indígenas, as memórias orais, os cantos, as danças, as festas e tradições como formas de demonstração de vínculos. Esta relação com o território, com ou sem presença efetiva nele, é suficiente para assegurar a propriedade indígena, em consonância com o entendimento da Corte IDH no caso *Yakye Axa*. Além disso, a propriedade indígena é garantida independentemente da existência de registro, não dependendo de qualquer formalização para receber o tratamento equivalente ao de uma propriedade privada - nem mesmo da presença atual na terra.

A propriedade indígena contempla direitos de defesa e direitos a prestações. Os direitos de defesa consistem na impossibilidade de intervenção não constitucionalmente fundamentada sobre o direito, atingindo não apenas o Estado, mas também particulares, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Já a dimensão prestacional impõe ações estatais que fomentem a realização desse direito, o que se dá precipuamente pela demarcação, mas também por medidas que protejam a propriedade indígena contra terceiros a qualquer tempo. Na demarcação, a intervenção estatal é uma ação que densifica o direito, por meio da identificação e delimitação formais dos territórios.

A dimensão de defesa pressupõe, em regra, a prévia ocupação tradicional do território, mas pode ser também cogitada a invocação do direito territorial contra investidas de particulares e do Estado em uma área que os indígenas identificam como um território, ainda que não ocupem ou exerçam algum controle sobre ela. Por exemplo, imagine-se um empreendimento em território indígena – ainda não controlado ou ocupado – que cause impactos ambientais ou a extração de recursos sem qualquer tipo de consulta. Já a dimensão prestacional pode ser acionada em situações de existência ou não de ocupação, tanto em favor da demarcação quanto para assegurar a proteção da propriedade indígena contra terceiros. A omissão estatal, em ambos os casos, acarreta uma proteção insuficiente da propriedade indígena e viabiliza o acionamento judicial pelos indígenas.

Deve-se acrescentar também a existência de uma dimensão organizacional e procedimental dessa propriedade. A efetivação dos direitos territoriais indígenas depende de mecanismos que possam concretamente converter o texto constitucional em realidade. Sem a adoção de determinados procedimentos e organizações, os direitos “materiais” dificilmente sairão do papel, razão pela qual os aspectos procedimentais gozam de especial relevância e caráter jusfundamental⁶⁷⁵. As perspectivas organizacional e procedimental estão relacionadas

⁶⁷⁵ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 338.

com os deveres do proteção do Estado, já que se conectam à criação e estruturação de órgãos responsáveis pela demarcação de terras indígenas, com recursos adequados e suficientes, a adoção de procedimentos de identificação e delimitação e o estabelecimento de regras e mecanismos administrativos e judiciais que afastem qualquer violação ao direito.

O dever estatal de demarcar consiste em estabelecer formalmente o regime jurídico da terra indígena e adotar os atos materiais necessários à sua consolidação, a partir da compreensão de território interpretada pelos indígenas. O território a ser demarcado estabelece o direito fundamental definitivo para o caso concreto, que deve se aproximar ao máximo da propriedade indígena *prima facie*. Esta constatação não é arbitrária, pois decorre do próprio texto constitucional, mais especificamente da regra de precedência da terra indígena sobre outras propriedades que está contida no art. 231, § 6º, cujo teor prevê a nulidade, a extinção e a ausência de produção de qualquer efeito jurídico de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. A regra constitucional sopesou as propriedades existentes e estabeleceu a prevalência da propriedade indígena sobre as demais, acarretando a nulidade ou não produção de efeitos dos títulos e o pagamento de indenização em determinadas circunstâncias.

Pode-se dizer que a Constituição contém uma restrição constitucional direta⁶⁷⁶ do direito de propriedade privada dos particulares em favor do direito territorial indígena. Trata-se de uma regra constitucionalmente fundamentada que implica, em uma situação concreta, a restrição total de um direito. Esse fenômeno não é estranho a outros direitos fundamentais, e há outros casos em que o conteúdo de certos direitos desaparece por completo quando em confronto com outros bens constitucionalmente protegidos ou direitos fundamentais. Como exemplo, Virgílio Afonso da Silva cita o direito fundamental de intimidade em relação à quebra do sigilo telefônico e à interceptação telefônica, a liberdade de imprensa em decorrência da proibição de publicação de um determinado programa de televisão, a liberdade de locomoção diante de uma pena de reclusão e, com ainda maior clareza, a propriedade em relação à desapropriação⁶⁷⁷, que mais se assemelha ao presente caso. O sopesamento que a

⁶⁷⁶ Restrições diretamente constitucionais são aquelas que decorrem, de forma implícita ou explícita, de normas com hierarquia constitucional. Nesse sentido, veja-se: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo III.

⁶⁷⁷ Além das hipóteses ordinárias de desapropriação (utilidade pública e interesse social), o não cumprimento da função social da propriedade urbana ou rural acarreta a chamada desapropriação-sanção, implicando a perda da propriedade privada em favor da concretização de outros bens constitucionalmente protegidos (reformas urbana e agrária). Sobre a restrição total de direitos fundamentais, veja-se: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 198.

Constituição realiza entre as propriedades privada e indígenas é o mesmo que concretamente ocorre com outros direitos fundamentais⁶⁷⁸.

No caso, a restrição intensa ao direito de propriedade privada acarreta uma compensação. O regime de compensação adotado em razão da perda da propriedade privada é menos benéfico ao particular do que em outras situações, como no caso da desapropriação para fins de reforma agrária. Trata-se de uma medida emanada pelo poder constituinte originário que é plenamente justificada, pois indica, como resposta à dívida histórica com esses povos e à desvantagem sistemática que vivenciam no presente⁶⁷⁹, um programa que combina medidas de reconhecimento e redistribuição, baseadas na concretização do princípio da igualdade e na consolidação de objetivos enumerados pela Constituição.

Apesar da normativa constitucional, há um dado da realidade que não pode ser desconsiderado: a terra indígena demarcada nem sempre corresponde exatamente à terra indígena constitucional (território sob a perspectiva indígena/ propriedade indígena *prima facie*) -, pois a definição concreta no processo demarcatório resulta de uma série de fatores envolvidos na atuação administrativa e nos embates políticos e conflitos de interesse subjacentes. Nesse cenário, o direito definitivo que esteja distanciado do direito *prima facie* indica uma forte presunção de violação do direito fundamental em questão. A proteção insuficiente pode gerar conflitos e pedidos de novas identificações dos territórios, os quais geralmente questionam o tamanho reduzido das terras demarcadas, e em alguns casos cobram atualizações da dinâmica das territorialidades indígenas e de suas interações no caso concreto⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ A própria Constituição estabeleceu, no art. 243, restrição ainda mais gravosa (expropriação, sem pagamento de indenização) à propriedade em caso de cultivo de culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou exploração do trabalho escravo: “Art. 243 As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”.

⁶⁷⁹ A desvantagem sistemática fundamenta a diretriz que será abordada no próximo tópico.

⁶⁸⁰ É importante destacar que a demarcação não é exclusivamente um procedimento técnico, de características físicas ou topográficas, pois ela envolve diversos aspectos que não são indiscutíveis ou palpáveis, tratando de crenças, direitos e costumes. Dessa forma, a pretensão naturalizante ou objetivamente neutra desse processo não é plausível, e há a necessidade de um protagonismo indígena no acompanhamento dos trabalhos. Embora a demarcação envolva um saber técnico, o que demonstra a exigência da capacidade institucional do Poder Executivo, a participação política ativa dos indígenas permite melhor identificar os bens jurídicos contrapostos e as necessidades existentes, de modo a garantir a definição da parcela ou totalidade do território que será abrigada na terra indígena demarcada. Esses aspectos mostram o equívoco da decisão do STF que tentou tratar as definições de um processo de demarcação como coisa julgada administrativa, já que a dinâmica das territorialidades envolve múltiplos aspectos, nem sempre observados. Cf. OLIVEIRA, João Pacheco de; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Demarcación y reafirmación étnica: una etnografía de la agencia indigenista. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil*. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 57.

Nessas situações em que a “terra indígena demarcada” não responde adequadamente ao direito fundamental ao território, há uma violação que deve ser controlada, em âmbito administrativo (revisão de demarcação) ou judicial. A aplicação do princípio da proporcionalidade é uma ferramenta importante para permitir a máxima aproximação do direito definitivo à perspectiva indígena (*prima facie*), atrelada à valorização do território enquanto espaço do exercício do direito à vida e liberdades existenciais, segundo as cosmovisões indígenas, em detrimento de um caráter meramente patrimonial da propriedade privada. Não é aplicável, pois, a ideia de coisa julgada administrativa que o STF adotou no caso Raposa Serra do Sol, uma vez que a conclusão administrativa pode estabelecer um âmbito de proteção definitivo à terra indígena que é restrito, inviabilizando a implementação do direito fundamental em questão.

A despeito das diferenças entre a “terra indígena constitucional” e a “terra indígena demarcada”, bem como das violações e contestações que podem cercar esta última, a atuação estatal confere estabilidade aos territórios e materializa a tradução intercultural. Como já se afirmou no capítulo 2, a tradução intercultural consiste no favorecimento de uma inteligibilidade recíproca entre as diversas experiências de mundo, de forma a colocar em evidência as diversas epistemologias do sul, tanto as disponíveis como as potenciais. Incumbe ao Estado absorver o papel de tradutor intercultural e mediar as idiossincrasias das propriedades privadas e públicas, de um lado, e indígenas, de outro, por meio do processo demarcatório. A demarcação administrativa estabiliza os direitos territoriais indígenas perante os não índios e impede que terceiros efetuem registros sobre áreas demarcadas ou iniciem novos processos espoliatórios.

Eventual contestação do proprietário privado quanto à postura dos anteriores titulares ou de um ente da federação que lhe tenha concedido título sobre a terra, sob o fundamento da proteção da confiança, é possível, dentro das regras da responsabilidade civil, mas deve ser feita em outras vias, sem perturbar o deslinde do processo demarcatório. Afinal, a Constituição deixa claro que a terra pertence aos indígenas, por meio de uma regra que não pode ser invalidada pela legislação infraconstitucional⁶⁸¹, e qualquer contestação do gênero pode importar tão somente reparações que não se confundem com a restituição da propriedade, sem afetar o resultado do processo de demarcação. O art. 62, § 2º, do Estatuto do

⁶⁸¹ Como afirma Alexy, um conflito entre regras pode ser solucionado se for introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Deve ser observada, porém, a hierarquia normativa. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

Índio está alinhado com essa previsão constitucional, ao afastar direito a ação ou indenização em face da União em razão da realização do processo demarcatório⁶⁸².

Nesse passo, a atuação estatal consagra a segurança jurídica em favor da convivência entre propriedades. Trata-se, no caso, de uma segurança não seletiva, pois resguarda simultaneamente os territórios indígenas e as propriedades confrontantes de não índios, além de assegurar a compensação em favor dos ocupantes de boa-fé. A tentativa de situar a propriedade privada em um patamar especial de segurança jurídica, chancelada pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, carece de justificção plausível, pois a Constituição não adotou uma concepção substantiva de Estado de Direito que repouse naquele instituto ou nas regras do mercado⁶⁸³. Ao contrário, ela agregou a uma visão formal de Estado de Direito⁶⁸⁴ a qualificação “democrático” e conferiu destaque a princípios como a soberania popular, o pluralismo e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, constantes de seus fundamentos e objetivos⁶⁸⁵. Há uma constelação de ideais que dominam a moralidade política, entre os quais se incluem a democracia, os direitos humanos e a liberdade econômica⁶⁸⁶. Eles demonstram que a propriedade privada não é a base única do Estado de Direito, embora faça

⁶⁸² Art. 62, § 2º. Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas consequências econômicas.

⁶⁸³ Em Hayek, há uma preocupação com o papel coercitivo do Estado e os impactos na eficiência econômica do mercado. Como a intervenção estatal perturba a previsibilidade do indivíduo na elaboração de seus planos particulares, o campo legislativo deve conter apenas normas gerais, sem atingir indivíduos específicos. Sobre a propriedade, Hayek afirma que ela não é um privilégio, pois não foi reservada a membros de uma classe específica, como fora com a nobreza no passado. Se todos podem adquiri-la segundo as mesmas normas, o simples fato de alguns conseguirem adquiri-la - e outros não - não a transforma em um privilégio (HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. 6ª ed. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 89-101). Um exemplo da visão que atrela o Estado de Direito à defesa da propriedade privada são os indicadores que o Banco Mundial estabelece sobre países mais atraentes a investidores estrangeiros, que analisa o grau de proteção conferido pela legislação e por instituições locais. (Cf. CAROTHERS, Thomas. Rule of Law Temptations. *The Fletcher Forum of World Affairs*. Vol. 33, No. 1, 2009, p. 49-61).

⁶⁸⁴ A visão formal enseja o estabelecimento de alguns princípios. As leis devem ser prospectivas, abertas e claras. Devem ser estáveis e não podem ser alteradas com frequência, permitindo que as pessoas guiem suas decisões por um longo prazo. A previsão de ordens e normas particulares deve seguir as diretrizes de regras gerais claras. A independência do Judiciário deve ser garantida, por meio de regras claras sobre a escolha de juízes e fixações de salários que garantam que estes sejam livres de pressão. Além disso, as cortes devem ouvir as pessoas, ter poderes de revisão e ser acessíveis. Os órgãos que atuam na prevenção criminal devem ter uma atuação discreta, de modo a não atuar de forma abusiva. A lista é incompleta, e outros princípios podem ser acrescentados, podendo haver justificativas mais amplas dos que já foram apresentados. Cf. RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 216-219.

⁶⁸⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119-120.

⁶⁸⁶ A imagem é de Jeremy Waldron. Cf. WALDRON, Jeremy. The Hamlyn Lectures 2011: The Rule of Law and the Measure of Property. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 291, 2011, p. 5.

parte, juntamente com outros direitos fundamentais e propriedades, desse conjunto de ideais que abrangem o Estado Democrático de Direito.

O tratamento jurídico dos direitos territoriais indígenas como propriedades produz repercussões em outros dispositivos constitucionais, como na previsão de que as terras tradicionalmente ocupadas são bens da União (art. 21, XI), na caracterização do “usufruto constitucional exclusivo” (art. 231, § 1º) e nas intervenções estatais em terras indígenas (art. 231, § 3º e § 5º).

Quanto à previsão do art. 20, XI, segundo o qual as terras tradicionalmente ocupadas são bens da União, a interpretação corrente leva em conta as tradicionais classificações sobre bens públicos, de viés subjetivo (civilista) ou funcionalista (administrativista)⁶⁸⁷. A visão subjetiva impõe a caracterização da propriedade da União pelo simples fato de ser atribuída expressamente àquele ente, o que faz perdurar a titularidade independentemente do abandono da área pelos indígenas, ao passo que a visão funcionalista enfatiza a finalidade e a utilidade do bem para a coletividade, tratando a questão pela lógica da afetação. O STF acolheu as duas concepções ao definir a propriedade como vinculada ou reservada, pois realça, de um lado, a previsão da titularidade pelo ente, que não se perde em razão do abandono da área pelos indígenas, e enfatiza, de outro, a razão da destinação específica conferida pela Constituição. Este entendimento, contudo, faz pairar o regime tutelar sobre o exercício dos direitos territoriais indígenas, sujeitando-os ao risco de restrições permanentes.

Uma interpretação intercultural não deve negligenciar a literalidade do texto, já que esta é a ponta de um *iceberg* no processo interpretativo⁶⁸⁸. Não obstante, é possível depreender que o entendimento sobre a expressão “bem da União” deve harmonizar-se com o reconhecimento das propriedades indígenas. A visão corrente busca enquadrar as terras indígenas em uma das classificações de bens já existentes no Código Civil⁶⁸⁹, porém a questão

⁶⁸⁷ Conforme afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, os bens públicos são tradicionalmente classificados pela doutrina em razão de uma concepção subjetiva, mais civilista, que leva em conta a titularidade ou domínio sobre um bem, ou de uma razão funcional, atrelada à finalidade pública que será adotada em relação a determinado bem. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: Função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 102.

⁶⁸⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

⁶⁸⁹ O Código Civil, em seu art. 99, diferencia os bens públicos em bens de uso comum do povo, especiais ou dominicais. Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro, embora não se enquadrem claramente em nenhuma das categorias, as terras indígenas são bens especiais, pois são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis e estão afetadas a uma finalidade específica (PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 585). Contudo, as terras indígenas não possuem qualquer tipo de afetação a uma finalidade estatal ou pública, já que se trata de território destinado a um grupo étnico específico. A atuação estatal deve limitar-se a garantir os poderes da propriedade indígena. Já Fernando Tourinho propõe que a terra indígena seja considerada um bem dominical, pelo fato de ter sido incluída como bem da União, mas a classificação é igualmente inadequada, pois as terras indígenas não se incorporam, em momento algum, ao patrimônio estatal, exceto sob uma ótica cultural do Estado brasileiro (TOURINHO NETO, Fernando da

merece outros contornos, especialmente diante do fato de que o direito de propriedade indígena tem uma existência que independe do processo demarcatório, do registro e de eventual atuação estatal em sua proteção.

Como se viu, o reconhecimento da propriedade indígena prescinde da concretização da demarcação, mas esta é importante para garantir a convivência das propriedades. Em nome do Estado brasileiro, a União, como tradutora intercultural que tem um dever de proteção, intervém para assegurar estabilidade nas relações entre as propriedades existentes e realizar o processo de demarcação. Ao final deste processo, todas as relações entre propriedades são publicizadas e a terra indígena é registrada em nome da União. Tal registro atribui a titularidade à União por um motivo formal de publicização, que tem o fim de garantir um reforço de proteção à propriedade indígena contra terceiros, como se depreende da oração constante da parte final do art. 231, *caput*⁶⁹⁰: “competindo a ela demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Considerando tais aspectos, a atuação da União indica, em verdade, a criação de uma dupla proteção à propriedade indígena. A atuação deste ente é destinada a viabilizar o exercício do direito fundamental de propriedade indígena. Ressalte-se que a vinculação da União é formal e não implica, à luz da Constituição de 1988, qualquer dos poderes clássicos de usar, fruir e dispor em seu favor, tendo em vista que não há a autorização de exercício desses poderes, o que pode ser extraído da previsão constitucional que confere caráter exclusivo ao usufruto dos recursos naturais pelos indígenas. Pensar de outra forma a justificação da propriedade em nome da União legitimaria uma visão colonial e tutelar, que autoriza o Estado a definir unilateralmente os espaços indígenas e intervir a qualquer tempo na área da maneira que lhe aprouver para implantar empreendimentos, deslocar os indígenas de suas áreas e até descaracterizar as atividades do grupo. Esta visão assimilacionista foi equivocadamente adotada pelo STF no caso Raposa Serra do Sol quando estabeleceu as chamadas salvaguardas institucionais.

Desse modo, a previsão do art. 20, XI, não confere, pois, prerrogativas à União relativas ao exercício do direito de propriedade que sejam contrárias aos interesses indígenas. O desenho constitucional pressupõe a autonomia dos índios no exercício do direito territorial,

Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 9-44). Rechaçando a noção de “bem público”, Daniela Gomes propõe o tratamento como um bem híbrido, entre “a dicotomia bens públicos *versus* bens privados”, porém não propõe uma interpretação para a previsão constitucional expressa de que se trata de bem da União (GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao solo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 178).

⁶⁹⁰ O art. 231, *caput*, assim dispõe: “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”.

decorrente da propriedade indígena e do usufruto exclusivo, razão pela qual a atuação da União não se confunde com outros casos em que ela detém a propriedade pública, nos quais a sua intervenção é natural e plena. Em virtude dessa distinção, o raciocínio adotado pelo STF, no sentido de que a União pode livremente atuar em terras indígenas, não deve prosperar, pois qualquer atuação daquele ente sobre a terra indígena configura uma intervenção estatal que restringe o direito fundamental em questão, devendo submeter-se ao crivo da fundamentação constitucional e da legislação que demanda uma postura dialógica com os indígenas.

