

Publicações da Escola da AGU

Os direitos dos povos indígenas: complexidades, controvérsias e perspectivas constitucionais

volume 11 - n. 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2019

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 11	n. 01	p. 1-276	jan./mar. 2019
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vlândia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Daniilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Daniilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Victor Guedes Trigueiro	Coordenador Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador Geral Administrativo substituto

EDITOR RESPONSÁVEL

Daniilo Barbosa de Sant'anna

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores não expressando as posições oficiais da AGU ou da República Federativa do Brasil.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

COORDENADOR

Paulo Fernando Soares Pereira

AVALIADORES

Alexandre Douglas Zaidan	Marcus de Freitas Gouvea
André Petzhold Dias	Mariana Barbosa Cirne
Douglas Henrique Marin dos Santos	Mariana Filtner Figueiredo
Eduardo Fortunato Bim	Paulo Fernando Soares Pereira
Fillipo Bruno Silva Amorim	Raimundo Ribeiro Lima
Flávio Garcia Cabral	Raphael Peixoto de Paula Marques
João Adolfo Ribeiro Bandeira	Rubens Beçak
João Paulo Rocha de Miranda	Rui Magalhães Piscitelli
Judivan Juvenal Vieira	Serguei Aily Franco de Camargo
Karla Margarida Martins Santos	Thiago Santos Aguiar de Pádua
Leonardo Vizeu Figueiredo	

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO - POVOS INDÍGENAS: do processo de invisibilidade ao protagonismo na esfera pública constitucional brasileira <i>Paulo Fernando Soares Pereira</i> <i>Chiara Michelle Ramos Moura da Silva</i>	09
A Falta de Representação de Indígenas no Congresso Nacional <i>La Falta de Representación de Indígenas en el Congreso Nacional</i> <i>Keyla Francis de Jesus da Conceição</i>	27
Terras Indígenas e Unidades de Conservação: duas categorias de proteção (etno) ambiental em conflito? Uma análise com Dworkin e Stephen Kirste <i>Indigenous Territories and Conservative Landscapes: two incompatible orders of protection? Analysing with Dworkin and Stephen Kirste</i> <i>Adriana de Oliveira Rocha</i>	41
A Responsabilidade Criminal do Indígena <i>The Criminal Responsibility of the Indigenous People</i> <i>Amanda Expósito Tenório de Araújo</i>	57
A Cidadania em Trânsito: uma análise crítica da cidadania do indígena brasileiro <i>The Citizenship in Transit: a critical analysis of the brazilian indigenous people citizenship</i> <i>Antonio Pedro Ferreira da Silva</i>	71
O Pluralismo Jurídico e as suas limitações <i>Legal Pluralism and its Limitations</i> <i>Cássio Cunha de Almeida</i>	91
Direito ao Reconhecimento como Direito Fundamental e a Proteção Jurídica do Indígena no Brasil <i>Right to Recognition as Fundamental Law and the Legal Protection of the Indian in Brazil</i> <i>Daniela Gonçalves de Carvalho</i>	103
Processos Formais de Identificação de Pertencimento Indígena para os Fins de Garantia de Direitos <i>Formal Procedures for Identification of Indigenous Peoples with an Eye to Ensuring their Rights</i> <i>Eduardo Felix da Cruz</i>	115
A Procuradoria-Geral Federal e os Menores Indígenas em Situação de Risco: o papel de promoção da pluralidade	

The Federal Attorney General and Indigenous Children at Risk: the role of promoting pluralism
Eduardo Raffa Valente.....129

O Regime Constitucional das Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Povos Indígenas: aspectos da defesa pela AGU perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos
Constitutional Provisions Regarding Indigenous People's Traditional Lands in Brazil: Aspects of the Attorney General's Office's defense before the Inter-American Court of Human Rights
Fernanda Menezes Pereira
Taiz Marrão Batista da Costa145

A Formação do Estado Nacional Brasileiro e a Legislação Indigenista no Ceará
The formation of the Brazilian Nacional State and the Indigenous Legislation in Ceará
João Paulo Peixoto Costa.....163

A Aplicação da Jurisprudência do “Marco Temporal” nos Processos Demarcatórios e a Legitimação do Discurso do “Vazio Demográfico” na Região Platina Brasileira Pelo Judiciário
The Application of the Jurisprudence of “Temporal Limit” in the Demarcation Processes and the Legitimation of the Discourse of the “Demographic Void” in the Region of the Prata in Brazil by the Judiciary.
Leandro Ferreira Bernardo179

A Desapropriação Judicial no Interesse dos Povos Indígenas: estudo para o caso Gavião da Montanha
Judicial Expropriation in the Interest of Indigenous Peoples: a study for the Gavião da Montanha case
Lise Tupiassú
Patrícia da Cruz Sales197

Jurisdição e Cultura Indígenas no Marco Legal Boliviano
Indigenous Jurisdiction and Culture in the Bolivian Legal Landmark
Marcelo Kokke215

O compartilhamento de Responsabilidades das Políticas Públicas de Assistência Social Indigenistas
Sharing Public Policies Responsibilities For Indigenous Social Assistance
Roberta Terezinha Uvo Bodnar
Zenildo Bodnar233

A Advocacia-Geral da União e os Povos Indígenas: uma análise a partir da dignidade da pessoa humana <i>The Attorney General's Office and the Indigenous Peoples: an analysis based on the dignity of the human person</i> <i>Wilson José Vinci Júnior</i>	253
Ensaio Etnofotográfico 2016 - Enawenê-Nawê e Salumã: povo do peixe, mel, milho e mandioca da Bacia do Rio Juruena, Estado do Mato Grosso <i>Eliane da Silva Souza Pequeno</i>	269



Indígenas assistem ao julgamento da demarcação
da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol
(Foto Gervásio Baptista-SCO-STF - 10-12-2008).

Sessão do STF que julgou
a constitucionalidade da
demarcação da reserva indígena
Raposa Serra do Sol
(Foto Nelson Jr-SCO-STF
18-03-2009).



APRESENTAÇÃO - POVOS INDÍGENAS: DO PROCESSO DE INVISIBILIDADE AO PROTAGONISMO NA ESFERA PÚBLICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Paulo Fernando Soares Pereira

Ex-Vice-Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, entre 2017-2018. Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB, com período de pesquisa na Universidade Nacional da Colômbia – UNAL e no Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas – CPDOC/FVG. Mestre em Direito e Instituições de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima – UFRR. Integrante da Advocacia-Geral da União - AGU (Procurador Federal, atuando em demandas relacionadas aos povos indígenas, comunidades quilombolas e patrimônio cultural brasileiro).

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva

Ex-Diretora da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Clássica), em co-tutoria com a Universidade de Roma - La Sapienza. Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Integrante da Advocacia-Geral da União - AGU (Procuradora Federal).

1 POVOS INDÍGENAS, ONTEM E HOJE: DE INVISIBILIZADOS A PROTAGONISTAS DO ESTADO-NAÇÃO

Haverá um dia em que os próprios povos indígenas brasileiros terão restituídos seus lugares de fala, estarão incluídos, efetivamente, na estrutura do Estado-Nação, inclusive nas instituições do sistema de justiça, e terão a oportunidade de redigir editoriais em publicações de temas que lhe dizem respeito. Assim, pede-se licença aos povos indígenas para que se possa falar brevemente sobre suas tradições, história, cultura e anseios, além de sua relação com uma instituição estatal encarregada da defesa de seus direitos, a Advocacia-Geral da União – AGU.