Diante dessas características da atuação da União em favor da propriedade indígena, que abrange a tradução intercultural por meio do registro e a conferência de publicidade à demarcação, a expressão “bem da União” mencionada no art. 20, XI deve ser entendida como bem cultural, relacionando o dispositivo à proteção do patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216⁶⁹¹. Há deveres de proteção por parte do Estado brasileiro, e a formalização da titularidade da terra indígena em nome da União atende à proteção do patrimônio cultural brasileiro e ao papel de tradutora intercultural, mas não há uma propriedade da União em um sentido que autorize o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade clássica. O papel da União é defender a propriedade indígena, em todos os seus âmbitos, em favor dos anseios dos próprios indígenas e contra terceiros, inclusive antes da demarcação, porquanto a previsão constitucional é totalmente direcionada à garantia de que esses espaços favoreçam os vínculos e as relações que os indígenas estabelecem com o território, não apenas sob uma perspectiva clássica de uso e fruição, mas também afinada com o desenvolvimento espiritual, cultural, político e simbólico dos grupos.

Definidos os contornos da propriedade indígena e do papel da União, a compreensão do chamado “usufruto exclusivo” precisa ser devidamente contextualizada. A Constituição assegura aos indígenas o “usufruto exclusivo” das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas. Isso não significa que os direitos territoriais indígenas se resumam ao instituto do usufruto, mas sim que este será exercido em relação às riquezas do solo, dos rios e dos lagos, como forma de exteriorização da propriedade indígena. Nesse ponto, a ênfase constitucional no adjetivo “exclusivo” demonstra a preocupação constitucional em garantir que tais riquezas sejam poderes atinentes unicamente à propriedade indígena, afastando a apropriação por particulares ou pela própria União. A solução da Constituição assemelha-se, portanto, à da Corte ADHP, no sentido de que a propriedade dos

⁶⁹¹ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

recursos naturais em terra indígena é ampla, não se limitando àqueles que estejam ligados à sobrevivência física e cultural do grupo, como defende a Corte IDH. O texto constitucional exclui, porém, o usufruto do subsolo, afastando-o do âmbito de proteção da propriedade indígena, na forma do art. 231, § 3º, que depende de lei ainda não elaborada.

Cabe observar, ainda, que o “usufruto constitucional exclusivo” não se resume ao “usar” e “fruir”, já que se abre as múltiplos anseios indígenas quanto às formas de lidar com o território e garante o exercício de direitos culturais, econômicos e sociais, abrangendo a reprodução social, cultural e espiritual da comunidade, o respeito à diversidade étnica, religiosa e cultural, a pluralidade socioambiental, econômica e cultural dessas comunidades. Todos esses poderes estão incluídos no usufruto exclusivo. Considerando esses fundamentos e a característica da terra indígena, o usufruto previsto no art. 231 possui muitas diferenças em relação à conformação do instituto no Direito Civil⁶⁹², já que não é temporário e não gera qualquer dever de restituição da terra a um suposto “nu-proprietário”.

Por último, é importante situar as possibilidades de restrição do direito de propriedade indígena. Este tema é bem amplo, e foge ao escopo deste trabalho tratá-lo em minúcias, pois envolve o tema da consulta prévia⁶⁹³, porém é necessário destacar alguns aspectos. Como qualquer direito fundamental, a propriedade indígena não é absoluta. As restrições podem ocorrer, inclusive mediante intervenções estatais que possam acarretar impactos nos territórios. Para que sejam constitucionalmente adequadas, devem observar os parâmetros constitucionais, supralegais e legais pertinentes, além do princípio da proporcionalidade. Neste caso, além da Constituição, a Convenção nº 169/OIT e a DNUPI devem ser observadas, especialmente no que se refere à obtenção de consentimento mediante consulta prévia, livre e informada. Há, nessas situações, além de um ônus argumentativo muito maior para a intervenção, tendo em vista aspectos qualitativos da proteção territorial, de conformação

⁶⁹² Note-se, por exemplo, o descompasso entre as características do usufruto no Direito Civil e o usufruto e propriedade indígenas. O conceito dado por Caio Mário ao primeiro mostra a diferença: “usufruto é o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol IV. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 193). Pela definição, até hoje cabível, o usufruto é temporário, pois pressupõe que o proprietário retome os poderes de usar e fruir em algum momento, e o usufrutuário está subordinado aos poderes do proprietário, não podendo alterar a substância da coisa. Esta lógica do usufruto não se confunde com a lógica constitucional das terras indígenas, já que sobre o exercício dessa propriedade não deve haver qualquer ingerência da União. O usufruto do art. 75 do Decreto nº 1.318/1854 atendia a esses parâmetros, pois havia a pressuposição de que as terras reservadas aos índios em usufruto se converteriam em propriedade privada, mediante ato especial do governo imperial, quando permitisse o estado de civilização dos indígenas. O usufruto constitucional indígena atende a outra lógica, e é apenas um dos modos de exercício da propriedade indígena.

⁶⁹³ Sobre a consulta prévia e a intervenção em terras indígenas, veja-se: DUPRAT, Deborah (org.). Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015; e ANAYA, S. James. *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Aspen Publishers, 2009.

constitucional, a necessidade de aferição sobre os riscos que a intervenção acarreta para a própria sobrevivência do grupo.

A Constituição oferece um norte interpretativo sobre o tema, indicando que o escrutínio das intervenções deve ser estrito. Ela autorizou, por exemplo, a possibilidade de exploração de recursos hídricos e riquezas minerais, na forma da lei (ainda inexistente), mas impôs a oitiva do Congresso e das comunidades afetadas (art. 231, § 3º). Além disso, estabeleceu claramente as condições em que pode haver uma remoção nas terras indígenas (art. 231, § 5º).

No caso do art. 231, § 3º, a preocupação constitucional quanto a algumas formas de exploração que geram impacto sobre as terras indígenas indica a plena adesão do texto constitucional à perspectiva dialógica que envolve os documentos internacionais, como a Convenção nº 169/OIT e a DNUPI, com os quais deve ser lido em conjunto. A convenção estabelece em seu art. 6º a consulta pelos meios apropriados, que deve ser livre, prévia e informada⁶⁹⁴, além de respeitosa às instituições dos próprios índios. Pensar em caráter facultativo da consulta representaria uma violação não apenas do direito territorial, mas da própria autodeterminação dos indígenas, explicitada pelo art. 3º da DNUPI, que trata da livre desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos indígenas⁶⁹⁵.

Deve-se reiterar que a consulta não pode revestir-se de uma mera embalagem pluralista, por meio de realização de audiências homologatórias, com direito à participação dos indígenas, mas sim ganhar contornos de um processo de efetivo consentimento prévio, livre e informado desses povos, que represente uma medida afirmativa com caráter transformativo, nos termos propostos por Nancy Fraser⁶⁹⁶, e ofereça condições a uma visão contra-hegemônica, baseada na autodeterminação e na incorporação de estratégias jurídicas pelos povos indígenas para a sua mobilização política, e que recuse uma adoção meramente conciliatória do procedimento de consulta, devendo levar em conta que ela pode demonstrar a inviabilidade de empreendimentos que acarretem violação ao direito ao desenvolvimento das comunidades.

⁶⁹⁴ Art. 6º 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

⁶⁹⁵ Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

⁶⁹⁶ Veja-se, a esse respeito, o capítulo 1.

No caso do art. 231, § 5º, como se demonstrou no capítulo 4, a excepcionalidade da medida de remoção decorre não apenas do tom expresso da proibição (“é vedado”), mas também da previsão expressa de situações que afastam a proibição, do rigor no estabelecimento das condições procedimentais para a tomada da decisão e dos efeitos (provisórios) da medida. A Constituição estabelece a proibição e já aponta as exceções, com formas rígidas de realização⁶⁹⁷, de modo que, levando em conta o conceito de terra indígena constitucional, o rigor deve servir de parâmetro para avaliar os impactos de outras restrições, ainda que menos intensas. A construção de estradas e a implantação de projetos governamentais, bem como atuações estatais com consequências desta monta devem ser analisadas à luz da diretriz constitucional e da legislação internacional, já que impõem um dano aos índios na relação com o território enquanto espaço de sobrevivência física e cultural, com efeitos irreversíveis, limitando severamente o usufruto e cicatrizando o território em determinados espaços. Muitos empreendimentos podem ensejar a impossibilidade de acesso a certos locais ou a permanente presença externa no território, o que pode ser encarado como uma remoção parcial.

Em conclusão, as propriedades indígenas oferecem uma densificação da interpretação dos direitos territoriais, cujos efeitos devem ser sentidos no exercício da autonomia do povo quanto às ameaças estatais e de particulares. A interpretação intercultural, além de mais condizente com o pluralismo presente na Constituição, permite a adoção de ferramentas mais eficazes na defesa do território independentemente da ocupação física e da própria instauração de processo de demarcação.

5.2 O permanente combate a uma cidadania de segunda classe como justificação

Desde o início do presente trabalho, a fundamentação e a justificação do tratamento diferenciado dos povos indígenas constituem uma preocupação central. No primeiro capítulo, o resgate crítico dos trabalhos do multiculturalismo e a força das teorias do reconhecimento permitiram constatar que o “ser desenraizado” liberal não é real, pois corresponde a uma abstração que projeta como universais as características do sujeito dominante. Naquela oportunidade, ressaltou-se a importância do fato da diversidade, a justificar um tratamento

⁶⁹⁷ KAYSER, Hartmut-Emanuel Kayser. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2010, p. 234-235; e MIRANDA, A. Gursen de. *O direito e o índio*. Belém: CEJUP, 1994, p. 239.

adequado às capacidades e funcionamentos das pessoas⁶⁹⁸, e preconizou-se que a construção igualitária, ainda que respeite a diferença, deve levar em conta o peso da opressão e da dominação sobre grupos minoritários na constituição das sociedades, sob pena de reproduzir sistematicamente as desigualdades.

A relação entre a identidade inferiorizada e a falta de reconhecimento é um tema que mereceu atenção dos ordenamentos, ainda que de forma indireta, e ensejou uma outra perspectiva acerca do princípio da igualdade (a igualdade como reconhecimento). A preocupação com a definição dialógica da identidade, conforme Taylor⁶⁹⁹, é sintetizada na constatação de Boaventura de Souza Santos sobre as implicações entre a diferença e a igualdade, ressaltando que ambas ensejam proteções jurídicas, a depender dos efeitos que provocam (inferiorização ou descaracterização, respectivamente)⁷⁰⁰.

A preocupação com o reconhecimento desencadeou um tratamento da diferença que encontra nos povos indígenas uma aplicação emblemática. Há uma ênfase nos seus modos de vida, hábitos, costumes, tradições e cosmovisões, e geralmente surgem discussões sobre a manutenção da língua, a garantia de processos próprios de aprendizagem e o funcionamento de um sistema de saúde indígena. No que concerne ao território, é comum haver a menção a laços espirituais e a espaços sagrados como aspectos de valorização do vínculo especial à terra. O efeito colateral dessa valorização identitária é o essencialismo e a tentativa de impor uma visão conservacionista sobre esses povos, por meio da exigência de exteriorização de determinados comportamentos que atendam às expectativas dos não índios e justifiquem a manutenção do direito. Como consequência, a diferença tida como primitiva ou naturalizante e que contenha uma distintividade cultural marcante responde a um modelo que estaria

⁶⁹⁸ Segundo Amartya Sen, os funcionamentos consistem em estados e habilidades. Podem variar de coisas elementares como estar adequadamente nutrido, estar em boa saúde, evitar morbidade escapável e mortalidade prematura até aquisições mais complexas como ser feliz, ter autor respeito, tomar parte na vida da comunidade, e assim por diante. Os funcionamentos são constitutivos de uma pessoa, e uma avaliação do bem-estar tem que tomar a forma de uma avaliação desses elementos constitutivos. Já as capacidades correspondem às várias combinações possíveis de funcionamentos (estados e habilidades) que uma pessoa pode ter. Cada capacidade é um conjunto de vetores de funcionamentos, que refletem a liberdade de uma pessoa para levar um tipo de vida ou outro. O conjunto de capacidades no espaço de funcionamento reflete a liberdade de uma pessoa para escolher possíveis projetos de vida. Cf. SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. London: Oxford, 1992, p. 02-08.

⁶⁹⁹ De acordo com Taylor, nós definimos nossa identidade sempre em diálogo com, e às vezes em luta contra, as coisas que os outros que nos são significativos veem em nós. Mesmo quando essas pessoas pela nossa vida e desaparecem, a conversa continua como se eles ainda vivessem. Cf. TAYLOR, Charles. “The politics of recognition”. In: TAYLOR, Charles; Gutmann, Amy (eds). *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, N.J., Princeton: University Press, 1994, p. 33.

⁷⁰⁰ A visão do sociólogo português está consagrada na famosa frase: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”. Nesse sentido, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 462.

albergado na proteção, um erro no qual incorre a própria Corte IDH ao indicar que a propriedade indígena serve à preservação de certas características desses grupos.

Diante do risco de uma visão estigmatizante, as políticas de reconhecimento devem estar atentas ao fato de que a diferença não está presente apenas na alteridade radical e que não há um indígena dotado de “mais autenticidade” do que outro. O chamado “índio de verdade”, fruto dessa deturpação, atende ao anseio homogeneizante das já abolidas políticas assimilacionistas de idealizar os indígenas como figuras do passado, como na descrição literária do Romantismo, e que só podem representar certos mitos ou imagens construídas e consolidadas no imaginário nacional. Ante o arcabouço normativo hoje existente, rejeitar a compreensão estereotipada pode até ser fácil na teoria, mas os seus alicerces estão ainda presentes no inconsciente coletivo e mostram-se fortes na definição de casos concretos, como demonstraram os votos dos ministros do STF no caso Raposa Serra do Sol.

No julgamento, o tribunal recorreu, em diversas oportunidades, a um discurso crítico à “proliferação de aldeias” e a supostas fraudes na afirmação da condição indígena. A tentativa de resumir a realidade dos povos indígenas em uma fotografia da situação encontrada em 05 de outubro de 1988 sintetiza um assimilacionismo disfarçado: os direitos são reconhecidos, mas a limitação no tempo impede que outras pessoas se mobilizem por eles. Embora não assumisse expressamente uma perspectiva assimilacionista, o STF parece crer na ideia de que os índios são um fato do passado: quem se misturou não volta atrás; quem quiser se “desmisturar” estará agindo de forma fraudulenta.

Nesse cenário, a historicidade, entendida como um conceito que busca estabelecer em perspectiva temporal e espacial as ações humanas praticadas no presente, de modo a perceber a dinâmica que propicia comportamentos, valores, crenças e processos políticos, não pode ser desprezada. A historicidade deve contribuir para a desnaturalização das explicações do presente que a história oficial elabora e para o desmonte da ilusão de que a história das propriedades no Brasil é fruto do sucesso de algumas linhagens de afortunados meritórios sobre pessoas inferiores.

Como afirma James Holston, as disputas pela terra são batalhas sobre o significado da história⁷⁰¹. Há sempre uma busca por um título e pelas origens que demonstrem o acerto ou desacerto das alegações sobre ele. Proprietários buscam legitimar seu patrimônio evocando linhagens do passado ou transações consignadas nos papéis oficiais. No Brasil, a condição indígena era vista como temporária e deveria paulatinamente acabar, o que teve no avassalador processo de espoliação das terras dos índios um instrumento potente. As

⁷⁰¹ Cf. HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Kindle Edition.

diferenças sociais foram administradas para legitimar e reproduzir as desigualdades, e não para combatê-las, criando um regime legalizado de privilégios. Os fundadores da nação compartilhavam as ideias de inferioridade racial dos indígenas e dos negros, mas não podiam pregar a exclusão de raças em um país miscigenado, razão pela qual sustentavam a integração como forma de garantir a unidade nacional e o desenvolvimento⁷⁰².

Paralelamente à usurpação de terras, cultivou-se um aparato jurídico e legislativo que, em vez de resolver conflitos, gerou obscuridades e confusões. Quanto mais confuso o sistema jurídico, mais as elites se aproveitaram dele. Foi o que se viu diante do limbo jurídico provocado pela Constituição de 1891, que “legitimou” a apropriação pelos Estados de terras dos índios, bem como nas vagezas das garantias contidas nas Constituições desde 1934 e no regime tutelar. O emaranhado de documentos cartoriais e a legislação fundiária viabilizavam conflitos, e não soluções, pois asseguravam os termos em que as violações seriam praticadas para perpetuar a dominação. A desigualdade e a posição subalterna dos índios faziam parte de um projeto nacional das elites econômica e política, por isso não podem ser entendidos como um fenômeno exterior à lei, mas intrínseco a ela.

No âmbito administrativo, os territórios ocupados pelos indígenas sofreram diversas modificações ao longo da história, pois estiveram muito mais submetidos à atuação do Estado na gestão populacional do que aos anseios das populações indígenas⁷⁰³ de forma marcante. Os processos de territorialização, decorrentes de atos e saberes coloniais, provocaram impactos na organização dos índios em várias épocas, com interferência nas concepções nativas do presente. A delimitação de terras indígenas deve ser compreendida à luz dessas compreensões e dos aspectos históricos, contextuais e processuais que a envolvem, o que torna o processo demarcatório uma tarefa mais árdua do que um trabalho de mera medição.

Em outras palavras, a constituição dos aldeamentos e vilas, a doação de terras, o estabelecimento de postos e aldeias e a previsão de terras indígenas demarcadas que não correspondem às terras indígenas em sentido constitucional são processos complexos decorrentes de relações específicas entre os grupos e determinados espaços geográficos, os quais influenciaram a própria compreensão dos indígenas sobre os territórios a que se vinculam no presente. Segundo João Pacheco de Oliveira, a territorialização promove uma reorganização social dos grupos que implica quatro aspectos: i) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; ii)

⁷⁰² O trabalho “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”, de José Bonifácio, é um exemplo disso, pois afirma a inferioridade do indígena e prega a integração à civilização como forma de desenvolvimento pessoal.

⁷⁰³ OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 371.

a constituição de mecanismos políticos especializados; iii) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; e iv) a reelaboração da cultura e da relação com o passado.⁷⁰⁴

A territorialização acarreta um processo geral de reorganização social daquela população, com a imposição de formas tecnológicas, padrões de uso dos recursos naturais, modos de ordenamento político e símbolos identitários. Apesar de a territorialização estar ligada a um mecanismo de imposição da dominação, os indígenas paralelamente se apropriaram e se apropriam dos elementos exógenos e atribuem a eles significados muito distintos do discurso hegemônico⁷⁰⁵.

A ferida colonial causou profundos impactos sobre as trajetórias dos grupos e exigiu comportamentos desses povos que culminaram em etnogêneses e estratégias adaptativas. No capítulo 2, ressaltou-se a força política e a dimensão simbólica e coletiva da etnicidade, tendo em vista o fato de que os grupos possuem um sentimento de pertencimento étnico a um lugar de origem específico, com a mediação de um território. Essa prática social efetiva é vivida no presente, sem nostalgia em relação ao passado. Há grupos que, de diversas formas, após violências e estratégias adaptativas, conseguiram ter uma trajetória linear para contar, o que torna mais apreensível seus relatos e facilita a solidariedade. Muitos outros, no entanto, sofreram fortemente os efeitos da desterritorialização, já tiveram experiências nas periferias das cidades, foram trabalhadores em fazendas, e agora desejam realizar a “viagem da volta”, buscando suas raízes familiares e coletividades de origem⁷⁰⁶. Não há, nesses casos, uma descendência em linha direta dos índios bravos (do passado) ou dos índios isolados (de hoje). Há, ainda, uma boa parte dos indígenas que nasceu em aldeias e postos, submetidos à administração tutelar, e as histórias que os ancestrais contam não remete a um isolamento “selvagem”, mas a processos de controle promovido pelo Estado ou por particulares, que eram voltados à integração e ao abandono de práticas culturais.

A compreensão do passado, que é fundamental, não pode conduzir a uma investigação arqueológica das comunidades indígenas. A construção da legislação e da atuação

⁷⁰⁴ Id. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 193-228.

⁷⁰⁵ Id (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil*. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazônico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 10-11.

⁷⁰⁶ Um exemplo é o povo Karuazu, que vive em Pariconha, no sertão de Alagoas. O grupo tem conexão sociocultural com o povo Pankararu, mas só se afirmou etnicamente nos anos 90. O cacique dos Karuazu, Edvaldo Soares de Araújo, morou e trabalhou em São Paulo como torneiro-americano. Após a aposentadoria, voltou à terra natal e procurou outras lideranças para lutar em favor da reunião de seu povo, agregando 250 famílias. A articulação política do grupo permitiu a afirmação pública da identidade como grupo e a reivindicação de um território. Cf. Conselho Indigenista Missionário – Cimi. *Outros 500: construindo uma nova história*. São Paulo: Editora Salesiana, 2001, p. 165.

administrativa colonial sobre os povos indígenas é um importante referencial, pois os saberes coloniais moldaram, direta e indiretamente, a própria identidade dos atuais povos indígenas. Este trabalho não despreza esses fatores e vê na historicidade dos conflitos um aspecto crucial no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. A consideração histórica não deve conduzir, porém, a um exame específico sobre ocupações antigas como fatores exclusivos de justificação de direitos territoriais.

As coletividades atuais reconhecem a si próprias como descendentes de populações que estiveram em determinado marco territorial antes da vinda dos colonizadores europeus e da formação dos Estados Nacionais. Por isso, entendem a si próprias como povos originários, os primeiros povos presentes no espaço territorial nacional⁷⁰⁷. O direito decorre da conexão sociocultural com povos pré-colombianos que aqui habitavam, ou seja, da existência atual de grupos que se identificam por tradições ancestrais e que se consideram etnicamente diferenciados de outros segmentos da sociedade nacional. Não é possível pegar uma listagem de etnias e retroceder, para cada etnônimo específico, até os primórdios da colonização portuguesa⁷⁰⁸, pois enquanto há etnias que são referidas na historiografia, relatadas em crônicas do período colonial, existem grupos de elaboração recente e que resultam de processos estudados nos anos 40 e até nos anos 70, 80 e 90.

Em muitos casos, os índios sabem que estão distantes da origem que reivindicam em termos de organização política, cultural e cognitiva, mas exercem a “viagem da volta”, mediante a elaboração de utopias (religiosas, morais, políticas) para superar a contradição entre objetivos históricos e o sentimento de lealdade às origens, o que torna a identidade étnica uma prática social efetiva⁷⁰⁹. Isso produz um sentimento dividido entre duas lealdades contraditórias, a de sua terra de origem e a do lugar onde estão atualmente.

Os direitos territoriais são um reconhecimento da condição de descendentes de populações autóctones e da garantia de estabelecer mecanismos de acesso a territórios, tendo em vista que a condição étnica encontra na terra um fator decisivo de exteriorização. Deve-se sublinhar, com Barth, que as categorias étnicas, enquanto tipos organizacionais de unidades

⁷⁰⁷ OLIVEIRA, João Pacheco de. Entre la ética del diálogo intercultural y una nueva modalidad del colonialismo. Los Pueblos Indígenas en las Diretrices del Banco Mundial. In: _____ (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil*. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 188.

⁷⁰⁸ OLIVEIRA, João Pacheco de. A problemática dos 'índios misturados' e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: _____. *Ensaio em antropologia histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999, p. 106.

⁷⁰⁹ Id. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 217.

sociais, utilizam-se de diferenças que os atores consideram significativas, sendo que algumas características culturais são usadas como sinais e emblemas de diferenças, outras são ignoradas, e em certas situações diferenças radicais são até deixadas de lado. Não é possível prever de plano as características que serão enfatizadas e tornadas relevantes para os atores.

Assim, as categorias étnicas oferecem um tecido organizacional que dispõe de quantidades e formas variáveis de conteúdo em diferentes sistemas socioculturais⁷¹⁰. Uma vez ocorrida a autoidentificação como grupo, a natureza da unidade social depende da manutenção da fronteira. As características culturais que sinalizam a fronteira podem mudar, e os grupos podem sofrer transformações, inclusive organizacionais. Mais importantes na definição da etnicidade são as fronteiras sociais, que têm contrapartidas territoriais. Elas canalizam a vida social e implicam uma organização complexa do comportamento e das relações sociais⁷¹¹. Isso não significa fechamento, pois a interação requer e gera uma congruência de códigos e povos, implicando não apenas critérios e sinais de identificação entre grupos distintos e aproximações, mas também a própria persistência da diferença.

Os territórios são definidos e delimitados por e a partir de relações de poder, que se projetam no espaço. Ele representa um campo de forças que envolve relações diversas em que se define ao mesmo tempo um limite, uma alteridade, em que se coloca a diferença entre “nós” (o grupo, os membros da coletividade) e os “outros” (os de fora, os estranhos)⁷¹². Todavia, essa separação não redundaria na caracterização das unidades sociais como sistemas fechados, pois as interações estão presentes e não admitem uma concepção naturalizada de cultura, que se entregue a uma representação sobre o indígena que não esteja atenta à forma como eles se “desmisturam” para demarcar a sua diferença. A indevida exigência de pureza e autenticidade carrega a premissa de que os indígenas são seres primitivos, facilitando a tentativa de dividir os indígenas entre autênticos e aculturados para garantir normatizações distintas pelo Estado.

As culturas são heterogêneas e diversificadas, não cabendo recorrer a modelos naturalizantes e primitivistas de definição de um território, mas sim identificar que os grupos são marcantes porque estabelecem uma diferença em relação à sociedade nacional, e inclusive são diferentes entre si. Nesse sentido, a tentativa de diluir os fatores étnicos para imiscuir

⁷¹⁰ BARTH, Fredrik. Introduction. In: _____. (ed). *Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference*. Boston, Massachusetts: Little, Brown and Company, 1969, p. 14.

⁷¹¹ BARTH, Fredrik. Introduction. In: _____. (ed). *Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference*. Boston, Massachusetts: Little, Brown and Company, 1969, p. 15.

⁷¹² SOUZA, Marcelo José Lopes de. O território: sobre espaço e poder, autonomia e desenvolvimento. In: CASTRO, Iná Elias de; GOMES, Paulo César da Costa; CORRÊA, Roberto Lobato (org.). *Geografia: conceitos e temas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 96.

grupos sem grande distintividade cultural no tratamento como pobres ou excluídos significa privá-los da sua representação e de sua identidade coletiva⁷¹³, retirando a dimensão simbólica e política da afirmação da identidade.

O reconhecimento do cenário acima impõe uma reestruturação das práticas sociais. A interculturalidade prescreve, além da releitura da propriedade, o enfrentamento das desvantagens sistemáticas. Em vez de pensar apenas no tratamento diferenciado de grupos, naturalizando a distintividade cultural, deve-se buscar a eliminação da cidadania de segunda classe, não para anular a diferença étnica, mas para assegurá-la, permitindo a convivência entre grupos. Nesse passo, a contrapartida da redistribuição deve caminhar ao lado do reconhecimento.

A intrínseca relação das dificuldades de afirmação étnica com a estrutura agrária brasileira, marcada pela concentração e pela desigualdade, não pode ser ignorada. Como se viu no capítulo 3, os índios foram historicamente tratados como um obstáculo à concentração de terras e à consolidação da propriedade privada. No século XIX, negar a condição étnica desses povos e tratá-los como “cidadãos” atendia a um projeto que favorecia a apropriação de suas terras. Ao delimitar no presente a fronteira étnica e exigir a demarcação de seus territórios, os indígenas enfrentam esse estado de coisas e demandam a prevalência da propriedade indígena sobre o latifúndio, hoje e agora.

Há três fatores que permitem encarar o caráter diferencial da atual legislação e construir uma nova interpretação: i) a atual Constituição é fruto de processo democrático que contou com a mobilização de grupos indígenas, os quais conseguiram colocar no texto os seus anseios, tendo derrotado o projeto conservador; ii) o texto constitucional questiona a estrutura desigual da sociedade brasileira e impõe comandos para respeitar as diversas identidades, especialmente as dos grupos que formam a nação; iii) a convivência entre propriedades deve ser densificada pelo tratamento da diferença que não se limite a políticas de reconhecimento, abrangendo também as de redistribuição, cujo ponto de intersecção é a garantia de territórios aos grupos que os reivindicam.

O primeiro fator foi demonstrado no capítulo 3, quando se demonstrou a organização nacional dos indígenas a partir dos anos 70, influenciando o debate na opinião pública sobre o tema. O segundo fator decorre de algumas previsões constitucionais, como o objetivo de promoção do bem de todos sem discriminação (art. 3º, IV) e diversos dispositivos que tratam do respeito à diferença, já citados no capítulo 4. Já o terceiro fator, que enseja a conciliação de reconhecimento e redistribuição, pode ser extraído do objetivo de erradicação da pobreza e da

⁷¹³ ALMEIDA, Alfredo Wagner B. de; SANTOS, Glademir Sales dos. *Estigmatização e território: mapeamento situacional das comunidades e associações indígenas na cidade de Manaus*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.

marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), bem como de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). O dever estatal de demarcar territórios e a declaração de nulidade de títulos incidentes sobre essas áreas, prevista no art. 231, § 6º, são corolários desse compromisso redistributivo.

Os direitos territoriais indígenas devem ser, pois, entendidos como um mecanismo de eliminação da cidadania de segunda classe que foi imposta a esses povos até 1988, com efeitos até hoje, e que impediu o seu florescimento autônomo, sujeitando-os a constantes pressões da sociedade nacional. O conjunto de direitos do projeto constitucional tem por objetivo eliminar um sistema de tratamentos não igualitários que se baseiam, de forma injustificada, na negação da diferença ou no tratamento meramente ornamental desta.

O combate à cidadania de segunda classe remete à ideia central do chamado princípio anticasta, estabelecido por Cass Sunstein, que preconiza o objetivo constitucional de superar uma desvantagem social sistemática e impedir que um grupo seja colocado abaixo de outro com base em características morais irrelevantes, como raça, gênero e etnia⁷¹⁴. A desvantagem sistemática manifesta-se em diversas esferas e gera impactos nos direitos à terra, à representação política, à educação, à saúde etc. Ela está presente na sociologia das ausências e no pensamento abissal, que viabilizam a permanente negação da diferença enquanto símbolo e no acesso a recursos.

Para além de um compromisso antidiferenciação, que reprova qualquer tipo de tratamento diferenciado e preocupa-se meramente com a neutralidade, e tendo em vista uma orientação de aprofundamento da perspectiva anti-subordinação, que afasta os tratamentos supostamente neutros que reforcem a subordinação⁷¹⁵, a Constituição impõe a reestruturação total das práticas sociais de forma a suplantarem a cidadania de segunda classe dos povos indígenas e combater a discriminação estrutural que os atinge⁷¹⁶.

O princípio anticasta sustenta um compromisso com a constante revelação das tentativas de deturpação do sentido constitucional em detrimento de pessoas invisíveis e demonizadas⁷¹⁷, e propõe-se a desafiar aquilo que Marcelo Neves chama de relações

⁷¹⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 170.

⁷¹⁵ Nesse sentido, ver: RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷¹⁶ A discriminação estrutural é a consequência da estratificação promovida com base em uma acumulação de desvantagens sociais, colocando certos grupos em posição de subordinação durável ou permanente. Processos sociais que convergem para criar situações assimétricas de poder fazem parte da operação regular das instituições sociais, que se legitimam por ideologias que inferiorizam os grupos. Cf. MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, Justificando, 2017, p. 136-138.

⁷¹⁷ Segundo Oscar Vilhena, as desigualdades econômicas e sociais verificadas no Brasil provocam sérios abalos na noção de Estado de Direito, decorrentes dos fenômenos da invisibilidade, da demonização e da

excludentes entre subintegrados e sobreintegrados, as quais costumam viabilizar a concretização desconstitucionalizante do texto constitucional⁷¹⁸, que retira qualquer peso das normas igualitárias, além de combater a manutenção de um *status quo* social e a negação de uma esfera pluralista no reconhecimento de direitos.

Nessa esteira, como se relatou no capítulo 2, é possível utilizar o conceito de “igualdade extensiva”, da Corte Constitucional colombiana, para demonstrar um outro alcance do princípio da igualdade, que pretenda ser relacional e plurinormativo. A igualdade extensiva comporta quatro mandatos: i) tratamento idêntico a destinatários que se encontrem em situações idênticas; ii) tratamento diferenciado a destinatários cujas situações não compartilhem nenhum elemento em comum; iii) tratamento paritário a destinatários cujas situações apresentem similitudes e diferenças; e iv) tratamento diferenciado a destinatários que se encontrem em situações similares a “iii”, mas em que as diferenças sejam mais relevantes que as semelhanças⁷¹⁹. Esse alcance do princípio da igualdade permite associar políticas de reconhecimento com políticas de redistribuição e captar situações distintivas que exigem o combate a desvantagens sociais sistemáticas.

A igualdade extensiva apreende o fato de que a igualdade deve ser avaliada à luz de dois regimes jurídicos distintos. Assim, um regime jurídico não é considerado discriminatório de forma isolada, mas em comparação com outro, sendo que os critérios para a equiparação devem ser avaliados concretamente. Por isso, nos regimes de propriedades, não basta realizar um juízo abstrato de adequação entre a norma sobre a propriedade privada e o preceito constitucional, mas também analisar se foi levado em consideração o regime jurídico da propriedade indígena. Essa relação internormativa pressupõe um teste de igualdade⁷²⁰, de forma a identificar a presença de uma discriminação normativa e a corrigir tanto o tratamento diferenciado injustificado quanto o tratamento igual de situações diferenciadas.

No mesmo sentido acolhedor, a DNUPI reforça o direito dos povos indígenas às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma

imunidade. A invisibilidade consiste na indiferença quanto ao sofrimento dos mais pobres, sem resposta adequada das leis ou dos agentes públicos. A demonização consiste em processo de desconstrução de pessoas tidas como indesejadas, havendo respaldo para lhes causar danos, como ocorre a presos, criminosos comuns e até a membros de movimentos sociais. Por fim, a imunidade diz respeito à não aplicação da lei a pessoas ricas e poderosas, que se colocam acima dele e imunes às obrigações que todos devem ter. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 191-216.

⁷¹⁸ Cf. NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, p. 321-330, Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996.

⁷¹⁹ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-624/2008.

⁷²⁰ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-093/2001.

utilizado ou adquirido (art. 26.1), abrindo-se a diversas propriedades, sem olhar primitivista. Além disso, há o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim aqueles que de outra forma tenham adquirido (art. 26.2). A declaração americana, como se viu, contém disposição similar. Ambas densificam o conteúdo dos direitos territoriais previstos na Constituição e ratificam as diretrizes constitucionais.

A perspectiva anticasta confere, portanto, fundamentação aos direitos territoriais dos povos indígenas. Ela não exige a prática de um ato específico no passado, em determinado momento histórico, nem a intrínseca conexão a uma discriminação delimitada em contexto pretérito para justificar a adoção de medidas em favor de certos grupos. A perspectiva anticasta busca, em verdade, enfrentar o fato de que uma diferença moralmente irrelevante foi transformada, de modo injustificado, em uma desvantagem social na vida cotidiana de pessoas e grupos que se afirmam hoje como indígenas⁷²¹. Propõe, assim, que os princípios e os desenhos institucionais sejam transformados, de modo a favorecer a diferença que caracterize esses grupos e a promover uma igualdade que não os inferiorize.

As discriminações não remetem ao passado, mas ao presente, em razão de um arranjo social contemporâneo que atribui a certas pessoas e grupos uma posição de segunda classe, impedindo o acesso a territórios. Há danos correntes na própria configuração do sistema, que cria uma espécie de sistema de castas, o qual deve ser eliminado.

Para a compreensão da desvantagem social sistemática, a historicidade desempenha um papel fundamental, pois ajuda a compreender as dinâmicas e os conflitos que permitiram a “emergência” de identidades, as estratégias adaptativas, os esquecimentos, os desaprecimentos e reaparecimentos de grupos, a mescla de grupos, o surgimento de etnônimos outrora desconhecidos, as violações, as territorializações, as cosmovisões atuais etc. A historicidade oferece ferramentas para entender o presente, e não o passado, por isso não se confunde com a ideia de reparação por um passado injusto, como se a garantia dos direitos territoriais fosse uma compensação por danos específicos a determinado grupo em razão de uma violação pretérita.

A perspectiva compensatória, geralmente pensada para indivíduos, está mais preocupada com os atos do passado que vitimaram pessoas específicas, e tenta trazer a vítima à condição em que ela estaria hoje se a lesão não tivesse ocorrido. Ela busca reposicionar uma pessoa que foi prejudicada a um estágio em que ela estaria se a conduta ilícita não tivesse ocorrido. No caso de grupos que sofreram uma violação sistemática no passado, em muitas

⁷²¹ SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 419-420.

situações os destinatários da reparação não são as mesmas pessoas que sofreram diretamente as violações, embora estejam de certa forma ligados à condição de pessoas afetadas pela mesma condição discriminada⁷²². Embora necessária, a perspectiva da compensação carece de um alcance para atender a grupos que não teriam sofrido exatamente as mesmas violações. No caso dos indígenas, os que vivem hoje construíram sua trajetória com base em realidades muito diversas de seus antepassados.

É inegável que a reparação pelo passado injusto tem um forte apelo moral e resgata a importância dos fatos históricos que conduziram ao genocídio dos povos indígenas. A colocação em evidência dos direitos indígenas pela Constituição alinha-se, de forma geral, ao compromisso da reparação histórica, que deve ser sempre levada em consideração, pois reforça a justificação dos direitos territoriais. A Constituição reconhece o passado genocida e tem o firme compromisso de enfrentar essa realidade, como fez a África do Sul contra o *apartheid*. Contudo, não se exige a identificação específica de vítimas das violações ou a correlação de violências do passado com os direitos específicos de grupos.

Considerando os processos de novas formações de grupos e etnogêneses, a reparação se torna ainda mais penosa quanto à perspectiva de grupos cuja existência se faz no presente, sem traços de continuidade não simbólicos com grupos do passado, pois carecem de uma árvore genealógica ou de um vínculo que regrida diretamente a uma linhagem de povos de séculos passados. Assim, embora seja um argumento importante para justificar os direitos territoriais, a reparação histórica por um passado injusto deve ser utilizada de forma difusa⁷²³, de maneira a subsidiar a historicidade dos conflitos e assegurar os processos demarcatórios. Sua invocação não pode jamais implicar um efeito limitador no reconhecimento de povos e territórios indígenas, como se apenas aqueles que viviam no passado e sofreram violações efetivamente demonstradas devessem ser destinatários da proteção.

A distinção entre reparação e historicidade permite retomar a discussão que encerrou o capítulo 4, quando se chegou à conclusão de que a teoria do indigenato, amplamente adotada para justificar os direitos territoriais indígenas, não responde plenamente ao teor do art. 231 da Constituição. O indigenato associa-se a uma visão que investiga a relação histórica de um grupo com o território desde a “origem”. Quando há coesão e a dinâmica das interações não atinge o grupo de forma a provocar descontinuidade em sua trajetória, os direitos são assegurados com facilidade, como ocorre com certos grupos da Amazônia ou do Xingu, que têm na descrição histórica uma aliada. O mesmo pode ocorrer em relação a grupos que

⁷²² PAUL, Ellen Frankel. Set-asides, reparations and compensatory justice. In: CHAPMAN, John (ed.). *Compensatory Justice*. New York: New York University Press, 1991, p. 120.

⁷²³ Cf. FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, v. 29, n. 1-3, 2007, p. 63-84.

conseguem demonstrar os vínculos territoriais em contextos de intensa marginalização social, com deslocamentos forçados e desterritorializações, permitindo uma clara compreensão dos esbulhos, como ocorreu com o povo Krenak. Tais casos possivelmente representam a maioria dos povos em questão. Diversas, porém, são as situações em que grupos históricos estabelecem vínculos com outros territórios e aquelas em que novos grupos surgem no presente, reivindicando a “condição originária” mesmo sem possuírem descendência direta de ancestrais que possam claramente identificar ou uma vivência específica em determinados espaços.