Primeiramente, cabe indagar: quem são os povos e comunidades indígenas? E mais, como devem ser referidos? A problemática já surge neste primeiro momento. Qual a terminologia mais adequada para nos referirmos aos que a anacrônica legislação brasileira denomina de “índios”? Tal questionamento pode parecer desnecessário à primeira vista, pois palavras são apenas palavras. Ledo engano, a comunicação tem importante papel simbólico e faz parte do processo de identidade e autodeterminação desses povos definir como preferem ser nomeados. Por essa razão, dedicaremos algumas linhas à essa temática.

As palavras “índio e “índios”, apesar de adotadas no texto constitucional e de seus processos de ressignificações, não raras vezes, costumam ser questionadas por parcela significativa do movimento indígena e do ambiente acadêmico. Já a utilização da terminologia “povos indígenas” é decorrente da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que substituiu “população” por “povos”, qualificação cujos efeitos foram, entretanto, cuidadosamente limitados. Na definição desses povos, não mais se menciona um estágio de desenvolvimento “menos avançado”, havendo uma clara inspiração pluralistas nas análises por parte da própria OIT (ROULAND, 2004).

1 A presente convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, *cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;*
- b) aos povos em países independentes, *considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região*

geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. [...]

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção. [Grifou-se]

No mesmo sentido, posiciona-se a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas:

Artigo 1

Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Artigo 2

Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena. [Grifou-se]

Aliás, a recente alteração no Código Civil, dada pela Lei nº 13.146/2015 fez a troca, da palavra “índio”, por “indígena”, adequando aos instrumentos internacionais.

Art. 3º

~~Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.~~

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Por sua vez, Manuela Carneiro da Cunha (2013, p. 103), apesar de utilizar a terminologia “índio/índios”, leciona que comunidades indígenas são aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, consideram-se distintas da sociedade nacional, sendo indígena quem pertence a uma dessas comunidades indígenas e é por ela reconhecido.

Não se trata apenas de um formalismo e apego a nomenclaturas. Pelo contrário, um dos principais pressupostos em relação aos direitos indígenas é reconhecer as suas diferenças e não os enxergar a partir de um senso comum que iguala um todo diverso e complexo (os povos indígenas) a um estereótipo que tenta sufocar suas diversas identidades (“índio/índios”), ou seja, trata-los como uma “unidade”, desprovida de diferenças, quando, em verdade, são multiplicidade. Quando os europeus chegaram ao continente americano não encontraram “índios”; tal terminologia se converteu em sinônimo de selvagem, inculto ou bárbaro¹, sendo um produto de um erro europeu, que encontrou uma grande variedade de povos com diferentes níveis de cultura, diferentes línguas, algumas dominando a outras, outras formando alianças (DE LA GARZA, 2002, p. 49).

Além das questões já apontadas, outra tarefa inicial imprescindível ao lidar com os povos indígenas é tentar romper com os preconceitos que firmamos sobre eles. Pensar e lidar com os direitos dos povos indígenas, com toda a sua diversidade e multiplicidade, pressupõe reconhecer o protagonismo que exercem nos dias de hoje, devendo-se questionar a visão romantizada e mítica do “índio”, construída pelo Estado-Nação e corroborada pelas artes, decorrente do romantismo da figura do “bom selvagem”, herói genuinamente nacional. Sobre o tema, citamos:

O romantismo nas artes elegeu o índio enquanto um tema de inspiração poética. Não os indígenas reais de que falavam os relatórios

1 Cf. ZEA, Leopoldo. *Discurso desde a marginalização e a barbárie*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

administrativos ou as notícias de jornais da época ao descrever conflitos fundiários e sempre externando avaliações negativas e preconceituosas. Ao contrário, as representações que surgiram eram construções altamente idealizadas, que os descrevia como bons e altivos, segundo cânones que supostamente teriam precedido à colonização. De certa forma, era a velha crença no paraíso terrenal que retornava, mas já sem os componentes religiosos, agora claramente associada ao nacionalismo e ao desejo de forjar uma unidade nacional. Obras como *Iracema* e *O Guarani* se popularizaram extraordinariamente, mostrando que os brasileiros poderiam reivindicar uma descendência singular, bem diferente da europeia, mas marcada por outros modelos de nobreza e beleza (OLIVEIRA; SANTOS, 2016, p. 41).

É necessário que se permita a esse(a) “herói(ína)” ocupar os espaços não apenas no passado mítico do Estado-Nação, mas que se reconheçam e incluam-se seus direitos no presente e futuro, não mais como um álibi simbólico, mas em decorrência do reconhecimento de direitos determinados na Constituição. Por isso, talvez, poucos temas suscitem tantas polêmicas e paixões entre os brasileiros como a questão indígena, já que foram forjados como representação do passado mítico da Nação: tratou-se de um álibi para se dizer que “todos nós, brasileiros” teríamos “indigeneidade” no nosso sangue, mas esse componente indígena teria ficado no passado, diante do processo de “integração” desses povos à “comunhão nacional”.

Por essa razão, a problemática envolvendo o indígena costuma estar tão presente no Brasil e continua a gerar tantas polêmicas (demarcação de terras, responsabilidade penal, infanticídio etc.) e a fortalecer os estereótipos (em festas à fantasia ou no carnaval é bastante comum se vestir de “indígena”, como se tal identidade fosse uma fantasia que serve apenas para entreter ou como se tais sujeitos não fossem reais e providos de contemporaneidade). Tais polêmicas, passadas, atuais e que se projetam para o futuro, decorrem de diversas estratégias formuladas por aqueles que controlaram o Estado-Nação e tentaram, de todas as formas, invisibilizar as lutas reivindicatórias por direitos desses povos, assim como de outros sujeitos, a exemplo dos quilombolas², que resistiram, por séculos, a esse processo opressivo de homogeneização cultural.

Foi nesse contexto que, desrespeitando os valores tradicionais dos povos indígenas, o Estatuto do Índio dispôs que a educação do indígena seria orientada para a integração na inconceituada “comunhão nacional”,

2 Cf. SHIRAISHI NETO, Joaquim. *O direito das minorias: passagem do “invisível” real para o “visível” formal?* 2004. 246 f. Tese - Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, 2004.

mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional.

Art. 50. A educação do índio será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais.

É bem evidente que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal, pois o Estatuto refletia uma compreensão das demandas indígenas como sendo de progressiva integração à sociedade nacional, que não mais se coaduna com os debates contemporâneos de autonomia e autodeterminação.

Os povos indígenas, portanto, não podem ser encarados apenas como a representação do passado mítico da Nação. Os povos indígenas não são fantasias estereotipadas que assumimos em momentos de entretenimento. São sujeitos reais que, apesar de suas tradicionalidades, são possuidores de contemporaneidades e portadores de direitos assegurados pela Constituição Federal. Nesse sentido, pode-se dizer que:

O índio enquanto símbolo nacional é resultado de uma construção propositada. Foi, sobretudo, durante o império e a constituição do Brasil enquanto nação, que o índio foi forjado como elemento representativo deste país. Sua ascensão a símbolo nacional não constituiu uma preocupação com a sua existência contemporânea, cultural, física e material. A incorporação se deu através da celebração enquanto antepassado simbólico de um território sobre o qual se construiu o Brasil (OLIVEIRA; SANTOS, 2016, p. 41-42).