Os “direitos originários” não podem ser interpretados de uma maneira que transfira aos indígenas o dever de indicar uma precedência na ocupação da terra ou uma fundamentação histórica da ocupação. Como se viu, a jurisprudência do STF tem se marcado há décadas por esse tipo de análise, o que provoca uma espécie de busca arqueológica sobre a ocupação tradicional ao exigir dos índios continuidade histórica, coesão e estabilidade em suas trajetórias, ainda que à custa de violências e espoliações no caminho, para ser reconhecido o direito territorial.

O texto constitucional, em seu conjunto, oferece caminhos que vão muito além da análise da trajetória específica de um grupo ao longo do tempo. O conceito de “terras tradicionalmente ocupadas” não se refere apenas ao resgate de áreas de ocupação antiga, pois está ligado à afirmação da diversidade e da fronteira étnica no presente. Os direitos territoriais indígenas são tratados de maneira contemporânea, e a Constituição não fez qualquer tipo de distinção cronológica entre grupos do passado e grupos do presente. Ao mesmo tempo, o projeto constitucional reconhece a situação de estigmatização e inferiorização por que passaram esses grupos, motivo pelo qual estabelece em diversos dispositivos mecanismos para garantir sua emancipação, não no sentido de cessação da incapacidade ou de perda da condição étnica, mas para viabilizar a autonomia sobre os territórios.

Em outros termos, a Constituição obviamente protege a situação de grupos que mantiveram um vínculo com um território específico de forma coesa ao longo do tempo, mas não exige, para garantir direitos territoriais, que a trajetória de todos os grupos tenha essa mesma característica. A norma constitucional preconiza a garantia de que os indígenas tenham acesso às terras que tradicionalmente ocupam ou almejam ocupar para superar uma desvantagem social sistemática, sem submeter-se ao jugo estatal e particular de imposições e homogeneizações. O texto constitucional permite novas ocupações, pois isso é fruto da garantia da propriedade indígena (art. 5º, XXII c/c art. 231), do pluralismo e do processo de afirmação étnica que ele viabiliza. Neste rearranjo social, o território desempenha um papel

central na eliminação de cidadanias de segunda classe e na promoção de reconhecimento e redistribuição.

Cabe sublinhar que a previsão de “direitos originários” no texto constitucional não foi em vão. Ela é indicativa da garantia de direitos a grupos que reivindicam uma condição de povo originário e um vínculo identitário com povos pré-colombianos. A análise da condição originária é feita com base no vínculo simbólico e identitário dos grupos. A avaliação histórica permite identificar como os direitos territoriais foram moldados e negados ao longo do tempo, mas não exige a ligação direta entre gerações para a configuração no presente. Ela indica não apenas um caráter especial desses direitos, mas uma precedência *prima facie* da propriedade indígena, dado o compromisso com o enfrentamento de uma desvantagem social sistemática, a ser realçada em colisões de propriedades, como se verá no item 5.4.

Não se trata aqui de reavivar a velha discussão sobre terras imemoriais, mas sim de compreender que os povos indígenas são grupos que se formam também no presente, a partir da afirmação das identidades e por meio do estabelecimento de fronteiras étnicas, e que a Constituição viabilizou o autorreconhecimento e autorizou estímulos indiretos para que isso ocorresse, com consequências jurídicas claras. O fim do sufocamento de identidades anteriormente vigente leva cada vez mais pessoas e grupos a conceberem a si próprios como povos originários, estabelecendo em territórios um vínculo identitário com povos pré-colombianos.

A imemorialidade e a historicidade não são a mesma coisa. Enquanto a imemorialidade se refere a uma ocupação passada que acabou, sem procurar entender os contextos e processos envolvidos, e serve para atestar a ausência de continuidade de presença indígena como fundamento para a negação do direito territorial, a historicidade tem como ponto de partida o reconhecimento de um passado de violências contra os povos indígenas e procura investigar, ante uma demanda específica, a formação de uma desvantagem social sistemática em desfavor de grupos etnicamente diferenciados. Com essa análise, o entendimento das práticas coloniais e colonialistas e dos processos de genocídios, esbulhos, expulsões e estratégias adaptativas oferece subsídios para apreender as razões dos eventuais desaparecimentos de grupos indígenas e dos deslocamentos e transformações por que passaram, bem como das “emergências” étnicas e das etnogêneses. A historicidade pode avaliar, portanto, a demonstração de que a reivindicação no presente escancara um passado de privações e concentrações, com o qual o grupo que reivindica o território no presente possui uma conexão sociocultural.

Como se ressaltou em momento anterior, o debate jurídico teima em apegar-se a essências. O afã de enquadramento e a herança positivista levam a um permanente

descompasso entre, de um lado, a descrição estática de fenômenos que não são rígidos como as nomeações desejam e, de outro, as interações e transformações que ocorrem de forma permanente. Contra essa tendência, o desafio é garantir a abertura necessária para permitir automaticamente novos enquadramentos e refutar a leitura colonialista da legislação, favorecendo a construção de novas formas jurídicas e o acesso democrático à terra. A Constituição assegura isso.

Para concluir, é essencial sintetizar que as terras tradicionalmente ocupadas não se referem apenas a áreas de ocupação antiga, mas também a áreas de ocupação recente. A população indígena cresce a cada censo⁷²⁴, mais pessoas se autodenominam índios e mais terras são reivindicadas. A realidade de 5 de outubro de 1988 não era imutável, por isso o prazo do art. 67 do ADCT era de cumprimento impossível, já que a proliferação de aldeias não decorreu de fraudes, mas do êxito do projeto constitucional. Há uma expansão das terras, pois as pessoas se organizam e se mobilizam pela autoidentificação. Nos anos 80, dizia-se que não havia índios em vários cantos do país, e hoje diversas pessoas, espalhadas por todas as regiões, afirmam a condição indígena.

Há processos atuais de fixação dos indígenas em territórios, sujeitos a um jogo de forças e pressões contrárias e embates políticos, e a permanência nessas áreas quase nunca é um fenômeno livre de pressões. A expressão dos membros do grupo é moldada por um cenário de confrontações, conforme os contextos históricos e conjunturas locais, e a própria forma como o grupo entende o território e “inventa” suas tradições possui identificação com essa realidade. Assim, a manifestação dos indígenas jamais será estática e final, estando sujeita a inúmeras variações⁷²⁵.

5.2.1 O papel do Estado e os impactos sociais da demarcação

O tratamento dos direitos territoriais como propriedades e a justificação desses direitos com base no combate a uma cidadania de segunda classe que se apresente de forma

⁷²⁴ Segundo dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, com todas as ressalvas que este tipo de medição merece, a população indígena abrange 896,9 mil indígenas, pertencentes a 305 povos, com 274 línguas distintas. De acordo com o Instituto Socioambiental, há 254 povos, em uma classificação que trata alguns grupos como subgrupos de outros. Sobre o tema, veja-se: Instituto Socioambiental. População indígena no Brasil. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/populacao-indigena-no-brasil>> Acesso em 10 dez. 2017.

⁷²⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de. Apresentação. In _____ (org.). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998, p. 9.

contemporânea conduzem a propriedade privada a uma posição de menor peso em relação à que ela atualmente ocupa nos debates doutrinários e jurisprudenciais. A despeito disso, subsiste uma realidade em que a singularidade da propriedade tende a impedir ou obstruir a equiparação de propriedades.

Na prática, o fato de a Constituição estipular a precedência dos direitos territoriais sobre a propriedade privada, em vez de viabilizar a descolonização de propriedades, gera um efeito inibitório sobre a própria execução do processo de demarcação. Os impasses contínuos acerca do reconhecimento de territórios indígenas retardam a concretização desses direitos, o que é aprofundado por entendimentos como o da fixação do marco temporal. Como consequência, a limitação do alcance do processo demarcatório propicia que a cadeia de propriedades, constituídas ou não de boa-fé, aumente e goze de aparente estabilidade.

Como já foi dito, a segurança jurídica não se liga apenas à propriedade privada, por isso não pode ser seletiva. Em colisões, deve-se olhar para a situação dos demais direitos, que inclusive podem ter a estrutura de outros direitos de propriedade, sob pena de favorecimento a esbulhos e transações fraudulentas⁷²⁶. A segurança jurídica, que se vincula a elementos objetivos da ordem jurídica como a estabilidade, e a própria proteção da confiança, que se relaciona a elementos subjetivos como a previsibilidade que os indivíduos podem ter em relação aos atos dos poderes públicos, são princípios autônomos que valorizam a proibição de normas retroativas, a inalterabilidade de decisões judiciais e a estabilização de comandos administrativos.

O desenho constitucional brasileiro é distinto de outros ordenamentos, nos quais a cláusula de restrição da propriedade privada é mais limitada. Nos Estados Unidos, por exemplo, há um intenso debate sobre o alcance da 5ª emenda, que trata da possibilidade de restrição da propriedade privada, mediante compensação justa, em razão de uso público. No caso *Kelo v. City of New London*, de 2005, a Suprema Corte daquele país decidiu que a expressão “uso público” deve ser entendida de forma mais ampla, podendo abranger situações de “propósito público”, o que permitiria a realização de atos expropriatórios em favor da realização de empreendimentos econômicos em uma determinada área⁷²⁷. A decisão provocou intenso *backlash*, mediante a proliferação de leis e emendas constitucionais nos Estados que buscaram tornar mais difícil a restrição da propriedade privada⁷²⁸.

⁷²⁶ WALDRON, Jeremy. The Hamlyn Lectures 2011: The Rule of Law and the Measure of Property. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 291, 2011, p. 34.

⁷²⁷ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Kelo v. City of New London*. 545 U.S. 469 (2005).

⁷²⁸ Sobre o *backlash* causado pela decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, veja-se: SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to *Kelo*. In: BENSON, Bruce L. (ed.). *Property Rights: Eminent Domain and Regulatory Takings Re-Examined*. New York: The Independent Institute, 2010, p. 101-148.

A Constituição de 1988 previu algumas situações em que a propriedade privada deve ceder ante outros interesses ou propriedades. Em alguns casos, a restrição da propriedade privada ensejará compensação limitada – como na desapropriação sancionatória em caso de descumprimento de função social - ou até ausência de compensação – no caso da expropriação por motivo de culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou da exploração de trabalho escravo. Na hipótese da demarcação de territórios indígenas, há uma consequência específica prevista no art. 231, § 6º. Em síntese: a propriedade privada, enquanto direito fundamental, recebe proteção constitucional, porém esta não é absoluta, especialmente no que se refere ao compromisso redistributivo em favor da convivência de propriedades.

Nesse sentido, como afirmou a Corte ADHP, o reconhecimento de direitos territoriais atende a imperativos do direito ao desenvolvimento que não remetem apenas ao desenvolvimento econômico ou à ideia de progresso, mas aludem também à garantia de que os povos indígenas exerçam com autonomia a administração de seus territórios, em oposição a uma marginalização ocorrida no passado. No mesmo sentido, o próprio STF ressaltou, na ementa do caso Raposa Serra do Sol, que há um falso antagonismo entre a matéria indígena e o desenvolvimento, já que este deve englobar aspectos como o equilíbrio ecológico e a diversidade humana e cultural⁷²⁹.

As restrições à propriedade privada atendem à sociodiversidade e à redistribuição, bem como promovem indiretamente a proteção de outros interesses, como os sistemas de conhecimento tradicionais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No caso específico do meio ambiente, chama-se a atenção para o fato de que os direitos indígenas não constituem mero instrumento da preservação do meio ambiente, pois isso representaria “naturalizar” ou “animalizar” os destinatários da proteção, renegando toda a luta e a trajetória dos povos indígenas para serem reconhecidos como iguais. Afinal, o peso dos direitos territoriais indígenas já é elevado em razão dos fatores étnicos e culturais. Todavia, os dados estatísticos são esclarecedores ao indicarem que há uma conexão intrínseca entre o reconhecimento desses direitos e a proteção ambiental. As formas não predatórias de interação com a natureza correspondem a um padrão usual de comportamento da grande maioria dos povos indígenas, o que permite que as terras indígenas constituam uma importante barreira ao desmatamento, tendo em vista a forma de intervenção não predatória desses grupos⁷³⁰.

⁷²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009, p. 235.

⁷³⁰ Segundo dados do Instituto Socioambiental (ISA), entre agosto de 2016 e julho de 2017, apenas 2% de todos os desmates na região chamada de arco do desmatamento da Amazônia ocorreram em terras indígenas. Tal percentual é idêntico ao índice histórico: de 784 mil quilômetros de floresta devastados até hoje na região, 98% não estão em terras indígenas. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/terras-indigenas-seguem-barrando-desmatamento-mas-situacao-de-algumas-areas-e-critica>>

Não obstante, é necessário admitir que quanto mais a solução prevista pela Constituição de 1988 deixa de ser implementada, aumenta a cadeia de proprietários de boa-fé e de ocupantes que retiram da terra o seu sustento e nela possuem sua moradia, ainda que de forma dependente de outros proprietários. Nesse cenário, os diversos atores sociais, de latifundiários a pequenos produtores, passam a temer a demarcação, argumentando perdas econômicas, existência de vínculos afetivos com a terra e a insuficiência da compensação apresentada, entre outras alegações.

Em situações do gênero, considerando as diferentes vocações de desenvolvimento, as perspectivas distintas no contexto intercultural tendem a entrar em choque, com consequências na vida daqueles que nutriram expectativas sobre o uso da terra. Afora as questões de responsabilidade civil, que podem ser debatidas pelos proprietários prejudicados, em vias próprias, para tratar de transações/evicções realizadas em terra indígena e questionar a postura pretérita do Poder Público, é possível vislumbrar outras situações em que a imprevisibilidade da demarcação pode gerar impactos sociais graves em uma determinada localidade. A concretização dos direitos territoriais gera repercussões concretas sobre a situação daqueles que são tidos como atuais proprietários ou que estão na terra, notadamente quanto à previsibilidade das atividades que nela desenvolvem e aos vínculos subjetivos e afetivos que podem ter com ela, ainda que esta relação não possua a mesma intensidade que existe para os indígenas.

A pendência de um processo demarcatório produz impactos na previsibilidade das relações jurídicas que o atual proprietário vai desenvolver, como investimentos na produção, ajustes de benfeitorias e exploração de recursos naturais, entre outros. Ainda que a interculturalidade almeje promover um melhor equilíbrio entre as propriedades, atendendo a uma diretriz prevista na própria Constituição, as consequências do processo demarcatório nos diferentes tipos de propriedades precisam ser avaliadas, notadamente quanto ao papel do Estado para permitir uma adequada compatibilização entre os bens jurídicos, sobretudo no que se refere à dimensão existencial.

De fato, há, nesse contexto, um conjunto de relações pautadas pela boa-fé que deixam apreensivos certos proprietários e ocupantes em razão da possibilidade de demarcação futura. Tais situações devem ser diferenciadas, de modo a viabilizar que as perdas decorrentes da demarcação não inviabilizem o exercício do direito de propriedade quanto a aspectos existenciais. A inércia estatal e as práticas espoliatórias sobre territórios indígenas no passado, muitas delas estimuladas pelo Poder Público, produziram um cenário de aparente estabilidade

para esses atores, a qual não mais perdura diante do “risco” potencial do processo demarcatório.

Com efeito, se o Estado houvesse adotado desde 1988 uma posição célere na demarcação de territórios, certamente tais problemas seriam residuais, pois abrangeriam uma gama menor de situações, e boa parte das disputas territoriais já estariam resolvidas, ainda que novas reivindicações possam vir a surgir no presente. A omissão estatal no dever de demarcar é a principal responsável por um cenário de insegurança jurídica real, para indígenas e não indígenas, recaindo com mais ênfase sobre os primeiros e sobre os mais pobres, agravando uma paisagem de tensões antes latentes. Essa questão já era objeto de preocupação dos próprios indígenas durante a Assembleia Constituinte, quando em sua plataforma política clamavam pelo reassentamento, em condições dignas e justas, dos posseiros pobres que se encontravam em seus territórios.

Não se trata, obviamente, de afastar ou protelar a demarcação das terras indígenas, que está assegurada pela Constituição e não enseja outro tipo de indenização, tampouco de estabelecer ponderação entre propriedades em momento anterior ao da demarcação, tema que será objeto do tópico 5.4. O que se pretende é prevenir certas consequências que decorrem da omissão estatal em demarcar territórios há muito tempo demandados, de forma a não causar um grave prejuízo a pessoas que se encontrem em situação vulnerável, como pequenos produtores, comunidades tradicionais e trabalhadores sem terra. Em outros termos, a via do processo demarcatório deve seguir o seu curso regular, mas é possível desenvolver soluções que confirmem uma maior estabilidade social em situações que impactam de forma desproporcional em certos proprietários e ocupantes, sobretudo aqueles que desenvolvem algum vínculo existencial com o bem e retiram da terra o seu sustento. Essas soluções podem comportar o reassentamento desses proprietários/ocupantes e o planejamento e fomento estatal a certas produções.

Mesmo no caso das propriedades privadas de natureza eminentemente patrimonial, a demarcação futura pode desestimular investimentos de produção, em razão da falta de previsibilidade quanto à manutenção da titularidade da terra, ou mesmo acelerar uma postura predatória sobre a terra, com vistas a aproveitar tudo aquilo que ela pode oferecer⁷³¹. Contudo, são distintas as propriedades que se destinam à produção em vínculo intrínseco com a subsistência daquelas que servem à produção em larga escala ou apenas ao poder simbólico e político.

A atenção que o Estado vai destinar a essas situações dependerá do estímulo que se

⁷³¹ BENSON, Bruce L. *Conclusion: Instability and Inefficiency Are the Inevitable Results of Government Planning and Regulatory Implementation*. In: _____ (ed.). *Property Rights: Eminent Domain and Regulatory Takings Re-Examined*. New York: The Independent Institute, 2010, p. 286.

pretende conferir a certas atividades econômicas, de modo a minimizar os impactos causados pela demarcação iminente. Nesse campo, políticas estatais podem ser utilizadas para estimular a produção em outros locais, e devem distinguir a situação dos bens improdutivos, que correspondem a propriedades que não servem à produção, daqueles destinados a uma atividade econômica, conferindo se estes atendem a um modelo desejado de exploração agrícola e não ofendem outros bens jurídicos, como o meio ambiente.

Há, por outro lado, propriedades ou ocupações que representam um vínculo existencial com a terra, já que estão ligadas a atividades de subsistência ou à própria moradia das famílias. Nas pequenas propriedades, preponderam relações de produção familiares, com vínculos especiais com a terra, sendo que as pessoas produzem uma identidade relevante com o lugar. Nesses casos, a falta de compensação decorrente da demarcação ou a indenização apenas por benfeitorias pode tornar precária a situação dessas pessoas. É cabível, assim, assegurar mecanismos de reassentamento em caso de demarcações, tendo em vista a privação de propriedades a que certas pessoas ou grupos de pessoas estarão sujeitas. Nesse sentido, o direito à moradia adequada compreende não apenas um teto, mas o direito de viver em paz, segurança e dignidade, conforme já ressaltou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao tratar do art. 11 do PIDESC, na Observação Geral nº 4. Tal direito se aplica a todos, independentemente da idade, da situação econômica ou da posição social, e o Estado pode adotar medidas como a desapropriação de terras, inclusive das que não cumprem sua função social, para viabilizar o reassentamento.

Por fim, em caso de propriedades de outros povos tradicionais, a situação é complexa, pois demandará uma harmonização de propriedades, a ser discutida no próprio processo demarcatório. A relação que essas comunidades desenvolvem com o território é bastante similar à dos povos indígenas, de modo que qualquer política de reassentamento poderá representar uma violação de direitos básicos. Considerando a Convenção nº 169/OIT e a própria Constituição, é importante que os processos demarcatórios levem em consideração mecanismos de convivência e que permitam, sempre que possível, o compartilhamento de territórios e de recursos, de modo a impedir uma violência irreparável sobre comunidades cujos modos de vida gozam da mesma singularidade que os dos povos indígenas.