Nessa superação de estereótipos, deve-se considerar também que os povos indígenas são protagonistas de suas histórias e da História do Brasil. Apesar da opressão para sufocar suas culturas, sempre resistiram e lutaram pelos seus direitos, mesmo quando o sistema jurídico se mostrava desfavorável. Os movimentos de resistência indígena ou negra contra a escravidão, por mais significativos que tenham sido, não receberam a mesma atenção daqueles comandados pelas elites luso-brasileiras, devendo ser objeto de estudos mais aprofundados pelas Ciências Sociais, incluída a História do Direito Constitucional. Houve profunda resistência indígena e negra, muitas vezes encoberta e negada pela história hegemônica e isso tem muita relevância para o processo de construção dos direitos fundamentais, principalmente os direitos à liberdade e à igualdade. Na América Latina, Enrique Dussel (1993, p. 160) registra que:

O índio resistirá durante séculos; sua vida cotidiana certamente será afetada de todas as maneiras pelos invasores – mesmo que não seja mais do que pela introdução dos instrumentos de ferro como o machado, que transformará completamente o trabalho agrícola, doméstico, etc. Brutal e violentamente incorporado primeiro à ‘encomenda’ – exploração gratuita do trabalho indígena – depois aos ‘repartimentos’, sejam agrícolas ou mineiros (a ‘mita’ andina), para, finalmente, receber salários de fome nas ‘fazendas’, o índio deverá recompor totalmente sua existência para sobreviver numa opressão desumana: as primeiras vítimas da modernidade – o primeiro ‘holocausto’ moderno, como o chama Russel Thornton.

Nessa outra narrativa apresentada pelo filósofo Enrique Dussel, os povos indígenas foram as primeiras vítimas de um projeto de modernidade que, em princípio, não foi gestado para todos os sujeitos, mas apenas para aqueles que se adequassem a um modelo de hegemonia e distinção, geralmente racializado³ e eurocentrado. Portanto, a Modernidade foi inaugurada segundo uma concepção racionalista, na qual os conhecimentos advindos dos saberes técnicos e formais foram privilegiados, marginalizando os saberes seculares e ancestrais, contribuindo, portanto, para a construção, inclusive jurídica, de desigualdades com as quais o Estado e a sua advocacia pública devem estar habilitados para lidar.

Por essa perspectiva, a humanidade, em seu núcleo racional, teria alcançado a emancipação do estado de imaturidade cultural e civilizatória; porém, como mito, no horizonte mundial, acabou sacrificando os homens e as mulheres do mundo periférico, colonial. Nesse novo contexto, os povos indígenas foram os primeiros a serem explorados, por sua vez, a vitimização foi encoberta com o argumento do sacrifício ou custo da modernização (DUSSEL, 1993, p. 152).

Além disso, não em vão, através do direito e de seu poder simbólico, foram sendo construídas teorias para justificar a dominação sobre negros e indígenas, inclusive ao se negar a falta de capacidade intelectual e a ausência de personalidade jurídica desses povos⁴. Sobre o tema, Frantz Fanon (1968, p. 197-198) dizia:

O domínio colonial, porque total e simplificador, logo fez com que se desarticulasse de modo espetacular a existência cultural do povo subjulgado. A negação da realidade nacional, as novas relações jurídicas

3 Cf. QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Buenos Aires: CLACSO, 2005.

4 Sobre a capacidade intelectual dos povos indígenas, abordando principalmente as posições de Bartolomé de las Casas, cf. os estudos de Lewis Hanke (1958; 1985).

introduzidas pela potência ocupante, o lançamento à periferia, pela sociedade colonial, dos indígenas e seus costumes, a usurpação, a escravização sistematizada dos homens e das mulheres tornam possível essa obliteração cultural. [...] Envidam-se todos os esforços para levar o colonizado a confessar a inferioridade de sua cultura transformada em condutas instintivas, a reconhecer a irrealidade de sua nação e, finalmente, o caráter inorganizado e inacabado de sua própria estrutura biológica. Em face dessa situação, a reação do colonizado não é unívoca. Enquanto as massas mantêm intactas as tradições mais heterogêneas para a situação colonial, enquanto o estilo artesanal se solidifica num formalismo cada vez mais estereotipado, o intelectual lança-se freneticamente na aquisição furiosa da cultura do ocupante, tendo o cuidado de caracterizar pejorativamente sua cultura nacional, ou encastela-se na enumeração circunstanciada, metódica, passional e rapidamente estéril dessa cultura.

Essa negação da história cultural e das lutas dos povos indígenas e negros serviu para retirar a legitimidade das reivindicações de tais sujeitos, algo que tem sido bastante questionado nas últimas décadas, principalmente a partir de 1980, através dos grupos e movimentos organizados em torno da temática (PEREIRA; FARRANHA, 2018, p. 84), no que resultou em uma série de conquistas previstas na Constituição de 1988. Assim:

Os povos indígenas, após séculos de resistência, conseguiram, não de forma gratuita, o reconhecimento de diversos direitos na ordem jurídica brasileira, inclusive o direito básico de se autoreconhecerem como tais, pois, ainda, hoje, travam batalhas para dizer que são povos indígenas.

No plano legislativo, a maior consagração foi a conferida pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, caput).

Em que pese o rol de novos direitos dos povos indígenas, a discussão em torno dos mesmos, após 20 (vinte) anos de Constituição, não raras vezes, tem se resumido à questão da tutela (nas décadas de 80 a 90, principalmente) e dos direitos territoriais (PEREIRA; SHIRAIISHI NETO, 2017, p. 606).

A nossa atual constituição, como nenhuma outra ousou, fez o resgate dos pleitos indígenas, possibilitando a abertura constitucional necessária

para que tais povos pudessem ter um campo de proteção jurídica que o resguardasse minimamente na luta por seus diversos direitos. Parece que os(as) constituintes já previam o quanto tais direitos seriam vilipendiados e questionados nas esferas legislativa, administrativa e judiciária nas décadas seguintes. Assim, em tempos nos quais a esfera pública tem se tornado tão esvaziada (SENNET, 1998) e que o texto constitucional parece tão desprezado, não custa lembrar o que o mesmo dispõe a respeito dos povos indígenas:

DOS ÍNDIOS

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.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

São apenas dois artigos constitucionais, provavelmente, até desprezados por aqueles que não acreditavam na seriedade do projeto constituinte que se firmou com a Constituição de 1988. Muitos, talvez, tenham visto nesses dispositivos mera retórica ou simbolismo constitucional⁵. Porém, a relevância dos mesmos é ímpar. Através do rompimento com um modelo ultrapassado de se lidar com as diferenças dos povos indígenas. Eles(as) sempre estiveram aqui e o Estado-Nação passou a entender que devem figurar não apenas na narrativa do mito que foi construído a respeito de nossa origem: passa-se a reconhecer que eles(as) são protagonistas da história, não apenas para construí-la, mas que está entre os seus direitos a possibilidade de narrar suas próprias memórias e histórias.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º *O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.*

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. [...]

5 Sobre simbolismo constitucional, cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

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: [Grifou-se]*

Nesse contexto, em respeito à ordem constitucional vigente, deve-se permitir que os povos indígenas possam exercer plenamente suas identidades, que narrem seu passado, vivam seu presente e “tracem os fios de sua história”. Por outro lado, ao Estado compete a tarefa de respeitar esses pressupostos. Como adverte Rita Laura Segato (2014, p. 84):

Qual poderia ser então o trabalho do Estado para poder superar um cenário tão desalentador como o que acabo de apresentar? Deveria ser um Estado restituidor e garante do direito étnico e do direito comunitário em geral. Com isso, quero dizer que, em vista da desordem que as elites metropolitanas europeias e cristãs instalaram no continente a partir do processo de conquista e colonização, desordem mais tarde agravada e aprofundada pela administração a cargo das elites nacionais eurocêntricas, herdeiras do controle dos territórios, hoje temos uma oportunidade. É a oportunidade de permitir que aqueles povos que até agora não tiveram a ocasião de fazê-lo possam agora restaurar sua ordem institucional interna e retomar os fios da sua história. Quem sabe seja sim possível refazer o que foi desfeito nas ordens cultural, jurídica, política, econômica e ambiental da Nação. Se não existe lei perfeita, em lugar de insistir na perfectibilidade cada dia mais remota de um sistema jurídico deficiente, podemos abrir caminho para outros modelos. Refiro-me aqui aos Direitos Próprios e ao projeto do Pluralismo Jurídico.

O pluralismo é pressuposto fático do constitucionalismo contemporâneo. É uma realidade que não se pode negar ou ignorar. A Constituição, mais do que representar o ápice da pirâmide normativa fundante, deve representar a base sobre a qual se constrói livremente a sociedade, com os seus mais diversos grupos e anseios. A Constituição deve ser dúctil, flexível, de forma a possibilitar o desenvolvimento dos mais diversos planos, contribuindo para sua coexistência através do respeito mútuo e da exigência de respeito ao direito da igualdade como reconhecimento, ou melhor dizendo, o direito à diferença.

Como bem colocou Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56) “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o

direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

2 APRESENTANDO OS ARTIGOS

Antes de apresentar os autores e artigos que compõem a publicação, *é preciso deixar bem registrado que as opiniões expressas nos artigos não correspondem a posições oficiais da Advocacia-Geral da União ou da República Federativa do Brasil*. O papel da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, com o seu viés acadêmico, com a publicação, foi fomentar o debater a respeito dos direitos dos povos indígenas. E o fomento ao debate, salvo em regimes de exceção, baseados em censuras, pressupõe divergências, as quais devem ser respeitadas, tendo em vista que o processo de construção de direitos decorre da disputa de ideias, como bem referendou o Supremo Tribunal Federal – STF, recentemente, na ADPF – 548.

Mesmo as opiniões de integrantes da Advocacia-Geral da União, na presente publicação, devem ser vistas sob o ponto de vista da liberdade acadêmica, não expressando as posições oficiais do órgão. Dessa forma, algumas dessas opiniões podem se mostrar em conflito com posições oficiais, o que é natural, haja vista que os direitos dos povos indígenas, não raras vezes, são de difícil consensualidade. Por essa razão, a organização da publicação evitou fazer qualquer censura ou controle da opinião expressa pelos(as) autores(as), mesmo diante de algumas discordâncias, totalmente respeitadas. Portanto, a publicação jamais teve a pretensão de servir como um “manual” de ideias e posições da AGU sobre o tema, mas um espaço acadêmico para se debater os direitos dos povos indígenas, mostrando-se exatamente a polifonia das diferentes posições.

Ademais, os artigos foram avaliados por 02 (dois) ou até 03 (três) avaliadores, no sistema do duplo cego, demonstrando-se a seriedade da avaliação. Portanto, o principal objetivo da publicação foi ouvir, fomentar e debater os direitos dos povos indígenas, demonstrando que tais direitos podem se mostrar de difícil consenso, por diversas vezes. A solução real para os dissensos não estará no “poder de dar a última palavra”, mas no diálogo efetivo com os povos indígenas: com os quais temos muito mais a aprender do que lhes ensinar.

Nesse contexto de pluralidade, divergências e diversidades, a publicação é inaugurada com um artigo de uma mulher indígena, *Keyla Francis de Jesus da Conceição*, doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB, que, em *“A falta de representação de*

indígenas no Congresso Nacional”, aborda a ausência de representatividade de indígenas no Congresso Nacional, tratando a respeito da necessidade de discussão sobre a autonomia política dos povos originários por meio de suas organizações. Ressalta, por fim, a importância de discussão sobre representatividade indígena e a necessidade de implantação de uma democracia plena e satisfatória que inclua diversidade cultural e política presente no Brasil. O artigo é interessante e demonstra que o processo político brasileiro quase não permite que os subalternizados falem⁶ e dá poucas chances para que as minorias possam expressar seus locais de fala, havendo necessidade de se discutir outras formas de acesso das minorias aos órgãos de representação política. Apesar de tudo, os povos indígenas, mesmo diante de um sistema de representação política que tende a excluí-los, em suas estratégias políticas, têm conseguido obter fissuras em referido sistema, sendo exemplo disso a recente eleição, em 2018, de Joênia Wapichana (REDE/RR) para o cargo de Deputada Federal.

Adriana de Oliveira Rocha, em “*Terras indígenas e unidades de conservação: duas categorias de proteção (etno) ambiental em conflito? Uma análise com Dworkin e Stephen Kirste*”, investiga a aparente antinomia entre o direito ao usufruto exclusivo indígena das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos contemplados no constitucionalismo brasileiro, a partir de 1988.

Amanda Expósito Tenório de Araújo, em “*A responsabilidade criminal do indígena*”, trata da (im)possibilidade de cometimento de delitos penais por parte do indígena, com abordagem introdutória sobre a teoria do crime, seus elementos, em especial a culpabilidade.

Antonio Pedro Ferreira da Silva, em “*A cidadania em trânsito: uma análise crítica do indígena brasileiro*”, analisa a relação entre os povos indígenas e o Estado brasileiro, dentro da perspectiva das teorias da cidadania. Traça um breve histórico sobre o processo histórico e social que culminou com a proteção constitucional, dialogando com as teorias da cidadania, destacando diversas perspectivas.

Cássio Cunha de Almeida, em “*O pluralismo jurídico e as suas limitações*”, avalia a possibilidade de equiparação entre os sistemas jurídicos especiais, no contexto do constitucionalismo latino americano e seus três ciclos do constitucionalismo pluralista, ao direito estatal, concluindo que a não equivalência entre as normas e a sujeição dos costumes indígenas ao direito estatal não autoriza, sob nenhuma hipótese, o desrespeito aos direitos consuetudinários (como valores, modo de vida e etc.) indígenas, que

6 SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

estejam compatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos, por parte do Estado e/ou da sociedade envolvente.

Daniela Gonçalves de Carvalho escreve “*Direito ao reconhecimento como direito fundamental e populações tradicionais: a proteção jurídica do indígena no Brasil*”, em que, com base nas teorias filosóficas de reconhecimento, avalia o limite da atuação jurídica de proteção aos povos e indivíduos de cultura própria, como os povos indígenas, dentro de um território marcado pelas diferenças que nem sempre são reconhecidas. Nesse contexto, o papel das instituições do sistema de justiça, como a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal, é contribuir para o processo de reconhecimento do “outro”, os povos indígenas, no caso, rompendo-se com um padrão de homogeneidade estabelecido pelo Estado-Nação anterior a 1988.

Eduardo Felix da Cruz, em “*Processos formais de identificação de pertencimento indígena para os fins de garantia de direitos*”, aborda os diferentes critérios de classificação, que variam do mais flexível, para o qual basta a auto declaração do interessado, ao mais rígido, que demanda o reconhecimento por agentes estatais.

Eduardo Raffa Valente, em “*A Procuradoria-Geral Federal e os menores indígenas em situação de risco: o papel de promoção da pluralidade*”, analisa as competências da Procuradoria-Geral Federal na proteção e defesa dos direitos fundamentais dos menores indígenas, à vista da política da interação positivada pela Constituição Federal, assim como a intervenção processual da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) nos processos judiciais cujas causas de pedir envolvem menores indígenas em situação de risco.