5.3 O protagonismo indígena nas disputas interpretativas sobre os direitos territoriais

Como afirma Eric Wolf, desde cedo a escola nos ensina que o Ocidente é uma entidade independente de outras civilizações e que segue uma determinada genealogia, na qual a história se converte em um relato dos ganhadores, bons e virtuosos, sobre os perdedores. Assim, a Grécia antiga deu origem a Roma, que deu origem à Europa cristã, ao renascimento, ao iluminismo, à democracia política e à revolução industrial. A democracia produziu os Estados, de onde surgiram os direitos à vida, à liberdade e à busca pela felicidade.

Os povos derrotados são tratados como povos sem história, relegados a um estudo de etno-história, que não se confundiria com a “verdadeira” história. No entanto, Wolf observa que, quanto mais se conhece a tal etno-história, a constatação de que a história “deles” e a “nossa história” são parte de uma mesma história se torna mais evidente. Não existe uma história indígena que é separada da história dos brancos, pois ambas são componentes de uma história comum, sendo que algumas partes desse mosaico foram suprimidas por razões políticas, econômicas ou ideológicas⁷³².

Como consequência dos processos de dominação, a história oficial reflete a história dos dominadores. Sem embargo, os processos históricos não se limitam à sucessão linear de acontecimentos escolhidos para favorecer uma versão da história. Como já se disse no capítulo 2, há uma heterogeneidade histórico-estrutural que deve ser reconhecida, agregando perspectivas e trajetórias distintas. A genealogia do pensamento decolonial deve ser pluriversal e reintroduzir línguas, memórias, economias, organizações sociais e subjetividades.

No primeiro capítulo, colocou-se em evidência o manifesto cosmopolítico de Davi Kopenawa. A forma como as interações sociais ocorrem e a repercussão sobre os povos indígenas são inimagináveis aos olhos de uma visão etnocêntrica. A ação estatal produziu efeitos nas cosmologias, nos territórios e na forma de engajar-se na ação política. Kopenawa não só resistiu, como agora parte para uma ofensiva. Quer convencer os brancos da sua defesa da floresta e da inviabilidade do reinado da mercadoria. A profecia da “queda do céu”, que o xamã yanomami teme, não distingue índios e não índios, por isso o diálogo é inadiável. Resta inclinar-se à efetivação desse aprendizado recíproco, como faz Kopenawa.

O diálogo intercultural não é um processo simples e corre o risco de ser afetado pela imposição dos valores dominantes, consistindo em mero adorno para o desfrute capitalista e liberal de uma diferença estilizada. O diálogo desigual não é transformador, ainda que propicie a abertura de algumas brechas, que podem permitir aos indígenas que se organizem para questionar as suas bases, como ocorreu na Bolívia e no Equador.

⁷³² WOLF, Eric R. *A Europa e os povos sem história*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 43.

A utopia de um diálogo intercultural pleno não pode negar que o caminho é árduo, pois demanda a desconstrução de um racismo epistêmico de mais de quinhentos anos. Por isso, a desobediência epistêmica, que propõe Walsh, e a consolidação de medidas afirmativas com viés transformativo, a que se refere Fraser, devem compor estratégias de luta na descolonização dos próprios direitos humanos. A alternativa da interpretação intercultural trilha por essa estrada, tentando revirar o ordenamento e ressignificá-lo de forma construtiva mesmo com o jogo em andamento.

O trajeto só será completo, porém, se contar com o protagonismo indígena. A lógica da tutela ainda está muito arraigada na condução dos assuntos que interessam aos indígenas. Em vários espaços, muitas deliberações que afetam decisivamente os indígenas prescindem de uma interferência decisiva desses grupos na definição dos rumos escolhidos. Em debates acadêmicos, na atuação do Ministério Público, nas decisões da FUNAI e da SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena), no Parlamento, no Ministério da Justiça e no Judiciário, os indígenas carecem de mecanismos institucionais de controle das decisões e não há arranjos que os coloquem no centro das esferas de poder. Em relação a processos decisórios mais amplos, que não lhes digam respeito de forma direta, a situação é ainda pior, pois a participação indígena sequer é cogitada.

Pode-se utilizar como exemplo o sistema de justiça, onde há constante denegação aos indígenas de direitos básicos, como a citação e a participação em processos judiciais – com resquícios de aplicação do regime da tutela -, e indiferença quanto ao pluralismo que a Constituição expressamente assegurou, por meio de um indisfarçado olhar colonial, superior e indiferente. O processo judicial não é aberto à participação dos índios, que só podem se fazer representar por advogado e dificilmente são atendidos por um juiz – às vezes nem é autorizada sua entrada no fórum ou, quando admitida, são feitas exigências, como a retirada de pinturas ou a colocação de camiseta. Da mesma forma, são raras as vezes em que um julgador se dispõe a realizar uma reunião com a comunidade ou a realizar uma inspeção judicial na terra indígena nos casos de conflitos de terras. Apesar do art. 232 da Constituição, predominam as mediações – via FUNAI, MPF ou Defensoria – e a discussão em torno dos papéis, dos registros e das leis dos brancos.

Mesmo os órgãos de mediação estabelecem uma relação distanciada com as comunidades. No MPF, embora tenha se consolidado uma cultura institucional de respeito a esses povos e de atuação combativa, por conta da existência da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão e de um grupo de procuradores comprometidos com a causa, em muitas unidades ainda prevalece uma relação meramente burocrática com as lideranças, de apoio em situações

emergenciais e de pouca interação com as demandas apresentadas, sem falar nos casos em que a atuação do órgão acaba contribuindo para a própria desagregação da comunidade⁷³³.

Esse distanciamento evidencia não apenas o fato de que a ultrapassada ideia de incapacidade civil paira sobre as pré-compreensões dos juristas, com a sobreposição do Estatuto do Índio à Constituição, mas também um distanciamento regulamentar por parte dos órgãos do sistema de justiça quanto a esta pauta, preferindo colocar a responsabilidade pelo encaminhamento de soluções à FUNAI, enquanto parte, deixando de fora do processo os principais interessados. Muitas vezes os índios são privados da possibilidade de estar no processo, como se viu no julgamento dos embargos de declaração no RMS 29.087/DF⁷³⁴, no STF, que denegou a participação indígena em razão da presença da FUNAI, e, quando isso acontece, lhes é relegado um papel menor, com o risco de ser obscurecido pela atuação do MPF e da FUNAI. O julgamento do caso Raposa Serra do Sol ratificou essa invisibilização, o que se extrai da inexistência de audiências públicas e da falta de abertura a um diálogo intercultural com os diversos povos para discutir as chamadas salvaguardas propostas pelo Min. Menezes Direito.

A proteção jurídica efetiva desses povos depende de direitos a procedimentos judiciais e administrativos, os quais desempenham um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais das comunidades. Isso não decorre apenas da característica dos processos demarcatórios, mas também pelo fato de que qualquer tipo de decisão que subestime a voz dos povos indígenas incorrerá em forte etnocentrismo. As normas procedimentais e organizacionais aumentam, portanto, a proteção aos direitos fundamentais territoriais e devem ser entendidas como parte de sua implementação⁷³⁵.

A criação de condições para o florescimento do protagonismo indígena é medida premente, a ser adotada em várias esferas. No âmbito da concretização dos direitos territoriais, que é o escopo deste trabalho, devem ser estimulados os processos políticos de participação na definição dos territórios e a internalização do pensamento indígena na análise jurídica da temática.

A participação política dos indígenas na demarcação de terras indígenas depende da capacidade de mobilização desse grupos para desnaturalizar a realidade fundiária existente e

⁷³³ Nesse sentido, veja-se: Carta Capital. Indígenas de São Paulo são acossados por todos os lados. Marsílea Gombata, publicado em 30/08/2016. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/916/indigenas-de-sao-paulo-acossados-por-todos-os-lados>> Acesso em 10 out. 2016.

⁷³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No RMS 29.087/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 08.03.2016.

⁷³⁵ Sobre o tema, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488-490.

assegurar a propriedade indígena. Esta, como se viu, não depende da ação estatal de demarcação, razão pela qual a atuação política dos indígenas contribui para romper a inércia de um Estado comprometido com a mera normalização de ilegalidades e que não se desincumbe de seu dever constitucional.

Na qualidade de atores políticos, os indígenas são também intérpretes da Constituição, e buscam aliados e parceiros, inclusive não indígenas, para conduzir estratégias que façam valer os seus direitos territoriais. Em caso de omissão do Estado, a adoção de estratégias de mobilização e luta como as “retomadas” e as “autodemarcações” são plenamente legítimas, pois asseguram a defesa da propriedade indígena contra investidas de terceiros e provocam a desestabilização do *status quo* na busca efetiva de soluções⁷³⁶. Nesse contexto, a criação de contranarrativas dinâmicas apresenta-se de variadas formas, como a construção dos territórios com base nos próprios parâmetros dos grupos e a criação de suas próprias cartografias, em contestação às cartografias oficiais, rompendo com as perspectivas que essencializam as identidades⁷³⁷.

Outra via de participação dos indígenas é o acompanhamento permanente dos processos de demarcação, mediante controle da atuação administrativa e interferência nas deliberações. As demarcações, embora demandem capacidades institucionais típicas do Poder Executivo, não são processos exclusivamente técnicos ou neutros. O processo demarcatório não se resume ao estabelecimento de marcos físicos ou trabalhos de topografia, nem à suposta investigação de espaços tradicionais. Há uma tendência em naturalizar o tratamento do vínculo de determinada população a um determinado local específico, como se houvesse concepções imutáveis de territorialidade ao longo do tempo⁷³⁸. A configuração da terra indígena demarcada depende de muitas variáveis que precisam ser desnaturalizadas, como as legislações envolvidas, os interesses dominantes e as disposições negociais para a concretização do direito, inclusive dos próprios indígenas. A presença política efetiva dos indígenas é fundamental para que o direito territorial seja concretizado (terra indígena

⁷³⁶ Por exemplo, na Terra Indígena Maró, no Pará, diante da omissão do órgão indigenista, os Borari e Arapium deram início a um movimento autônomo de delimitação territorial, com base na lógica das próprias comunidades. Foi elaborado um mapa participativo, indicando uma área de 42 mil hectares. Sobre o tema, veja-se: TAPAJÓS, Ib Sales. “Direitos Indígenas no Baixo Tapajós, entre o Reconhecimento e a Negação: o caso da Terra Indígena Maró”. *Revista InSURgência*. Brasília, ano 1, v. 1, n.2, 2015, p. 94-95.

⁷³⁷ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 41-62.

⁷³⁸ OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 369.

demarcada) de forma próxima ou igual àquela por eles almejada (terra indígena constitucional).

Isso não significa que a imprescindível participação de um grupo técnico composto por profissionais ligados a campos do saber como a antropologia e a história deve ser desvalorizada, mas sim que o protagonismo indígena é imprescindível no estabelecimento da fronteira étnica. Há um caráter sociocultural no processo de demarcação que não se confunde com uma noção tecnicista que trate de forma exclusivamente objetiva o processo demarcatório. É reducionista imaginar que uma identificação de área indígena corresponde, por exemplo, a um simples ato técnico de busca de antigos cemitérios, como se ela se resumisse a uma procura por impressões digitais⁷³⁹. A articulação política e os anseios dos grupos envolvidos, que devem ser os protagonistas desses processos, são fatores preponderantes.

A atividade antropológica é fundamental, pois auxilia na tradução intercultural e nas constantes negociações que envolvem a definição de uma terra indígena a ser demarcada. Não obstante, o antropólogo não substitui a comunidade, e apenas os indígenas são capazes de dizer como se configuram, em sua visão, os territórios, e as mediações devem ser vistas permanentemente de forma crítica, com vistas a minimizar a sua influência. Acresça-se que o destaque que ora se confere à complexidade dos processos envolvidos e ao protagonismo indígena não tem nada a ver com o arbítrio político que os opositores da causa indígena almejam com a proposta de transferir a atribuição para demarcações ao Poder Legislativo. Dizer que o processo demarcatório contém aspectos não tecnicistas não autoriza a sua subordinação à maioria política ocasional no Parlamento. O processo envolve capacidades institucionais próprias do Executivo e demanda uma interação no devido processo administrativo que não autoriza uma postura discricionária na decisão final⁷⁴⁰.

Mas isso não é suficiente: a adoção de uma estrutura cerrada como a do sistema de justiça – refratária às comunidades, formal e escrita - deve ser transformada para garantir a efetiva participação das comunidades. A constituição dos arquivos deve contrapor versões e substituir os registros cartorários pela história do conflito. A manifestação indígena deve ser obrigatória, bem como a tradução intercultural, em toda e qualquer deliberação que os afetem,

⁷³⁹ Id; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Demarcación y reafirmación étnica: una etnografía de la agencia indigenista. In: _____ (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil*. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 57.

⁷⁴⁰ Colocar a garantia territorial das minorias étnicas no Congresso Nacional representaria o mesmo que esvaziar o núcleo essencial do art. 231 da Constituição. Sobre o tema, veja-se: SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: *a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas*. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2016.

de modo a estimular um caráter dialógico no processo de tomada de decisões, ainda que estas não sejam exatamente coincidentes com os anseios indígenas. A estrutura dos órgãos deve dispor de arranjos plurais de organização que potencializem constantemente as interpretações indígenas, a serem complementados por audiências e pela valorização do pluralismo jurídico.

Ao lado da participação, a internalização das diversas cosmovisões no processo interpretativo deve permear toda a compreensão sobre os direitos territoriais. Para que a propriedade indígena seja compreendida em sua plenitude, a apreensão das antropologias e filosofias indígenas demanda uma releitura do texto constitucional e da legislação. Os movimentos indígenas na Bolívia e no Equador obtiveram êxito na tarefa de fazer constar das Constituições um projeto político que condensou suas cosmologias. Ainda que as perspectivas indígenas não constem do texto constitucional brasileiro, novas leituras e compreensões podem ser extraídas da interpretação, a começar pelo reconhecimento de direitos territoriais, e o movimento indígena pode condensá-las politicamente em conceitos sintetizadores, como ocorreu nos países andinos.

Nessa construção, a justiça cognitiva preconiza que as explicações e pensamentos devem valorizar as memórias e as interpretações que os grupos fazem de suas trajetórias, assegurando a elaboração de uma cultura de resistência e um embate que desvende a parcialidade das instituições. A interpretação desvinculada de parâmetros correntes, como os que envolvem a propriedade e os direitos à vida e ao desenvolvimento, implicam a desnaturalização da colonialidade. Nesse ponto, o papel dos subalternos, daqueles que vêm de baixo, das margens e das fronteiras, é denunciar as desigualdades epistemológicas, por meio da provocação política de novas interpretações sobre a realidade existente.

A descolonização dos saberes por meio de conceitos que sejam representativos das concepções indígenas, nos moldes da experiência com *suma qamaña* e *sumak kawsay* e a despeito das distorções lá adotadas pelos governos e elites locais, proporciona uma limitação à própria atividade do intérprete. Na análise das propriedades indígenas, o intérprete – não apenas o juiz – deve considerar esses fatores e desenvolver justificativas para suas escolhas, com elevado ônus argumentativo em caso de afastamento dessas cosmovisões.

Por fim, a tradução intercultural deve oferecer aos direitos territoriais a igualdade extensiva em todos os âmbitos. Nesse sentido, conferir peso probatório idêntico à prova documental e à compreensão histórica de eventuais conflitos, buscando entendê-lo pela memória oral dos povos tradicionais e pelos laudos antropológicos, é outra internalização imprescindível.

5.4. Enquanto a demarcação não vem: precedência *prima facie* e mínimo existencial

Apesar de a Constituição impor deveres de proteção ao Estado brasileiro na concretização de direitos territoriais indígenas, existe um cenário alarmante de omissão. Após três décadas da promulgação da lei fundamental, os povos indígenas vêm sendo considerados os principais adversários do projeto de desenvolvimento traçado para o país. De um lado, as ações extrativistas do Estado estimulam a exploração de recursos hídricos e minerais com impactos em territórios antes pouco notados. De outro, o agronegócio vê nas terras indígenas um entrave para a exploração econômica e para a própria expansão da fronteira agrícola rumo a regiões antes pouco exploradas.

Os opositores da causa indígena se organizaram na bancada ruralista do Congresso Nacional para minar as conquistas consolidadas na Constituição de 1988. Isso se dá em várias frentes: reforma legislativa⁷⁴¹, atuação judicial para conferir a menor densificação possível ao art. 231 da Constituição e intercessão junto ao Poder Executivo para enfraquecer a posição administrativa da FUNAI⁷⁴².

Paralelamente a esse processo, a violência contra os povos indígenas vem aumentando, e o número de mortes por assassinato saltou de 92, em 2007, para 138, em 2014⁷⁴³. Após visita ao país em 2016, a Relatora Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre direitos indígenas apontou preocupação com o cenário, sobretudo em desfavor dos Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul, tendo em vista que os ataques decorrem de represálias a reocupações de terras pelos indígenas após “longos atrasos nos processos de demarcação⁷⁴⁴”. O documento destaca que o Brasil possui uma Constituição progressista, com

⁷⁴¹ A Proposta de Emenda à Constituição nº 215 tem por objetivo transferir a atribuição do processo demarcatório do poder Executivo para o Legislativo, justamente o *locus* em que as minorias étnico-culturais possuem menos voz e estarão sujeitas a maiorias de ocasião para a regularização de seus territórios. O andamento da proposta pode ser acompanhado na Internet. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>> Acesso em 10 dez. 2017.

⁷⁴² A comissão parlamentar de inquérito (CPI) instaurada para apurar, de forma genérica, a atuação da FUNAI e do INCRA, foi uma das estratégias adotadas. O relatório final da CPI pediu a responsabilização de servidores da autarquia, antropólogos e lideranças de movimentos sociais. BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito FUNAI-INCRA 2. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/CPI/RELATÓRIO%20CPI%20FUNAI-INCRA%202.pdf>> Acesso em 10 dez. 2017.

⁷⁴³ Conforme dados do Conselho Indigenista Missionário. Conselho Indigenista Missionário- CIMI. *Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil: Dados de 2014*. Brasília: 2015, p. 74.

⁷⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas. 08 de agosto de 2016, p. 6. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>. Acesso em 23 set. 2016.

“disposições exemplares para a proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas”, nas quais se reconhece a diversidade cultural do país, e já foi líder mundial em demarcações. Contudo, passados oito anos desde a visita do relator anterior, “tem havido uma inquietante ausência de avanços” na matéria. Como exemplo, cita a estagnação dos processos de demarcação, a realização de empreendimentos sem a observância de consulta prévia, o aumento da discriminação e do racismo institucional. Como conclusão, a relatora acredita que os povos indígenas enfrentam hoje riscos mais graves do que em qualquer outra época desde 1988⁷⁴⁵.

No governo Temer, a situação se agravou, pois houve o bloqueio dos canais de diálogo com os povos indígenas, restrições orçamentárias de grande monta e a colocação de adversários da causa indígena em postos estratégicos dentro da FUNAI. Além disso, a matéria foi utilizada como moeda de troca política para o Presidente da República angariar apoio político contra denúncias de corrupção⁷⁴⁶. Há um cenário de asfixia das dimensões organizacionais e procedimentais atinentes aos direitos territoriais indígenas, o que coloca sua efetivação em uma encruzilhada. A falta de demarcação de diversos territórios é fruto de uma decisão do Poder Executivo de negação do regime constitucional estabelecido.

A omissão estatal na condução e conclusão de processos demarcatórios coloca os grupos indígenas em patente vulnerabilidade, que se agrava diante de uma práxis jurídica que trata os territórios ocupados com as lentes exclusivas da propriedade privada e da posse civil ou, na melhor das hipóteses, com um repertório limitado de ferramentas da interpretação constitucional, apoiado na dependência da demarcação para a implementação dos direitos territoriais. Contra as ocupações tradicionais, os proprietários privados ajuizam reintegrações de posse, alegam possuir títulos e recorrem ao Judiciário para contestar a veracidade da autoidentificação indígena, e muitas vezes se valem de esforços próprios para agir de forma paralela e intimidatória. Contra as demarcações, além de ações anulatórias, há uma cobrança política intensa, e o tema é objeto de barganha em decisões importantes do Legislativo.

⁷⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas. 08 de agosto de 2016, p. 13. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>. Acesso em 23 set. 2016.

⁷⁴⁶ O parecer normativo da AGU sobre a aplicação do marco temporal e das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol para todas as terras indígenas foi publicado às vésperas de votação no Congresso sobre a continuidade de denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República. Sobre o tema, veja-se: El País Brasil. Para se salvar no Congresso, Temer estabelece regra que pode impedir demarcações indígenas. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/21/politica/1500589783_221019.html> Acesso em 10 dez. 2017.

A mora do Executivo e a falta de respostas judiciais criam indefinições nos processos de identificação de territórios, favorecendo o avanço de terceiros sobre essas terras e o discurso que coloca em dúvida a reivindicação de determinado povo⁷⁴⁷, aprofundando a vulnerabilidade e postergando o reconhecimento de direitos. É fundamental, por essa razão, densificar a interpretação da propriedade indígena, de modo a assegurar a proteção independentemente da inércia estatal. O estudo concreto da equiparação de propriedades conduz à adoção da técnica de ponderação de interesses.

A dependência de uma decisão estatal para a proteção de direitos territoriais é inadmissível, notadamente em razão da impossibilidade de controles efetivos da omissão e do aumento da vulnerabilidade que a omissão propicia⁷⁴⁸. Enquanto a demarcação não vem, há um cenário visível de proteção insuficiente da propriedade indígena, não apenas em relação à dimensão prestacional, mas também quanto à dimensão de defesa. A fragilidade da primeira se revela na ausência de atuação estatal em favor da demarcação e da proteção contra terceiros, ao passo que a da última decorre dos constantes riscos de intervenção estatal ou de particulares. Nas colisões com a propriedade privada, a propriedade indígena não recebe o adequado tratamento pelos poderes, especialmente pelo Judiciário, que enxergam o conflito sob uma lógica civilista e não conferem qualquer relevância ao direito fundamental *prima facie*, subordinando qualquer definição do direito territorial indígena ao processo demarcatório, o que chega a autorizar reintegrações e remoções. Na prática, prolonga-se o impasse, em virtude de fortes pressões políticas para a interdição do processo demarcatório, e a vulnerabilidade dos grupos indígenas em seus territórios só aumenta, assim como os episódios de violência e marginalização. Diante disso, mostra-se inevitável a pergunta: enquanto a demarcação não vem, o que fazer?

Como se viu no item 5.1.3, quando o processo demarcatório é encerrado, a resolução é menos tormentosa, pois a Constituição já definiu a prevalência da propriedade indígena e a nulidade ou não produção de efeitos dos títulos incidentes sobre ela, nos termos do art. 231, §

⁷⁴⁷ A expressão “supostos índios” é uma forma de deslegitimar, desde o início, a reivindicação territorial, atribuindo o tratamento como povo indígena apenas àqueles “primitivos” e “selvagens”.

⁷⁴⁸ É igualmente válida, neste caso, a observação de Daniel Sarmiento sobre a inércia estatal e o reconhecimento de direitos territoriais quilombolas independentemente de atos de desapropriação: “Exigir a prévia desapropriação significa, nestes termos, subordinar a garantia do direito à terra das comunidades quilombolas à disponibilidade dos recursos públicos pelo INCRA, e às escolhas políticas do Estado sobre que demandas priorizar, num quadro de escassez financeira. Implica, em outras palavras, postergar indefinidamente a possibilidade de fruição, pelos seus titulares, de direitos fundamentais dotados de aplicabilidade imediata, condicionando-os a variáveis políticas e financeiras altamente incertas”. Cf. SARMENTO, Daniel. Terras Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e o Decreto 4.887/03. In: _____. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 294.

6º. Mesmo nessa situação, há risco de tumultos nos processos de desintrusão⁷⁴⁹, mas juridicamente não subsiste um argumento relevante que sustente a precedência da propriedade privada. A Constituição já fez o sopesamento em favor da prevalência da propriedade indígena, mediante o pagamento de indenizações aos ocupantes de boa-fé. Situação diversa ocorre quando a demarcação ainda não se finalizou ou o processo sequer foi instaurado: nesta hipótese, a concretização das medidas decorrentes da declaração de não produção de efeitos dos títulos privados (indenização derivada das ocupações de boa-fé) é ainda potencial, o que acarreta um conflito entre propriedades, geralmente agravado pela inércia prolongada da União. Ocorre uma colisão de direitos, apta a ensejar a incidência de um teste de proporcionalidade.

No caso de demarcações ainda não finalizadas ou ocupações tradicionais sem processo demarcatório em curso, a concretização das medidas decorrentes da declaração de nulidade ou não produção de efeitos de propriedades privadas (indenização derivada das ocupações de boa-fé) consiste em uma consequência jurídica da demarcação a ser aferida no futuro. A ausência concreta de demarcação, porém, não pode servir de pretexto para afastar os direitos territoriais indígenas, e a propriedade privada não dispõe, nesses casos, de um caráter intocável. Logo, existe uma colisão de direitos fundamentais, que deve ser solucionada por meio da adoção do princípio da proporcionalidade.

Incide também a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que ocorre de forma direta e imediata, pois não depende de qualquer lei que disponha sobre ela e implica a incidência das normas constitucionais sobre as relações em questão. Essa posição pode ser extraída de várias passagens deste trabalho, em que se enfatizou o peso conferido pela Constituição ao enfrentamento das desigualdades e a necessidade de enfrentar no presente as opressões e dominações exercidas por classes e grupos sobre minorias. Além disso, a Constituição estabeleceu a posição especial dos direitos fundamentais na ordem constitucional, por meio dos artigos 5º, § 1º, e 60, §4º, e contém um amplo catálogo de direitos que vinculam particulares princípios como o da solidariedade⁷⁵⁰ (art. 3º, I).

⁷⁴⁹ A desintrusão da Terra Indígena Marãiwatsédé (MT) em favor do povo Xavante, por exemplo, demandou um grande esforço governamental e atuação firme dos órgãos de fiscalização, inclusive forças de segurança, em razão da insegurança crescente provocada por latifundiários locais. A desintrusão só pode ocorrer após decisão do STF. Veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 644/MT. Decisão monocrática. Min. Ayres Britto, julg. 17.10.2012.

⁷⁵⁰ Sobre o tema, como representante da posição ora adotada, cabe a citação do trabalho de Daniel Sarmento: “Portanto, se é certo que, mesmo no cenário alemão, já parece extremamente discutível a correção da tese da eficácia apenas indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no contexto brasileiro esta teoria não pode vingar. Na verdade, a Constituição brasileira, por todos os fatores acima apontados, favorece muito mais as interpretações que aprofundam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada do que a Carta germânica. Ademais, nada há no texto constitucional brasileiro que sugira a ideia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Afora, é certo, alguns direitos que têm como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo), na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no polo passivo das liberdades

É possível, assim, estabelecer parâmetros para a solução de colisões que envolvam a propriedade indígena e a propriedade privada “enquanto a demarcação não vem”. A ponderação entre direitos fundamentais deve conter *standards* que sejam suscetíveis de aplicação a casos equiparáveis e que reduzam o risco de arbítrio do intérprete, estimulando uma segurança jurídica não seletiva.

A situação padrão é aquela em que há uma ou mais propriedades privadas, aparentemente asseguradas pela regra contida no art. 1228 do Código Civil, em colisão com uma propriedade indígena, delineada no art. 231, § 1º, na forma de um direito fundamental *prima facie*, que compreende o território tal como pensado pelos índios, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, § 1º). Nesse caso, há a aparente incidência da regra que garante aquela propriedade privada, a qual, no entanto, pode vir a ser afastada no caso concreto em razão de demarcação superveniente, por força do art. 231, § 6º, da Constituição. Como a demarcação é um processo demorado, fruto da inércia estatal, os proprietários privados tentam fazer prevalecer o seu título, e os indígenas são tratados como invasores e carecedores de qualquer direito sobre o território, o que não possui justificativa constitucional.

A questão pode ser resolvida por meio de um sopesamento entre o princípio em que se baseia a regra da propriedade privada e o princípio da propriedade indígena. Neste caso, diante do fato de que a regra do art. 231, § 6º da Constituição pode ensejar o afastamento da validade da regra que assegura a propriedade privada, o sopesamento das propriedades torna-se possível. Permite-se, então, que seja estabelecida uma lei de colisão, de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes⁷⁵¹. A ponderação não consiste na decisão em si, mas em uma estrutura, composta por três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), mediante os quais se pode fundamentar uma relação de precedência

públicas, que afastasse os particulares. Muito pelo contrário, a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno, transmite a ideia de uma vinculação passiva universal.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 280-281.

⁷⁵¹ A solução ora proposta inspira-se na proposta de Robert Alexy para a resolução de supostas colisões entre princípio e regra. Para o autor alemão, nesses casos, deve haver um sopesamento. Este, porém, não ocorre entre o princípio e a regra, já que esta não é sopesável, mas entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia. No caso em tela, busca-se realizar a ponderação entre propriedades, tendo em vista que a propriedade indígena afasta a validade da propriedade privada, em que pese o fato de a declaração só vir em momento posterior. (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91). Para Virgílio Afonso da Silva, a solução é um pouco distinta: a regra é produto de um sopesamento elaborado pelo legislador. A relação entre a regra e o princípio é uma relação de restrição, expressa na primeira, que é aplicada por subsunção. Em caso de uma situação inconstitucional no caso concreto, é possível controlar a regra, aplicando-se o sopesamento para excluir a aplicação da regra no caso concreto. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52).

condicionada entre os princípios em colisão, a fim de estabelecer a solução do caso concreto⁷⁵².

Neste ponto, entra em cena a precedência *prima facie* dos direitos territoriais indígenas. No plano analítico, pode-se recorrer à doutrina constitucional, que tende a extrair a precedência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico⁷⁵³. Os direitos fundamentais de caráter pessoal, ou seja, aqueles cujo âmbito de proteção compreende bens e atributos vitais para a definição e o desenvolvimento dos indivíduos como pessoas livres e autônomas, ostentam uma condição que deve ser mais protegida que os direitos de caráter meramente patrimonial. A propriedade privada normalmente se amolda à última categoria, ao passo que os direitos territoriais indígenas se enquadram nos direitos de conteúdo pessoal/existencial, estando umbilicalmente integrados ao direito à vida e ao desenvolvimento da autonomia, sendo o território um fator fundamental na própria existência dos grupos⁷⁵⁴.

No plano empírico, deve ser levada em consideração a desigualdade fática entre os proprietários privados e os proprietários indígenas. Neste caso, os aspectos econômicos, as relações de dominação, a posição social e a desvantagem social sistemática são importantes para definir a maior eficácia de um ou outro direito fundamental⁷⁵⁵. A existência de um alto grau de desigualdade fática leva a uma proteção maior do direito fundamental territorial em jogo, tendo em vista a constatação de que a assimetria de poder coloca em risco a autonomia da parte mais fraca⁷⁵⁶. Uma perspectiva intercultural, de viés descolonial, acrescenta a isso a necessidade de diferenciar o interesse que é meramente econômico ou especulativo em uma terra do interesse de um grupo que tem um vínculo sociocultural com a terra, notadamente diante de um histórico de esquecimentos e silenciamentos. Durante a pendência de processos de titulação, a propriedade privada não possui, em regra, esse vínculo existencial, por isso não merece, em regra, proteção imediata, cabendo tão somente eventuais discussões nas vias indenizatórias.

⁷⁵² PULIDO, Carlos Bernal. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 99.

⁷⁵³ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 527.

⁷⁵⁴ Como afirmou Sônia Guajajara, liderança indígena de destaque, em sessão de debate da PEC nº 215/00, realizada em 13/08/2013, “a terra, para cada um de nós, é muito mais do que um pedaço de terra negociável. (...) A terra é mãe e mãe não se vende, não se negocia. Mãe se cuida, mãe se defende, mãe se protege”.

⁷⁵⁵ Nesse sentido: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 286, m. 357.

⁷⁵⁶ Nesse sentido, veja-se: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303.

No plano normativo, a precedência *prima facie* também pode ser extraída do próprio texto constitucional, que, além de estabelecer que os títulos incidentes sobre a propriedade indígena são nulos e não produzem efeitos, trata os direitos territoriais indígenas como originários. Essa expressão, como já se enfatizou antes, não deve ser entendida como a avaliação de uma presença física em um passado remoto, mas como um elemento de precedência, com o sentido de “prioridade”, do direito territorial sobre a propriedade privada, em razão da condição originária, favorecendo uma relação de precedência condicionada no caso concreto⁷⁵⁷ e a atribuição de um peso maior à propriedade indígena.

Essa relação de precedência condicionada não leva à conclusão de que a propriedade indígena vai prevalecer em todas as situações, pois a propriedade privada também goza de proteção constitucional, mas confere um peso àquele direito que implica um elevado ônus argumentativo para superá-lo⁷⁵⁸. Há uma justificativa jurídico-constitucional, a ser racionalmente avaliada no exame de proporcionalidade. Neste caso, a avaliação da historicidade da reivindicação na determinação de uma cidadania de segunda classe ao grupo concretamente analisado, que não se confunde com uma investigação arqueológica da ocupação, desempenha um papel crucial.

No caso dos territórios indígenas, a garantia de condições efetivas para o exercício do direito de propriedade é essencial, de modo que a precedência *prima facie* deve ser exercida em relação a latifúndios, mesmo produtivos, ou médias propriedades. A indefinição quanto aos exatos limites do território deve tender a prevalecer em favor da comunidade, forçando inclusive o Estado a atuar para promover a identificação, delimitação e titulação da área. Diferente é a situação da propriedade que também assume uma dimensão existencial ou atende a um interesse coltivo. Por exemplo, a propriedade privada ou pública que cumpre uma função social em favor da coletividade ou aquela em que ambas as propriedades atendem a condições existenciais de vida, como no caso de outros povos tradicionais e pequenos proprietários rurais, quando será necessário promover outros arranjos para assegurar uma concordância prática dos direitos fundamentais e a convivência pacífica enquanto perdurar o processo de titulação. Nesse caso, não haveria a precedência *prima facie* da propriedade indígena, mas seria cabível, por exemplo, viabilizar a instauração de um incidente plural de conciliação, com protagonismo das comunidades, a ser submetido a um órgão judicial para

⁷⁵⁷ A relação de precedência condicionada consiste no estabelecimento de condições em que um princípio precede o outro, estabelecendo uma lei de colisão. Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

⁷⁵⁸ Cf. STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

homologação, mediante a criação de canais que garantam a participação efetiva dos grupos envolvidos e exijam do Estado a apresentação de soluções definitivas para a demarcação, além de eventuais reassentamentos e arranjos de convivência com as propriedades de outros povos tradicionais. Essa conciliação pode interferir, inclusive, no resultado do processo demarcatório, garantindo possibilidades de convivência entre as propriedades existenciais⁷⁵⁹.

A indicação de uma precedência *prima facie* da propriedade indígena na colisão de direitos contribui para a contenção de uma postura muito comum dos que se opõem às titulações, consistente na criação artificial de “fatos consumados” (construções, divisão de terras etc) sobre as propriedades indígenas, e pressiona o Estado a deixar de omitir-se ou de agir parcialmente nos conflitos socioambientais. Ao mesmo tempo, retira do sistema de justiça a margem de discricionariedade ou seletividade no entendimento sobre as ocupações tradicionais e reconhece as ações políticas de retomadas e autodemarcações como plenamente lícitas, pois representam o exercício do direito de propriedade indígena ante um cenário de omissão estatal. Mais do que a ocupação de terras promovida por movimentos sociais como forma de pressão pela reforma agrária, a ação indígena embaralha de forma direta a realidade fundiária, pois desestabiliza a normalidade registral para cobrar o reconhecimento de propriedades que prescindem de titulação, nos termos da Constituição.

A aplicação da colisão é bastante palpável nos casos em que as comunidades conseguiram ocupar os territórios reivindicados – ou, ao menos, parte deles -, mas pode ser igualmente aplicada nos casos em que a ocupação não é atual, como demonstrou a Corte IDH no caso *Yakye Axa*. Na última hipótese, a aferição da precedência *prima facie* em contextos pré-demarcatórios dependerá da demonstração de uma presença ativa do grupo que a reivindica e de aspectos relativos à historicidade. Nesses casos, a mobilização por direitos territoriais, por meio de retomadas e autodemarcações, pesa a favor das comunidades, e não contra, pois desfaz o círculo vicioso causado pela omissão estatal no dever de demarcar como fator legitimador do cenário de privação a que as comunidades estão submetidas.

Por fim, uma compreensão intercultural deve recair também sobre o mínimo existencial. A pendência de conflitos socioambientais e de processos que discutem o direito aos territórios leva à incerteza e ao acirramento dos conflitos, o que enseja a observância de direitos mínimos de sobrevivência física e cultural a esses povos enquanto aqueles estejam pendentes. O mínimo existencial compreende o exercício de condições básicas para uma vida digna, assegurando-se um núcleo essencial de direitos para o desenvolvimento de seus projetos de vida – individuais ou comunitários. O conteúdo desse núcleo de direitos carrega

⁷⁵⁹ Uma vez concluída a demarcação, caso esta defina pela prevalência da propriedade indígena, as demais propriedades devem ceder.

uma noção imprecisa de bem-estar para cada indivíduo ou grupo social, que demanda, no campo da interculturalidade, uma posição de abertura às diferentes cosmovisões⁷⁶⁰.

Há autores que justificam o mínimo existencial com base em seu caráter instrumental, com o fim de garantir o exercício da liberdade ou da democracia⁷⁶¹. Por outro lado, há a justificativa independente, que vê no mínimo uma vinculação com as necessidades humanas. Independentemente da posição adotada, é evidente a conexão da ideia de mínimo existencial com a de dignidade da pessoa humana e a relevância desse conceito para a fundamentação de prestações positivas e negativas pelo Estado não protegidas por direitos fundamentais expressamente positivados. Normalmente essas prestações são tratadas apenas no campo dos direitos sociais, porém, no caso de povos tradicionais, podem ser atreladas a uma noção que tenha como referência conceitos desenvolvidos por eles como o de *vivir bien/buen vivir*, no sentido de que a efetivação de direitos mínimos a essas comunidades pressupõe assegurar o acesso aos recursos de uso comum e o exercício dos modos de vida sem embaraços, em respeito à reprodução social, cultural e espiritual dos grupos.

A Constituição autoriza um componente socioambiental⁷⁶² ou ecológico⁷⁶³ do mínimo existencial, mediante a garantia de condições ambientais sem as quais não há vida digna. Em que pese não haver previsão constitucional do caráter de sujeito de direitos da natureza, é possível incluir no mínimo existencial o seu valor intrínseco e a negação de modelos predatórios, que independem de especulação sobre a utilidade ou a instrumentalização de seu uso por seres humanos, uma vez que este conceito abrange um conjunto de direitos e interesses básicos para a sobrevivência. Sem vincular a defesa dos direitos territoriais de forma essencialista à proteção ao meio ambiente, a interação dos bens jurídicos em questão pode ser avaliada no caso concreto.

⁷⁶⁰ No âmbito internacional, o nível essencial dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vem sendo também apontado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, em sua Observação Geral nº 03, item 10, destaca que “corresponde a cada Estado-Parte uma obrigação mínima de assegurar a satisfação de ao menos níveis essenciais de cada um dos direitos”. Assim, caberia aos Estados garantir alimentos essenciais, atenção primária de saúde, níveis mínimos de moradia, entre outros direitos. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>> Acesso em 10 dez. 2017.

⁷⁶¹ Para Luis Roberto Barroso, o conceito de mínimo existencial corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação* (versão provisória para debate público). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 08 abr. 2016.

⁷⁶² Cf. SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 139-147.

⁷⁶³ Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 223.