Fernanda Menezes Pereira e Taiz Marrao Batista da Costa, em “*O regime constitucional das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas: aspectos da defesa pela AGU perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*”, abordam o regime constitucional e a proteção especial por ele conferida aos territórios indígenas com os parâmetros para a propriedade coletiva indígena contidos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstrando como a compatibilidade entre a Constituição brasileira e a jurisprudência da Corte Interamericana em relação aos povos indígenas foi demonstrada pela Advocacia-Geral da União no primeiro caso sobre direitos indígenas envolvendo a República Federativa do Brasil na Corte.

João Paulo Peixoto Costa, em “*A formação do Estado Nacional brasileiro e a legislação indigenista no Ceará*”, analisa o contexto legal do período de formação do Estado nacional brasileiro, quando as diretrizes pombalinas continuaram extraoficialmente no Ceará após 1822, analisando como o

enquadramento dos indígenas como cidadãos do Império do Brasil retirou dos mesmos diversos benefícios.

Leandro Ferreira Bernardo, em “*A aplicação da jurisprudência do ‘marco temporal’ nos processos demarcatórios e a legitimação do discurso do ‘vazio demográfico’ na região platina brasileira pelo judiciário*”, analisa a aplicação e os impactos da jurisprudência ou teoria do “marco temporal” pelo judiciário como fundamento para a negação à demarcação de terras indígenas, em especial na região platina brasileira. Trata-se de uma abordagem que mostra como determinados discursos são habilidosamente absorvidos pelo conservadorismo de parcela do judiciário em relação à efetivação dos direitos territoriais dos povos indígenas.

Lise Tupiassu e Patrícia da Cruz Sales, em “*A desapropriação judicial no interesse dos povos indígenas: estudo para o caso Gavião da Montanha*”, analisam a utilização da desapropriação judicial por interesse social, prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, para, numa perspectiva de abertura hermenêutica pluralista, abarcar a posse dentro da concepção culturalista indígena, conferindo-se maior celeridade procedimental na efetivação dos direitos territoriais assegurados a esses povos pela ordem constitucional.

Marcelo Kokke, em “*Jurisdição e cultura indígenas no marco legal boliviano*”, discute como, no sistema boliviano, os povos e comunidades indígenas contam com uma jurisdição indígena própria com autoridade para aplicar penalidades. A abordagem é interessante, tendo em vista o tradicionalismo preconceituoso que marca o sistema jurídico brasileiro em relação aos povos indígenas.

Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar, em “*O compartilhamento de responsabilidades das políticas públicas de assistência social indigenistas*”, analisam o compartilhamento de responsabilidades para a implementação de políticas públicas de assistência social indigenista, entendendo que não é atribuição da FUNAI a implementação direta da política pública de assistência social indigenista, pois esta missão seria atribuição dos Estados e dos Municípios, que recebem dotações orçamentárias da União especificamente para tal finalidade.

Wilson José Vinci Júnior, em “*A Advocacia-Geral da União e os povos indígenas: uma análise a partir da dignidade da pessoa humana*”, discute a posição da Advocacia-Geral da União na efetivação dos direitos dos povos indígenas, mediante uma análise construída a partir da autonomia privada e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Para finalizar, *Eliane da Silva Souza Pequeno*, antropóloga da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, apresenta um ensaio fotográfico denominado “*Enaxwenê-narwê e Salumã: povo do peixe, mel, milho e mandioca da Bacia do Rio Juruena*”. A finalidade do ensaio, em uma publicação

jurídica, é refletir, sob uma forma de olhar mais empático, a respeito da diversidade dos “outros”. Se as imagens fotográficas refletem a beleza da cultura e modos de vida dos povos indígenas, por que, no cotidiano, não conseguimos apresentar empatia pelos mesmos?

3 CONCLUSÃO

Nesse contexto, pretendeu-se contribuir com o debate dos diversos e complexos direitos e garantias dos povos indígenas, podendo-se concluir que o despertar dos sujeitos renegados, principalmente negros e indígenas, com suas multifacetadas imbricações identitárias, não é um processo simples, pois lidar com as desigualdades de direitos requer mudanças nas estruturas públicas e privadas, que continuam a manter práticas institucionais que passaram incólumes aos diversos movimentos constitucionais reformistas (PEREIRA; FARRANHA, 2018, p. 87).

Portanto, cabe à Advocacia-Geral da União - AGU, como órgão encarregado da orientação constitucional do Estado-Nação brasileiro (art. 131, *caput*, da CF), atuar em favor dos povos indígenas, mediando, por um lado, os conflitos, participando das negociações dos direitos disponíveis e para os quais os indígenas, mediante regulamentada oitiva, manifestem concordância, e, por outro lado, refutar quaisquer pretensões sobre os direitos os quais na Constituição não são permitidas quaisquer negociações/disposições.

O papel da Advocacia-Geral da União, como verdadeira Advocacia de Estado, passa pela sua responsabilidade social com atuações proativas para a construção de uma ética mais inclusiva. Apesar de ser um conceito pensado inicialmente para a iniciativa privada, em países periféricos, como é o caso do Brasil, os órgãos públicos, sobretudo os que possuem papel constitucional bem definido, devem ser protagonistas das ações de responsabilidade social, comprometidas com a transformação e com o reconhecimento do *alter*.

Dito isso, concluímos que não há transformação sem debate, sem conhecimento e/ou sem informação. Eis o que a Escola da AGU pretende com essa publicação, trazer à baila problemas invisibilizados e disseminar conhecimento e informação sobre a temática indígena, de forma a orientar debates consistentes, conscientes e atuações transformadoras. Mas, sobretudo, a pretensão maior é a de propagar a ideia de respeito ao próximo e de (re)construção do *ego* através do conhecimento do *alter*.

Em síntese, entendemos que esse é um dos verdadeiros papéis desse órgão essencial à justiça e fundamental à Nação brasileira. Nação não no sentido proposto por Bodin, do reconhecimento de uma única

soberania possível, mas como expressão ressignificada por conter em si a possibilidade de convivência de diversas outras nações, que tenham respeitados e preservados os seus costumes, idiomas, normas e tradições. Nação, portanto, no sentido plural e transversal.

REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DE LA GARZA, María Teresa. *Política de la memoria: una mirada sobre Occidente desde el margen*. Barcelona/Ciudad de México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 2002.

DUSSEL, Enrique. 1492. *O encobrimento do outro: a origem do “mito da modernidade”*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

HANKE, Lewis. *El prejuicio racial en nuevo mundo: Aristóteles y los indios de hispanoamérica*. Traducido por Marina Orellana. Santiago do Chile: Editorial Universitária, 1958.

_____. *La humanidad es una: estudio acerca de la querela que sobre la capacidad intelectual y religiosa de los indígenas americanos sostuvieron en 1550 Bartolomé de las Casas y Juan Ginés*. Traducido por Jorge Avendano-Inestrillas y Margarita Sepúlveda de Baranda. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de; SANTOS, Rita de Cássia Melo. Descolonizando a ilusão museal – etnografia de uma proposta expositiva. In: LIMA FILHO, Manuel; ABREU, Regina; ATHIAS, Renato (Orgs.). *Museus e atores sociais: perspectivas antropológicas*. Recife: UFPE/ABA, 2016, p. 17-55.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares; SHIRAISHI NETO, Joaquim. Um pouco além dos territórios: o direito fundamental dos povos indígenas a uma educação diferenciada. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, 2017, p. 603-632.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares; SANTANA, Ana Claudia. Poderes, Direito e Dominação: a tomada de consciência e a inclusão de outros sujeitos a partir de questões raciais. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 2, 2017, p. 56-93.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 227-278.

ROULAND, Nobert (org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 01, jan./jun. 2014.

SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. Tradução de Lygia Araújo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *O direito das minorias: passagem do “invisível” real para o “visível” formal?* 2004. 246 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, 2004.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa e André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ZEA, Leopoldo. *Discurso desde a marginalização e a barbárie*. Tradução de Luís Gonzalo Acosta Espejo e Maurício Delamaro. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

A FALTA DE REPRESENTAÇÃO DE INDÍGENAS NO CONGRESSO NACIONAL

LA FALTA DE REPRESENTACIÓN DE INDÍGENAS EN EL CONGRESO NACIONAL

Keyla Francis de Jesus da Conceição

Doutoranda em direito no Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Integrante na Comissão Nacional da Juventude Indígena representando a região sudeste (CNJI). Atualmente integra o grupo de pesquisa em direito indigenista MOITARÁ que atua em defesa dos direitos indígenas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Autonomia Indígena e Representatividade Política; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo trata da falta de representação de indígenas no Congresso Nacional, abordando a necessidade de suscitar a discussão e ao mesmo tempo dando ênfase à autonomia política dos povos originários por meio de suas organizações políticas. Traz exemplos do reconhecimento de autonomia dos povos indígenas que estão presentes em países como Canadá e Nova Zelândia, bem como um breve relato sobre os países da América Latina que adotam uma Constituição Pluriétnica. Demonstra que a participação política é uma demanda do Movimento Indígena, algo que surge da necessidade de proteção diante das ameaças da retirada de direitos. Ressalta a importância de discussão sobre representatividade indígena e a necessidade de implantação de uma democracia plena e satisfatória que inclua diversidade cultural e política presente no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Indígenas. Representação Política. Autonomia. Direito.

RESUMEN: El artículo trata de la falta de representación de indígenas en el Congreso Nacional, abordando la necesidad de suscitar la discusión y al mismo tiempo dando énfasis a la autonomía política de los pueblos originarios por medio de sus organizaciones políticas. Trae ejemplos del reconocimiento de autonomía de los pueblos indígenas que están presentes en países como Canadá y Nueva Zelanda, así como un breve relato sobre los países de América Latina que adoptan una Constitución Pluriétnica. Demuestra que la participación política es una demanda del Movimiento Indígena, algo que surge de la necesidad de protección ante las amenazas de la retirada de derechos. Resalta la importancia de discusión sobre representatividad indígena y la necesidad de implantación de una democracia plena y satisfactoria que incluya la diversidad cultural y política presente en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Indígenas. Representación Política. Autonomía. Derecho.

INTRODUÇÃO

Vivemos no século XXI um grande paradoxo político. Por um lado, a democracia aparece como o regime mais atrativo para os povos do mundo. Em termos históricos, nunca se teve tantos regimes democráticos no mundo. Por outro lado, em muitos países democráticos, a eleição não parece mais suficiente para conferir às decisões dos representantes uma legitimidade real e a crise econômica e social tem contribuído para agravar essa situação. Não apenas no Brasil, mas em outros países, nota-se um desinteresse pela política, uma rejeição dos políticos, corrupção, abstenção, e o aumento dos votos extremistas. Além disso, assistimos, no capitalismo global, ao fortalecimento de poderes não eleitos (multinacionais, organizações internacionais, empresas privadas, *lobbys*) que têm cada vez mais influência nos processos de decisão.

Para compreender essas transformações, o debate teórico sobre a representação política se tornou central em ciência política. Luiz Felipe Miguel aponta em seu artigo “Representação política em 3D” para a necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre o sentido da própria representação para recuperação dos mecanismos representativos.

Diante das evidências acerca do “declínio do comparecimento eleitoral”, da “ampliação da desconfiança em relação às instituições” e do “esvaziamento dos partidos políticos” – que permitem falar em uma crise disseminada da representação – (Miguel, 2003, p. 124), propostas de introdução de novos mecanismos voltados para a revitalização das instituições representativas surgiram nos últimos anos como as cotas eleitorais para grupos em desvantagem. O que propostas como esta sugerem é que a redução da confiança popular nos representantes políticos não é efeito de “alienação” ou de “falta de compromisso com a democracia”, mas antes vêm da constatação de que as “promessas da democracia representativa não são realizadas” e que as instituições privilegiam interesses especiais e pouco espaço concedem para a participação do cidadão comum (Miguel, 2003, p. 126).

Muitos grupos não se veem representados no espaço público. De acordo com Luiz Felipe Miguel, “a desigualdade de acesso à discussão pública não é efeito apenas do controle da mídia, mas também da deslegitimação da expressão dos dominados no campo político, que exige o manejo de determinados modos de discurso” (2003, p. 134). Uma das alternativas para sanar a sub-representatividade dos grupos subalternos é apresentada por Nancy Fraser (1992 apud Miguel, 2003) que propõe a criação de espaços de auto-organização onde esses grupos possam inventar e difundir contradiscursos próprios para formulação de seus interesses e

necessidades. Na mesma linha, Íris Marion Young recomenda, por exemplo, “financiamento público para incentivar a auto-organização dos grupos oprimidos, canais especiais de acesso aos fóruns decisórios e mesmo poder de veto sobre políticas públicas que os atingissem em particular” (1990 apud Miguel, 2003. p. 135).

No Brasil, mulheres e negros representam a minoria das candidaturas nos partidos políticos e o número de candidatos indígenas e asiáticos é inexpressivo. As candidaturas continuam a ser majoritariamente compostas por homens brancos e, de acordo com documento produzido pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) sobre a sub-representação dos negros, indígenas e mulheres nas eleições de 2014, os dados revelam que existe uma enorme diferença entre o perfil étnico-racial dos brasileiros em relação àqueles que buscam representá-los.

Diante da crise política que o Brasil enfrenta surgem questionamentos sobre a representação nos lugares de tomada de decisão e sua real efetividade, dessa maneira necessitamos discutir também sobre a falta de representação de indígenas nos espaços de tomada de decisão. Em uma análise específica iremos perceber que os indígenas são sujeitos diretamente afetados de decisões das quais eles não participam. Sendo assim precisamos pensar nesse problema e proporcionar uma democracia plena em que de fato haja a participação de todos e principalmente dos povos originários que possuem seus direitos violados desde a invasão do país.

1 AUTONOMIA INDÍGENA E REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA

Os povos indígenas possuem uma maneira própria de organização social, possuem uma autonomia que é pré-existente aos sistemas políticos e jurídicos que regem o Brasil. Essa organização interna é regida por seus costumes e tradições. Também, existe a organização externa estabelecida por meio de suas organizações estaduais e regionais que surgiram após o processo de colonização, objetivando a garantia da sua sobrevivência e proteção das práticas tradicionais e que contam hoje com seus respectivos representantes na Articulação Nacional denominada Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

Essas organizações funcionam como estratégias de sobrevivência. No entanto, para a eficácia dessas estratégias, é necessária a aplicação de uma racionalidade plural que permita uma comunicação entre os diversos sistemas sociais. É dentro dessa racionalidade que se pode falar em Constituição Pluriétnica, cuja função é criar pontes de transição dentro de um mesmo sistema social dominante, respeitando a diversidade social e cultural. Surge, então, a probabilidade de alcançar a representação de

indígenas nos espaços de tomada de decisão, a partir da possibilidade de junção de diversidades e criação de pontes de transição, de maneira a conciliar o conceito de constitucionalismo plural e jusdiversidade com a autonomia indígena.

Para entender o problema do não reconhecimento da autonomia indígena é importante lembrar a falta de representatividade dos povos originários nos espaços políticos e jurídicos. Torna-se necessária a reflexão sobre como a falta de indígenas na atuação política reflete nos aspectos jurídicos e qual o grau de interferência na efetivação de direitos garantidos na Constituição. Problema pouco discutido no passado, pois vigorava a ideologia da incapacidade indígena, em um modelo de tutela, no qual o indígena não podia falar por si próprio, e encontrava-se subjugado à vontade do outro, melhor dizendo, à vontade do Estado.

Sendo assim, questões como a posse ou propriedade dos indígenas sobre a terra não são pontos discutidos. Principalmente a propriedade dos indígenas sobre a terra demarcada não é uma questão discutida, apesar de ser um assunto presente na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificada pelo Brasil, que estabelece em seu art.14 1: “Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos”. A falta de reconhecimento da propriedade das terras tradicionalmente ocupadas realça a invisibilidade da autonomia de um povo que, apesar de terem seus direitos previstos na lei, estes não são concretizados.

No âmbito da América Latina, o Brasil é o país que menos discutiu o autogoverno e autonomia indígena, ainda que ambos os temas estejam dispostos na Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.

Alguns países Latinos americanos como a Colômbia, Equador e Bolívia possuem significativo avanço no quesito representação indígena e uma Constituição Pluriétnica, tornando a efetivação dos direitos propostos algo tangível. Aos poucos, ensejaram importantes reformas constitucionais nos países latino-americanos, de tal maneira que os povos indígenas passaram a demandar o reconhecimento não apenas como culturas diversas, mas como nações originárias ou sujeitos políticos com direito a participar nos novos pactos do Estado. No entanto, é no Canadá que está presente um melhor exemplo de autonomia dos povos. As Primeiras Nações do Canadá têm negociado com o Estado regimes de autonomia, sendo o exemplo mais importante o da criação do Território Autônomo do Nunavut em 1999, onde vivem majoritariamente os Inuits.

Em 2007, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, parece representar o marco de uma nova percepção,

qual seja, a de que os direitos políticos indígenas demandariam uma abordagem jurídica diferenciada. Diante desta percepção, a construção de um constitucionalismo transversal seria a melhor alternativa para alcançar a pluralidade política e jurídica. A preocupação maior é com qual instrumento jurídico e político será possível garantir uma maior participação dos indígenas nos espaços de tomada de decisão, pois a democracia só é real quando todos os grupos participam do processo decisório de um país.

Neste sentido, é necessário indagar a possibilidade de fomento de um constitucionalismo plural, ou seja, a implementação de procedimentos e instituições que respeitem e integrem a diversidade cultural do país. Como viabilizar a efetivação de direitos por meio da construção de um constitucionalismo plural, tendo em vista as variáveis políticas e os tratados e convenções já ratificados pelo Brasil?

Partindo da ideia de que o constitucionalismo pluriétnico permite a concretização da autonomia dos povos originários e é a melhor forma de viabilizar a participação de indígena nos processos decisórios, percebe-se, com base em uma observação incompleta, precária e preliminar, que a Constituição Federal de 1988, por não adotar um modelo que reconheça a autonomia política indígena, não vem demonstrando plenitude democrática satisfatória, pois não há participação ativa dos povos originários no processo decisório brasileiro.

Em algumas sociedades é possível a coexistência da autonomia indígena sobre seus territórios, organização social e política, com as instituições e sua influência nas decisões governativas sobre seus direitos culturais, como pode ser visto em algumas comunidades indígenas presentes no Canadá.

Para a efetivação de democracia com a participação de indígenas no Congresso é imprescindível a adoção de um constitucionalismo que fira o art. 60, § 4º, inciso II da CFB, que remete ao voto secreto e universal, tendo em vista que esse é um dos principais argumentos para a rejeição de qualquer proposta de emenda constitucional que intencione a disponibilidade de vagas específicas para indígenas no Congresso.

Ao compararmos diferentes modelos de abordagem sobre as experiências de participação e representação política dos povos indígenas no Brasil e no exterior, com ênfase no Canadá e Nova Zelândia percebemos que é possível a representação política de indígenas por meio de vagas específicas no parlamento. Tendo em vista que os modelos de organizações geridas por povos indígenas e suas propostas para efetivação de suas demandas de autonomia e representatividade tem se mostrado eficientes para concretização do conceito de democracia. O modelo de representação presente na Constituição torna-se efetivo com maneiras de representação nos espaços de tomada de decisão que abrangem a participação jusdiversa,

a qual é desenvolvida pelo jurista Carlos Marés, sendo essa a participação jusdiversa uma forma de respeitar a autonomia indígena.

Os povos indígenas do Brasil possuem suas próprias organizações internas e externas, com suas próprias leis e formas de governo. As organizações externas em sua grande maioria surgiram para nos organizarmos e obtermos o direito de viver dentro de uma lógica colonizadora. Portanto, surgiram como mecanismo de luta diante o sistema dominante. Nesse sentido, Habermas (2002) acredita que sem os movimentos sociais e lutas políticas, não é possível o reconhecimento de direito:

[...] uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade. Para isso não é preciso um modelo oposto que corrija o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos; é preciso apenas que ocorra a realização coerente desse viés. E sem os movimentos sociais e sem lutas políticas, vale dizer, tal realização teria poucas chances de acontecer. (HABERMAS, 2002. p. 235).

Dentre as organizações indígenas de representatividade nacional podemos citar a Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME), a Articulação dos Povos Indígenas do Sul (ARPINSUL), a Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste (ARPINSUDESTE), a Grande Assembleia Guarani (ATY GUASSU), a Coordenação dos Povos Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB) e a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

A APIB é a representação indígena no plano nacional. As organizações regionais possuem um representante nessa organização, que é sediada em Brasília. Uma das principais demandas dessa organização é fazer com que a autonomia indígena não seja invisibilizada pelos sistemas dominantes. Uma das alternativas é o incentivo de candidaturas indígenas aos cargos de vereador, prefeito e deputados estaduais e federais.

No início do ano de 2017 a APIB lançou uma carta aos povos indígenas que demonstra o anseio e necessidade pela participação política:

Nos últimos anos os Povos Indígenas do Brasil têm enfrentado fortes pressões que têm se intensificado em todos os espaços de poder do Estado. No parlamento, têm prevalecido em todos os seus níveis, os interesses de grupos majoritariamente contrários aos direitos dos povos

indígenas. Tendo em vista que é no parlamento o lugar aonde se constrói regramentos legais que vinculam toda a sociedade, faz-se necessário enxergarmos esse espaço como estratégico para o empoderamento dos nossos povos e conseguir que de forma efetiva as nossas lutas e pautas sejam evidenciadas e transformadas em instrumentos de resistência e de poder nesse contexto o acentuado de correlação de forças e de ataques permanentes aos direitos indígenas. (APIB, 2017).

Cabe aqui ressaltar que a eleição de um único indígena para o cargo de deputado federal, entre os mais de 500 deputados, tornaria um parlamentar meramente simbólico e exótico que não daria conta de representar as demandas indígenas, sendo esse um dos motivos para que sejam criados dispositivos jurídicos e políticos capazes de abranger a diversidade cultural existente no país, tal como a adoção de um constitucionalismo plural propõe.

Apesar de relevantes avanços, a Constituição Federal Brasileira apresenta pontos a serem aperfeiçoados, sobretudo no que diz respeito a mecanismos que ampliem a participação de indígenas no processo decisório dos poderes legislativos e executivos. Vale lembrar o papel importante que tem desempenhado a Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), criada por decreto presidencial em 2006 com o objetivo de aumentar a participação indígena na construção de políticas públicas voltadas para eles. A Comissão que conta com 13 representantes do governo, dois de organizações indigenistas e 20 de povos indígenas, sendo 9 da Amazônia, 6 do Nordeste, 2 do Centro-Oeste e 3 do Sul e Sudeste, tem, no entanto, enfrentando uma série de obstáculos e dificuldades no seu funcionamento.