5.5. Conclusões parciais: síntese da proposta de interpretação intercultural

A fim de estipular de forma precisa as três diretrizes da interpretação intercultural, elas podem ser resumidas da seguinte forma:

i) As terras indígenas gozam de proteção constitucional, nos termos do art. 5º, XXII, c/c art. 231. Os direitos territoriais indígenas configuram uma espécie de propriedade, a propriedade indígena, que se baseia na concepção dos indígenas sobre a propriedade e leva em conta a relação especial que os índios mantêm com os seus territórios, com poderes que abrangem dimensões simbólicas, econômicas, naturais e políticas. Sua dimensão é existencial, e não patrimonial, e a sua concretização implica a restrição da propriedade privada. Quando se conclui a demarcação, a restrição é total, por conta do sopesamento realizado pelo art. 231, § 6º, ocasião em que a “terra indígena demarcada” deve aproximar-se ao máximo da “terra indígena constitucional”, cabendo ainda o controle da atuação estatal, à luz do direito fundamental em questão e de seu caráter existencial. Enquanto a demarcação não se realiza, é possível realizar uma ponderação de propriedades, em que há a precedência *prima facie* da propriedade indígena;

ii) Os direitos territoriais indígenas recebem uma proteção constitucional que atende a uma exigência contemporânea dos grupos que reivindicam a condição originária e cujas trajetórias são variadas e não podem ser hierarquizadas. Trata-se de uma medida que combate a cidadania de segunda classe e assegura que o estabelecimento da fronteira étnica seja devidamente respeitado. Por isso, a demonstração de coesão e de ancestralidade direta no vínculo com o território, como fazem muitos grupos, é um excelente argumento de reforço para as reivindicações, mas não deve ser encarada como um aspecto constitutivo do direito. A análise dos fatos passados deve ser feita de forma contextualizada, sem apego arqueológico ou tecnicista, pois pressupõe um viés crítico ao caráter homogeneizador das legislações e das práticas colonialistas que vigoraram e ainda vigoram no tratamento dos direitos territoriais indígenas. É a historicidade, associada ao protagonismo indígena, que deve prevalecer;

iii) O protagonismo indígena deve ser materializado em várias frentes. É necessário garantir a participação dos grupos em todo e qualquer processo relacionado à implementação dos direitos territoriais, inclusive judiciais, e a internalização das cosmovisões indígenas na interpretação dos institutos e nos procedimentos. Dessa forma, há um dever de consideração

dos posicionamentos indígenas para toda e qualquer decisão que os afetam, em todos os âmbitos.

CONCLUSÕES

“Tininha, há um mundo dentro da gente. Esse mundo sai quando a gente abre o coração”

(Daniel Munduruku⁷⁶⁴)

Este trabalho procurou construir uma interpretação dos direitos territoriais indígenas a partir de uma análise interdisciplinar da realidade desses povos. Ao mesmo tempo em que o direito, sobretudo o legislado, mostra e descreve relações, ele esconde outras, e o intérprete não pode omitir-se diante desse fenômeno. O recurso a outros ramos do conhecimento para desvendar essas construções e permitir interpretações comprometidas com a transformação do *status quo* deveria ser uma exegese natural, mas ainda é tratado com estranhamento.

A matéria indígena, por conta das complexidades que a envolve, favorece um mergulho na troca de saberes entre disciplinas. A despeito disso, persistem, no enfrentamento do tema, as simplificações e o enquadramento consagrados pelos saberes coloniais, com influência decisiva nas pré-compreensões dos intérpretes, sobretudo juízes, administradores e legisladores.

Ao longo desta dissertação, procurou-se examinar o impacto que a consolidação de certas construções descritivas e normativas sobre os povos indígenas provocou no tratamento jurídico atual da matéria. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que se operavam silenciamentos e esquecimentos na elaboração das narrativas oficiais, os índios nunca foram ignorados pelo projeto colonial, tampouco pelo Estado nacional pós-independência. As intenções dos projetos de dominação, apesar de suas eventuais sutilezas, sempre se apresentaram às claras. Contra esses grupos étnicos, a negação da identidade e do acesso a terras era uma diretriz.

As respostas contemporâneas à reivindicação indígena por direitos não podem naturalizar toda essa carga histórica, já que esta representa um padrão de poder, que segue operando e reproduzindo estigmas nas interpretações e nas novas elaborações, bem como na inferiorização dos seres e dos saberes. O aporte antropológico, por sua vez, deve contribuir para a inclusão da percepção dos indígenas no presente, evitando-se a compartimentalização ou o interesse meramente laboratorial que privilegie os grupos de elevada distintividade

⁷⁶⁴ MUNDURUKU, Daniel. *Hoje acordei beija-flor*. Mar. 2015. Disponível em: <<http://danielmunduruku.blogspot.com.br/2015/03/hoje-acordei-beija-flor.html>> Acesso em 08 jan. 2018.

cultural. Firme no propósito de desconstruir as colonialidades, o esforço intercultural consiste em tornar ricos e heterogêneos os entendimentos sobre o mundo.

Elencam-se, a seguir, as principais conclusões alcançadas ao longo deste trabalho:

1. O êxito do multiculturalismo, que foi internalizado nas diversas Constituições e incorporado ao debate jurídico sobre o alcance do princípio da igualdade, contribuiu decisivamente para a consagração do direito à diferença. A vinculação da perspectiva multicultural à aplicação prática de teorias do reconhecimento e de correntes do pensamento crítico que contestam a opressão e a dominação confere visibilidade às demandas de grupos culturalmente diferenciados.

2. O tratamento de grupos étnicos que as correntes do multiculturalismo liberal propõem acarreta um tratamento de acomodação das diferenças, que frigorifica as identidades e não aprofunda o questionamento sobre as relações de poder e as formas de enfrentamento das desigualdades suportadas por grupos culturalmente diferenciados. Além disso, há uma premissa implícita de superioridade dos valores dominantes, o que torna limitadas as possibilidades de diálogo intercultural. Não obstante, a classificação das proteções externas, de Kymlicka, e principalmente a aproximação entre reconhecimento e distribuição, o conceito de paridade de participação e a diferenciação entre medidas “afirmativas” e “transformativas”, propostos por Fraser, são de grande valia.

3. A construção de um diálogo intercultural deve incorporar uma abordagem descolonial, que desnude os racismos epistêmicos e institucionais. A chamada hermenêutica diatópica e o universalismo de confluência devem servir como um ideal a ser trabalhado em construções cotidianas, que evidenciem a sociologia das ausências, de que fala Boaventura de Sousa Santos, e as colonialidades do poder, do saber e do ser. Descolonizar os direitos humanos, por sua vez, não significa rejeitar as conquistas da modernidade, mas representa uma incorporação efetiva de saberes e perspectivas em pé de igualdade com as práticas hegemônicas.

4. No campo dos direitos territoriais indígenas, o impacto das colonialidades foi sentido na prevalência da propriedade privada e na desqualificação de formas de apreensão da terra que a contrariem, as quais recebem um tratamento inferior. A própria negação da identidade atendeu a esse propósito, de modo a liberar o mercado de terras para a propriedade privada.

5. A interculturalidade demanda uma outra forma de pensar as relações entre os povos indígenas e a sociedade nacional. As interações constantes, os processos de dominação e as formas de resistência devem ser amplamente avaliados, de forma a romper com sentidos comuns estabelecidos e a desenhar um aprendizado recíproco entre culturas e modos de vida.

6. O entendimento sobre o papel do direito na legitimação e normalização do tratamento inferiorizante e estigmatizante dos povos indígenas é essencial, pois permite compreender o potencial transformador das afirmações do presente, repercutindo em identidades sufocadas e em processos aparentemente consolidados. Nesse sentido, mostra-se prioritário desnaturalizar o exame histórico das propriedades e o impacto da Lei de Terras e da legislação vaga na própria organização social desses grupos étnicos. A omissão dos tribunais e a prescrição hegemônica de que o “índio manso” ou o “índio misturado” não merece ser tratado como indígena devem ser revelados, pois ainda vigoram no senso comum.

7. A Constituição de 1988 não fechou os olhos à ferida colonial. Ao contrário, extrai-se do texto um potencial transformador, que repudia o racismo e indica a construção livre, justa e solidária, comprometida com erradicação da pobreza e o enfrentamento das desigualdades. Enfatiza-se a autonomia dos povos indígenas, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições e mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam.

8. A abolição do regime tutelar aponta para um novo horizonte, que não só acomoda a diferença, mas se importa com os aspectos redistributivos no tratamento da concentração fundiária no país. Nesse contexto, a compreensão sobre os conceitos exarados na Constituição deve ser aberta à incidência de múltiplas cosmovisões, sem estabelecer a precedência dos valores hegemônicos.

9. O estudo das decisões do STF mostrou que, apesar da mudança do paradigma no tratamento constitucional dos direitos indígenas, a abordagem do tema não sofreu transformações profundas em relação a decisões do passado, pois há um parâmetro assimilacionista que limita os processos interpretativos, promovendo um controle indireto da reivindicação étnica.

10. A teoria do indigenato, por sua vez, não dá conta de todo o potencial transformador e intercultural que se extrai do texto constitucional, o qual garante territórios aos indígenas com base nas reivindicações do presente, e não do passado. O indigenato tem um compromisso com a garantia da defesa das terras indígenas à luz das legislações de todas as épocas, demonstrando a subsistência do direito a despeito de genocídios e espoliações. Com isso, essa teoria permite assegurar o direito de muitos povos que se mantiveram ao longo do tempo vinculados de alguma forma a seus territórios, a despeito de ausências físicas, mas não oferece respostas adequadas ante as etnogêneses e a formação de novos grupos.

11. A noção de “direito originário” não pode receber uma aplicação limitadora, que se vincule a uma ideia de origem na terra, devendo relacionar-se a uma noção mais ampla, ligada à conexão sociocultural que grupos afirmam possuir com povos pré-colombianos. A Constituição confere novos caminhos para a justificação desses direitos. Atenta à

historicidade, a Constituição potencializa a concretização dos direitos territoriais indígenas no presente e assegura aos índios os territórios que eles reivindicam atualmente, a partir de sua autoidentificação, como resposta aos processos de ativação da etnogênese em emergências étnicas e a uma cidadania de segunda classe decorrente da ferida colonial.

12. Uma interpretação intercultural deve levar em consideração esses fatores. Este trabalho propõe, então, a observância de três diretrizes: i) o tratamento dos direitos territoriais indígenas como propriedades; ii) o permanente combate a uma cidadania de segunda classe dos povos indígenas; e iii) o protagonismo indígena nas disputas interpretativas sobre os direitos territoriais.

13. O tratamento dos direitos territoriais indígenas como propriedades consiste na leitura combinada dos artigos 5º, XXII, e 231. Trata-se de entender a propriedade no plural, ou seja, reconhecer que a propriedade privada não é a única manifestação da propriedade, como já afirmaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos e, mais recentemente, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Com isso, as propriedades em questão podem ser analisadas em pé de igualdade, observando-se, porém, que a propriedade indígena tem uma dimensão existencial, cujo peso constitucional é maior que a natureza meramente patrimonial que se extrai da maior parte das propriedades privadas. A Constituição realizou um sopesamento favorável às propriedades indígenas ao afastar a produção de quaisquer efeitos de títulos que eventualmente incidam sobre essas terras, o que importa a restrição total da propriedade privada, sobretudo após a conclusão dos processos de demarcação. Enquanto a demarcação não se realiza, é cabível a ponderação de propriedades, com a precedência *prima facie* da propriedade indígena.

14. O permanente combate a uma cidadania de segunda classe compreende a historicidade na análise da desvantagem social sistemática por que passam os povos indígenas no presente. O texto constitucional favoreceu a afirmação étnica, o que tem ensejado um aumento no número de pessoas que se autoidentificam como indígenas. Tais pessoas buscam uma conexão sociocultural com povos do passado e demarcam a diferença étnica, reivindicando direitos e políticas públicas. Esse fenômeno não deve ser tratado com um olhar naturalizante ou primordialista, que exige uma continuidade histórica de grupos que passaram por processos violentos de exploração. É necessário examinar a reivindicação do presente e, a partir dela, compreender o passado e definir os territórios atualmente reivindicados, sem pretensões arqueológicas.

15. Por fim, o sucesso da interpretação intercultural depende da ampliação de canais e espaços que assegurem o protagonismo indígena de alta intensidade. A suplantação de olhares coloniais e até de interpretações como a ora proposta depende de uma ativa manifestação dos

indígenas acerca de suas percepções sobre o tema aqui tratado. Novos arranjos de participação e a internalização, por meio da interpretação, de cosmovisões indígenas, colhendo-se os bons frutos do constitucionalismo andino, são tarefas prementes.

Em abril de 2013, antes das jornadas de manifestações que explodiriam pelo país em junho, dezenas de indígenas ocuparam o plenário da Câmara dos Deputados para impedir a instalação de uma comissão especial que analisaria a PEC 215, que tratava da mudança de regras acerca da demarcação de terras indígenas⁷⁶⁵. Sem pedir licença e conscientes de que a situação havia chegado a limites inaceitáveis, as lideranças protagonizaram um momento de ativismo político e repulsa a forma como as decisões que os afetam vêm sendo tomadas. Conhecem a Constituição na ponta da língua, mas não entendem o porquê de seu descumprimento. Insatisfeitos com a falta de direito à voz e ao tratamento como intrusos, os índios forçaram a entrada no plenário e puderam dar o seu recado, e a PEC foi barrada naquele momento.

Para desencadear o diálogo intercultural, é necessário dar voz. Escutar. Enxergar. Permitir que se abra o coração. Nada será pleno sem a participação dos indígenas. Construir caminhos em conjunto é saber e garantir que eles podem, devem e irão falar. E que nós vamos ouvir.

⁷⁶⁵ EBC. Indígenas ocupam plenário da Câmara. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/04/indios-invadem-plenario-da-camara>> Acesso em 08 jan. 2018.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people 1: foundations*. Cambridge; London; Harvard University Press, 1991.

ACOSTA, Alberto. *Iniciativa Yasuni-ITT: La difícil construcción de la utopía*. Disponível em: <<https://lalineadefuego.info/2014/02/04/iniciativa-yasuni-itt-la-dificil-construccion-de-la-utopia-por-alberto-acosta/>> Acesso em 05 ago. 2017.

ALARCON, Daniela Fernandes. *O retorno da terra: as retomadas na aldeia Tupinambá da Serra do Padeiro, sul da Bahia*. 2013, 272 f., Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ALBERT, Bruce. *Povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/povo/yanomami>>. Acesso em 30 out. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 41-61.

_____. Os quilombos e as novas etnias. In: _____. *Quilombos e novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 56-88.

_____. Terras de preto, terras de santo, terras de índio: uso comum e conflito. In: DELGADO, Nelson Giordano (coord.). *Brasil Rural em Debate: coletânea de artigos*. Brasília: CONDRAF/MDA, 2010, p. 104-136.

_____. *Terras de Quilombo, Terras Indígenas, “Babaçuais Livres”, “Castanhais do Povo”, Faxinais e Fundos de Pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2ª ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner B. de; SANTOS, Glademir Sales dos (org). *Estigmatização e território: mapeamento situacional das comunidades e associações indígenas na cidade de Manaus*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.

ALMEIDA, Lígia Rodrigues de. *Estar em movimento é estar vivo*. Territorialidade, pessoa e sonho entre famílias tupi guarani. Tese (Doutorado em Antropologia Social). 2016. 252 f. Universidade de São Paulo, 2016.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfoses indígenas: Identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ANAYA, S. James (ed). *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Wolters Kluwer, 2009.

ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ANDERSON, Elizabeth S. What is the point of equality? *Ethics* 109, nº 2, January 1999.

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Imperio do Brazil. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *Legislação indigenista no século XIX*. São Paulo: Edusp, 1992, p. 347-360.

ANDRADE, Carlos Drummond de. KREEN-A-KARORE. In: _____. *Discurso de primavera e algumas sombras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ANDRADE, Maristela de Paula. *Terra de índio: identidade étnica e conflito em terras de uso comum*. 2ª ed. São Luis: Edufma, 2008.

ANDRADE, Oswald. *Poesias reunidas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. Kindle Edition.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: Alguns Avanços e Obstáculos Desde a Constituição de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 569-604.

ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. Kindle edition.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. A rodovia transamazônica e os indígenas Tenharim: ontem e hoje. Artigos da Associação Nacional dos Procuradores da República. 2014. Disponível em <<http://www.anpr.org.br/artigo/70>> Acesso em 06 out. 2017.

ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidade indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.) *Povos indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 50-54.

BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, Ano 51, número 190, p. 127-142, jul./dez. 2006.

BAINES, Stephen Grant. “Organizações indígenas e legislações indigenistas no Brasil, na Austrália e no Canadá”. *Série Antropologia*, Brasília, v. 295, p. 1-21, 2001.

BALDI, César Augusto. “A renovação do direito agrário e os quilombos: identidade, território e direitos culturais”. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, V. 37, n. 02, p. 196-234, jul. / dez. 2013.

BALKIN, Jack M. How Social Movements Change (Or Fail To Change) the Constitution: The Case of the New Departure (2005). *Faculty Scholarship Series*. Paper 235. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1234&context=fss_papers Acesso em 28 abr. 2017.

_____. *Living Originalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

BARAK, Aharon. Hermenutics and Constitutional Interpretation. *Faculty Scholarship Series*, Paper 3701, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3701/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F3701&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> . Acesso em 18 set. 2016.

BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade; Fapesp, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação (versão provisória para debate público)*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 08 abr. 2016.

_____. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3-34.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público* (Rio de Janeiro), v. 49, 2013, p. 187-224.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARRY, Brian. *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. UK: Cambridge, 2001.

BARTH, Fredrik. Introduction. In: _____ (ed). *Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference*. Boston, Massachusetts: Little, Brown and Company, 1969, p. 9-38.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. *Processos Interculturales: antropología política del pluralismo cultural em América Latina*. México, DF: Siglo XXI Editores, 2006.

BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. Ebook.

BENSON, Bruce L (ed.). *Property Rights: Eminent Domain and Regulatory Takings Re-Examined*. New York: The Independent Institute, 2010.

BERTOLIN, Gabriel Garcês. *Entre outros: uma análise da transformação ritual entre os Kagwahiva*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). 2014. 216 f. Universidade Federal de São Carlos, 2015.

BHABHA, Homi K. *El lugar de la cultura*. Tradução de César Aira. Buenos Aires: Manantial, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 11ª ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Unb, 2011.

- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*. 49ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BRASIL. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Directorio, que se de observar nas povoações dos índios do Pará, e Maranhão: em quanto Sua Magestade não mandar o contrário. 1758. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1929/directorio.pdf?sequence=1>> Acesso em 20 nov. 2017.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Coleção das decisões do governo do Império do Brazil de 1822. Rio e Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito FUNAI-INCRA 2. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/CPI/RELATÓRIO%20CPI%20FUNAI-INCRA%202.pdf>> Acesso em 10 dez. 2017.
- BRASIL. Coletânea Indígena. Discurso de Instalação do Serviço de Protecção aos Índios no Amazonas. 2ª ed., 1929.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final. Vol. II. Texto 5. Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUTLER, Judith. Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAROTHERS, Thomas. Rule of Law Temptations. *The Fletcher Forum of World Affairs*. Vol. 33, No. 1, 2009, p. 49-61.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- CARVALHO, José Porfírio F. de. *Waimiri Atroari: a história que ainda não foi contada*. 2ª ed. Brasília, 1982.
- CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- CASANOVA, Pablo González. El colonialismo interno. In: *Sociología de la explotación*. Buenos Aires: CLACSO, 2006, p. 197-198. Disponível em

<<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130909101259/colonia.pdf>> Acesso em: 30 jul. 2017.

CASTRO, Celso (org.) *Textos básicos de antropologia: cem anos de tradição: Boas, Malinowski, Lévi-Strauss e outros*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. Kindle Edition.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Etnologia brasileira. In: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: Sumaré/ANPOCS; Brasília: CAPES (v.1, Antropologia), 1999, p. 109-223.

_____. *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

_____. *Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_no%C3%A7%C3%A3o_de_etnoc%C3%ADdio_com_especial_aten%C3%A7%C3%A3o_ao_caso_brasileiro>. Acesso em 13 jun. 2017.

CASTRO-GOMEZ, Santiago. “La poscolonialidad explicada a los niños”. In: SAAVEDRA, José Luis (comp.). *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 25-63.

Centro Ecumênico de Documentação e Informação - CEDI. *Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90*. São Paulo: CEDI, 1991.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLAVERO, Bartolomé. *Constitucionalismo Global: por uma história verossímil dos direitos humanos*. Tradução de W. Rocha Fernandes Assis. Goiânia: Palavrear, 2017. Kindle Edition.

COHN, Sérgio (org.). *Ailton Krenak*. Série Encontros. Rio de Janeiro: Azougue, 2015.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. A questão da emancipação. *Cadernos da Comissão Pró-Índio*, v. 1 (São Paulo), ago, 1979.

CONGOST, Rosa. *Tierra, leyes, historia: estudios sobre la gran obra de la propiedad*. Barcelona: Crítica, 2007.

Conselho Indigenista Missionário- CIMI. *Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil: Dados de 2014*. Brasília: 2015, p. 74.

Conselho Indigenista Missionário - CIMI. *Outros 500: Construindo uma nova história*. São Paulo: Salesiana, 2001

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com “aspas”*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

_____. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

_____. *Os direitos do índio*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

- CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro, 2013.
- CUSICANQUI, Silvia Rivera. *Chhixinakax utxiwa*. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores. Buenos Aires : Retazos-Tinta Limón, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Terra dos índios Xocó: estudos e documentos*. São Paulo: Editora Parma/Comissão Pró-Índio, 1980.
- DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 23, 2009, p. 264-274.
- Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro, CPDOC/FGV. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jose-lourenco-morais-da-silva>> Acesso em 7 out. 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ESCOBAR OHMSTEDTE, Antonio. Ciudadanías diferenciadas em los procesos de conformación de las naciones y los estados em el siglo XIX (México, Bolivia, Colombia). In: DE JONG, Ingrid. *Las poblaciones indígenas em la conformación de las naciones y los Estados em la América Latina decimonónica*. Ciudad de México: El Colegio de México, CIESAS, Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán, 2016, p. 57-98.
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo. Pluralismo Jurídico y Jurisdicción indígena em el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, Cesar Augusto (coord.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35-57.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVLAD, Nelson. *Direitos reais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FAUSTO, Carlos. *Inimigos fiéis: história, guerra e xamanismo na Amazônia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.
- FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, v. 29, n. 1-3, 2007, p. 63-84.
- FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Ebook. Kindle Edition. FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil. *Estudos Afro-Asiáticos*, v. 29, n. 1-3, 2007, p. 63-84.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. Vol 2 (No limiar de uma nova era). São Paulo: Globo, 2008.

_____. *Que tipo de República*. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2007.

FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. *Revista InSURgência, Brasília*, ano 1, v.1, n. 2, 2015, p. 142-175.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 3, jan./jun. 2004, p. 689-699.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Populações tradicionais e meio ambiente: espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção n.169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

FISS, Owen. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, v. 34, abr. 1982, p. 739-763.

FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>> Acesso em: 04 abr. 2011, p. 9-29.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb, James Ingram e Chrstiane Wilke. New York; London: Verso, 2003.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51ª ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. Buenos Aires: Catálogos, 2007.

GARCÉS V., Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Tradução de Demerval Aires Jr. e Livia Cavallini Dias. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 167-192.

GARAVITO, César Rodríguez. *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa em los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia, 2012.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promessas e interrogantes. In: BALDI, César Augusto (Coord.). *Aprender desde o Sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Aprendendo desde o Sul. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 59-85.

_____. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIANETTI, Eduardo. *Trópicos utópicos: Uma perspectiva brasileira da crise civilizatória*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review? The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 30, No. 3, 2013, p. 587-622.

GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GONZA, Alejandra. “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada”. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 503-532.

GROSSI, Paolo. “A propriedade e as propriedades na oficina do historiador”. In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza: Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2015.

GUTMANN, Amy. The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, N° 3, 1993, p. 171-206.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução de Shierry Weber Nicholzen. Piaget: Lisboa, 1994, p. 125-164.

HALL, Stuart. Cuándo fue lo “postcolonial”? Pensando en el límite. In: RESTREPO, Eduardo; WALSH, Cathernie; VICH, Víctor (eds.). *Sin garantías: Trayectorias y problemáticas em estudios culturales*. Popayán, Colômbia: Enviñon editores, 2010, p. 563-580.

HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. 6ª ed. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEGEL, G. W. F. *Phenomenology of Spirit*. Tradução de A. V. Miller. Oxford: Oxford University Press, 1977.

HERNÁNDEZ, Natalio. “Caminemos solos”. In: MONTEMAYOR, Carlos. *La voz profunda. Antología de la literatura mexicana en lenguas indígenas*. México, DF: Joaquín Moriz Editorial, 2004, p. 171.

HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 20-28.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions. *Law & Social Inquiry*, Vol. 25, No. 1, 2000, p. 91-149.

_____. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2004.

HOBBSAWM, Eric J. Introdução. _____; RANGER, Terence (org.). *A invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 7-24.

_____. *Nações e Nacionalismo: desde 1780*. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. 15ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Kindle Edition.

HONNETH, Axel. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb, James Ingram e Chrsitiane Wilke. New York; London: Verso, 2003.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

KOPENAWA, Davi; BRUCE, Albert. *A queda do céu: Palavras de um xamã yanomami*. São Paulo: Companhia das Letas, 2015.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

_____. *Politics in the vernacular: nationalism, multiculturalism, and citizenship*. Oxford, UK. New York: Oxford University Press, 2001

_____. The good, the bad and the intolerable: minority group rights. In: GOODALE, Mark (ed.). *Human rights: an anthropological reader*. Malden: Wiley-Blackwell, 2009, p. 58-67.

KUMM, Mattias. *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*. In: DUNOFF, Jeffrey L; TRACHTMAN, Joel P (ed.). *Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. New York: Cambridge, 2009, p. 258-326.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O paraíso destruído: brevíssima relação da destruição das Índias*. Tradução de Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L&PM, 2001.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. Reconsiderando poder tutelar e formação do Estado no Brasil: notas a partir da criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais. In: FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (org.). *Memória do SPI: textos, imagens e documentos sobre o serviço de proteção aos índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio – FUNAI, 2011, p. 201-211.

_____. *Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

LINERA, Álvaro Garcia. *El “oenegismo”, enfermedad infantil del derechismo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2011.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

LOPES, Danielle Bastos. O movimento indígena na Assembléia Nacional Constituinte (1984-1988). Dissertação (Mestrado em História Social). 2011. 184 f. - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Formação de Professores, 2011.

LOURENÇÃO, Humberto. Concepções de políticas de defesa e desenvolvimento da Amazônia de 1985 a 2006. *Revista da Escola Superior de Guerra*, v.29, n.59 (ju./dez.), 2014. Rio de Janeiro: ESG, 2014.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005.

MACINTYRE, Alasdair. The Virtues, the Unity of a Human Life and the concept of a Tradition. In:

MALDONADO, Daniel Bonilla. Indígenas urbanos y derechos culturales: Los límites del multiculturalismo liberal. *Revista Direito GV*, v. 07, n. 02, 2011, p. 569-604.

_____. Introdução. In: _____ (comp.). *Geopolítica del conocimiento jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2015, p. 13-42.

_____. *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006.

_____. Los derechos de las minorías culturales y las desigualdades de clase. In: GIRAUDO, Laura (ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 17-36.

_____. Pluralismo Jurídico y Propiedad Extralegal: Clase, Cultura y Derecho en Bogotá, *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes* No. 36, Junio de 2006, p. 207-233.

MAMANI, Fernando Huanacuni. *Vivir bien/buen vivir: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias*. 6ª ed. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: Função social e exploração econômica*. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARX, Karl. Debates sobre a lei referente ao furto de madeira. In: _____. *Os despossuídos*. São Paulo: Boitempo, 2017.

_____. *Sobre a questão judaica*. Tradução de Nélio Schneider e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Rubens Enderle, Nélio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

MATTOS, Izabel Missagia de. O indigenismo na transição para a república: fundamentos do SPILT. In: FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (org.). *Memória do SPI: textos, imagens e documentos sobre o serviço de proteção aos índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio – FUNAI, 2011, p. 157-167.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2011.

MBEMBE, Achille. “The power of archive and its Limits”. In: HAMILTON, Carolyn et al (eds.). *Refiguring the Archive*. Cape Town: David Philip, 2002, p. 19-26.

MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, nº 86, abril-junho de 1988, ano XXI, p. 116-125.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912.

MENESES, Maria Paula. Ampliando las epistemologías del sur a partir de los sabores: diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique. *Revista Andaluza de Antropología*, n. 10, marzo de 2016, p. 10-28.

MIGNOLO, Walter D. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (eds.). *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 25-46.

_____. *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Tradução de Silvia Jawerbaum e Julieta Barba. Barcelona: Gedisa, 2007.

MILANO, Giovanna Bonilha; GEDIEL, José Antônio Peres. Movimentos sociais, a luta pela terra e os caminhos da invisibilidade. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 63-82.

MIRANDA, A. Gursen de. O direito e o índio. Belém: CEJUP, 1994

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo VI (Arts. 157-189). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Justiça Socioambiental: Uma Análise a Partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MORAIS, Bruno Martins. *Do corpo ao pó: crônicas da territorialidade Kaiowá e Guarani nas adjacências da morte*. 2016. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, Justificando, 2017.

MOREIRA, Vania Losada. Deslegitimación de las diferencias étnicas, “ciudadanización” y desamortización de las tierras de índios: apuntes acerca del liberalismo, el indigenismo y las

letras agrarias em México y Brasil em la década de 1850. In: DE JONG, Ingrid. *Las poblaciones indígenas em la conformación de las naciones y los Estados em la América Latina decimonónica*. Ciudad de México: El Colégio de México, CIESAS, Zamora, Michoacán: El Colégio de Michoacán, 2016, p. 135-164.

MÜLLER, Frierich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, p. 321-330, Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NORA, Pierre. Entre memória e história: A problemática dos lugares. Tradução de Yara Aun Khoury. *Proj. História*, São Paulo, 10, jul/dez, 1993, p. 07-28.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. Tradução de Flávia Brasil. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 16 (2): 440, maio-agosto/2008, p. 305-332.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Apresentação. In _____ (org.). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998, p. 7-14.

_____. *Hacia una antropología del indigenismo*. Rio de Janeiro; Lima: ContraCapa; Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006.

_____. O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

_____. O paradoxo da tutela e a produção da indianidade: ação indigenista no Alto Solimões (1920-1970). In: FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (org.). *Memória do SPI: textos, imagens e documentos sobre o serviço de proteção aos índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio – FUNAI, 2011, p. 427-439.

_____. A problemática dos 'índios misturados' e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: _____. *Ensaio em antropologia histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999, p. 106.

_____. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 369-374.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. “O Índio na Consciência Nacional (1965)”. In: _____. *A sociologia do Brasil indígena (ensaio)*. São Paulo: Editora da USP, 1972.

OLIVEIRA, Tomas Paoliello Pacheco de. *Revitalização étnica e dinâmica territorial: alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja*. Petrópolis: Contracapa, 2012.

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. London: Macmillan Press, 2000.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Teoria política feminista: textos centrais*. Niterói: Editora da UFF, 2012.

PASQUALUCCI, Jo M. 'International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the InterAmerican Court on Human Rights in the Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', 27 *Wisconsin Int'l LJ* (2009) 51, p. 79-91.

PAUL, Ellen Frankel. Set-asides, reparations and compensatory justice. In: CHAPMAN, John (ed.). *Compensatory Justice*. New York: New York University Press, 1991, p. 97-142.

PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. 545 f. Tese (Doutorado), Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2014.

PEDROZA, Manoela. Desafios para a história dos direitos de propriedade da terra no Brasil. Em *Perspectiva* [On Line]. 2016, v.2, n. 1., p. 7-33.

PENTASSUGLIA, Gaetano. Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights. *The European Journal of International Law*, Vol. 22, nº 1., Fev. 2011, p. 165-202.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol IV. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Jurispoiesis (Rio de Janeiro)*, Ano 17, vol 17, 2014, p. 343-359.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na Legislação Colonial. *Revista De Direito da USP*, v. 95, 2000.

PHILLIPS, Anne. *Multiculturalism without culture*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2003.

POGGE, Thomas. Group Rights and Ethnicity. In: SHAPIRO, Ian; KYMLICKA, Will (ed.). *Ethnicity and group rights*. New York, London: New York University Press, 1997, p. 187-221.

PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PREZIA, Benedito. *História da resistência indígena: 500 anos de luta*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. *El Derecho de los derehcos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000, p. 201-246.

RAMALHO, Moisés. *Os Yanomami e a morte*. 2008. 168 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Antropologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

RAMOS, Alcinda Rita. O Índio Hiper-real. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 10, p. 5-14, junho de 1995.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução de Sergio René Madero Báez. México, DF: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

_____. *Uma teoria da justiça*. 4ª ed. rev. e atual. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

KOSSELEK, Reinhart. *Introduction and Prefaces to the Geschichtliche Grundbegriffe*. Contributions to the History of Concepts 6. Tradução de Michaela Richter, n° 1, 2001, p. 1-37.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>

RUFER, Mario. El Archivo: de la metáfora extractiva a la ruptura pós-colonial. In: GORBACH, Frida; RUFER, Mario (coords.). *(IN)Disciplinar la investigación: Archivo, trabajo de campo y escritura*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Universidad Autónoma Metropolitana, 2016, p. 160-186.

_____. El habla, la escucha y la escritura. Subalternidad y horizontalidad desde la crítica poscolonial. In: BERKIN, Corona; KALTMEIER, Olaf (ed.). *El diálogo*. Metodologías horizontales em Ciências Sociales. Gedisa: México, 2012, p. 55-81.

RUSSOMANO, Rosah. *Anatomia da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Orientalismo: o Oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. Kindle Edition.

_____. A representação do colonizado: Os interlocutores da antropologia. In: *Reflexões sobre o exílio e outros ensaio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 114-136.

SANDEL, Michael J. (ed.). *Liberalism and its critics*. New York: New York University Press, 1984, p. 125-148.

_____. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. In: GOODIN, E; PETTIT, Philip (eds.). *Contemporary Political Philosophy: An Anthology*. Massachusetts: Blackwell Publishers, 1997, p. 247-255.

SANTILLI, Marcio. A CPMI que evaporou nos idos da Constituinte. *Instituto Socioambiental*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa-blog-do-ppds/a-cpmi-que-evaporou-nos-idos-da-constituente>> Acesso em 08 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidade. In: _____; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg; Abya-Yala, 2012, p. 11-48.

_____. Epistemologías del Sur. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 17-39.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saber. *Novos Estudos*, nº 79, novembro 2007, p. 71-94.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das decisões da Corte*

Interamericana de Derechos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 307-334.

_____. Nota Técnica: a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 97-143.

_____. Terras Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e o Decreto 4.887/03. In: _____. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 275-309.

SHACHAR, Ayelet. Group identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation. *The Journal of Political Philosophy*, Volume 6, N. 3, 1998, p.285-305.

SCHAVELZON, Salvador. *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2015.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. In: _____. *Cultura e Política*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

SCOTT, James C. *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven; London: Yale University Press, 1985.

SEGATO, Rita Laura. *Género y colonialidad: em busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial*. Disponível em: <https://www.forosalud.org.pe/genero_y_colonialidad.pdf> Acesso em 30 jul. 2017.

SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. London: Oxford, 1992.

SEPÚLVEDA, Magdalena; GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social. In: LANGFORD, Malcolm (ed). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013, p. 235-259.

SILVA, Diogo Bacha e. Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva. *Libertas*, Ouro Preto, Volume 2 / n. 1 / jan./jun. 2016, p. 35-55.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 45-50.

SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; TAREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (coord.). *Os direitos territoriais quilombolas: além do marco territorial*. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2016, p. 55-83.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 1. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 29-47.

SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Lua Nova*, n. 50, 2000, p. 133-158.

SOUZA, Marcelo José Lopes de. O território: sobre espaço e poder, autonomia e desenvolvimento. In: CASTRO, Iná Elias de; GOMES, Paulo César da Costa; CORRÊA, Roberto Lobato (org.). *Geografia: conceitos e temas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 77-116.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário aos arts. 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2148-2157.

_____. *Função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

_____. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1ª ed. 8ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>> Acesso em: 13 out. 2017.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Criticism, Feminism and the Institution: Interview with Elizabeth Gross. *Thesis Eleven*, 1984-5; (10/11), p. 175-187.

_____. *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goular Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 90.

SPOSITO, Fernanda. *Nem cidadãos, nem brasileiros: Indígenas na formação do Estado nacional brasileiro e conflitos na província de São Paulo (1822-1845)*. São Paulo: Alameda, 2012.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. *The Minimalist Constitution*. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (eds.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Ebook Kobo.

TAPIA, Luiz. *El horizonte plurinacional*. La Paz: Ed. Autodeterminación, 2015

TAYLOR, Charles. Irreducible social goods. In: _____. *Philosophical arguments*. Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1995, p. 127-145.

_____. *The politics of recognition*, In: TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy (eds.). *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, N.J., Princeton: University Press, 1994, p. 25-73.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316-328.

THOMPSON, E. P. *Whigs and Hunters: the origin of the black act*. London: Penguin Books, 1975.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone Moi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TORRES, Nelson Maldonado. Del mito de la democracia racial y el mestizaje a la descolonización del poder, del ser y del conocer. In: SAAVEDRA, José Luis. *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 191-208.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 9-43.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. A judicialização política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Tradução de Pedro Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 6, 2007.

VALENTE, Rubens. *Os fuzis e as flechas: história de sangue e resistência indígena na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VERMEER, Ben (ed.). *Archive of the Fourth Russell Tribunal: on the rights of the Indians of the Americas*. Amsterdam: Brill, 1999. *Informe del Cuarto Tribunal Russell sobre los Derechos de los pueblos indígenas de las Américas: conclusiones*. Novembro, 1980.

VIDAL, Lux. *A questão da terra. Cadernos da Comissão Pró-Índio*. Nº 2. São Paulo: Global Editora, 1981.

VIEGAS, Daniel Pinheiro. *A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: A territorialização como instituto jurídico-constitucional*. Manaus: UEA Edições, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 191-216.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2013.

VILLAS BOAS, Orlando; VILLAS BOAS, Cláudio. *A marcha para o oeste: A epopeia da Expedição Roncador-Xingu*. 1ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. 3ª ed. Espasa Calpe: Madrid, 1975.

VOZA, Pasquale (org.). *Dicionário Gramsciano*. Tradução de Ana Maria Chiarini et al. São Paulo: Boitempo, 2017.

WALDRON, Jeremy. The Hamlyn Lectures 2011: The Rule of Law and the Measure of Property. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 291, 2011.

_____. *The right to private property*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: VIANÑA, Jorge; TAPIA, Luis; _____. *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. La Paz: Conveio Andres Bello, 2010, p. 75-96.

_____. Notas pedagógicas a partir das brechas decoloniais. In: CANDAU, Vera Maria (org.). *Interculturalizar, descolonizar, democratizar: uma educação “outra”?*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2016, p. 64-75.

WALZER, Michael. Comentário. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Tradução de Marta Machado. Piaget: Lisboa, 1994, p. 118

_____. *Politics and Passion: Toward a More Egalitarian Liberalism*. New Haven: Yale University Press, 2004.

WERÁ, Kaka (org.). *Tembeta: Álvaro Tukano*. Rio de Janeiro: Azougue, 2017.

WHITTINGTON, Keith E. Constitutionalism. In: _____; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds). *The oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WOLF, Eric R. *A Europa e os povos sem história*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: _____; MELO, Milena Petters (org.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013,

YAMADA, Erica Magami and VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Rev. direito GV [online]*. 2010, vol.6, n.1, p.145-157

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University, 1990