Saliento que, dentre os grupos menos representados no Congresso, enquanto há elegibilidade possível para as mulheres e negros, não é possível a elegibilidade para nós indígenas. Nesse sentido, Rodrigues afirma:

No Brasil, há uma grande diferença entre as reais oportunidades de eleição de integrantes das comunidades indígenas e de membros de outras minorias. Tantos candidatos afrodescendentes quanto mulheres desfrutam de condições palpáveis de se elegerem. Perfazendo 50% da população, se as eleitoras resolverem votar apenas em candidatas mulheres, em tese, teriam condições de eleger um Parlamento com um número representativo de mulheres parlamentares. Da mesma forma, municípios e estados com alta proporção de eleitores afrodescendentes têm condições de eleger candidatos afrodescendentes. Não é por outra razão que a Câmara dos Deputados conta com parlamentares mulheres e afrodescendentes, mesmo que não em número proporcional a sua participação na população (2014. p.64).

A representação dos indígenas no Congresso Nacional inauguraria uma nova etapa da política indígena no Brasil, ou melhor, reconhecera e viabilizaria a participação autônoma dos indígenas no cenário político. Só é possível dotar o indígena brasileiro de plena cidadania quando o país assegurar às minorias sua participação nas instituições representativas. A eleição do deputado Mário Juruna, da etnia Xavante/MT, nos anos 80, foi uma excepcionalidade e efetivou-se por objetivo de representar tanto interesses dos povos indígenas quanto questões da agenda ambiental.

Excluindo o caso do Xavante, é certamente impossível eleger um indígena para o Congresso Nacional por conta da descentralização da população indígena, distribuída em diversos estados do país, reduzindo a proporção de índios em relação à totalidade de cada estado membro. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu artigo 5º, estabelece que os povos indígenas têm o direito de reter e fortalecer suas próprias instituições políticas. No que diz respeito ao direito à representação política, a declaração é ainda mais incisiva, estabelecendo o que segue *in verbis*:

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões. (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Analisando os aspectos supramencionados, a teoria constitucional seria levada a refletir sobre seus próprios limites, quando grupos sociais historicamente marginalizados demandam reconhecimento de direitos e autonomia, sendo tal ponto alcançado com a pesquisa sobre o constitucionalismo plural como instrumento de reconhecimento de autonomia indígena.

Também, no mesmo sentido, busca-se uma articulação crítica entre os âmbitos empírico (as organizações indígenas) e normativo, explorando as possibilidades, omissões e contradições entre os discursos de legitimidade democrática e o próprio constitucionalismo. A importância do campo de análise é ressaltada no atual contexto das sociedades democráticas e pluralistas, onde os tribunais, especialmente os constitucionais, assumem um papel central nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade passa a possuir *status* de direito fundamental, com direito de participação e acesso igualitário a recursos, que só serão alcançados por meio da representação especial de indígenas. Segundo Touraine, “não há democracia sem o reconhecimento da diversidade

entre as culturas e da dominação que existe entre elas” (1997, p. 285). Ricardo Pereira Rodrigues afirma, por sua vez, que “As regras eleitorais que buscam garantir a isonomia de condições para candidatos não asseguram aos índios condições de igualdade em relação aos demais candidatos (2014, p. 59).

A alternativa que se apresenta é a de garantir aos povos indígenas o direito à representação no Congresso Nacional, fora do âmbito das regras eleitorais gerais. Pesquisadores como Mota (2009) vêm discutindo a atribuição de direitos coletivos de minorias em países da América Latina. Segundo Marina Brito Pinheiro,

Dentre os mecanismos mais usados para promover a representação especial de grupos minoritários na América do Sul, as cotas nas listas partidárias e a reserva de assentos têm sido os mecanismos preferidos pelos governos dos países que adotam essas medidas. No entanto os resultados referentes ao aumento da representação desses grupos têm variado. A reserva de assentos tem sido menos utilizada, mas são adotadas na Colômbia, na Venezuela e recentemente na Bolívia e nessas experiências se destinam a minorias étnicas destes países (2010, p. 79).

Quanto a uma maior representatividade de minorias no governo, Guillermo Padilla aborda como possível solução o pluralismo jurídico encontrado na Guatemala. Por seu turno, Bruno Siqueira Abe Saber Miguel afirma que “os movimentos indígenas convertem-se em atores estratégicos dentro do panorama político boliviano, exercendo, pela via institucional, pressões constantes para a consecução de seus interesses que resultaram na eleição de Evo Morales em 2005” (2008, p. 76). Carlos Frederico Marés enfatiza para o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas ao afirmar que:

Os princípios universais de reconhecimento integral dos valores de cada povo somente podem ser formulados como liberdade de ação segundo suas próprias leis, o que significa, ter reconhecido o seu direito e sua jurisdição. Poderíamos chamar isto de jusdiversidade (MARÉS, s/d).

De acordo com Nascimento (2016, p. 53) “as reflexões abrangendo questões como a diversidade cultural têm sido realizadas com pouca cientificidade no campo do saber jurídico, resultando muitas vezes em teses que não subsistem se colocadas à prova”.

Quando se trata de avaliar o grau da democracia relativamente a ampliação dos espaços de decisão à participação dos povos indígenas,

vemos a total ausência de representatividade, o que torna essa pesquisa necessária e útil para refletir sobre outras formas de organização política e jurídica no cenário brasileiro.

2 CONCLUSÃO

Seria interessante, finalmente, pensar um modelo representativo mais inclusivo capaz de garantir uma maior participação dos representados, no sentido que sugere Miguel como “terceira dimensão da representação”, aquela que desloca a representação política para o campo da sociedade civil e do exercício ativo da cidadania. Uma representação política que buscasse o aprofundamento do pluralismo político e cultural, valorizando não apenas a expressão dos diferentes grupos de interesse, mas os interesses dos grupos de modo a contemplar a expressão e a representação de todos. E que reconhecesse o valor da autonomia indígena como capacidade ou direito que têm os povos indígenas de escolherem e decidirem sobre as regras sociais e políticas às quais estarão submetidos. No entanto, para um aprimoramento dos mecanismos de representação política, algumas condições são cruciais como o acesso ao debate público, a auto-organização na sociedade civil e um mínimo de igualdade material.

Diante do exposto podemos concluir que, ainda que os indígenas possuam dificuldade de representação no Congresso Nacional e que a possível implantação e o reconhecimento da autonomia política do povo indígena possibilitem o surgimento de problemas que sejam de difícil resolução no futuro, esses problemas não devem ser considerados empecilho para a discussão da não representação de indígenas na política e nos lugares de tomada de decisão.

É natural o surgimento de problemas e diante de um sistema em que pessoas estão envolvidas e que mantêm um relacionamento, seja ele profissional ou político, não teria como não surgir problemas, tal fato é aceitável em todas as sociedades e com os indígenas, não seria diferente, visto que também são seres humanos e cidadãos brasileiros. No entanto, o problema maior é não termos, em uma sociedade considerada democrática, a representação dos povos indígenas, reforçando a cada dia a invisibilidade e negação de um povo, isso é que deve ser discutido, dando ênfase na inexistência daquilo que impede uma democracia plena.

Entendendo que nasce do próprio indígena a vontade de se inserir na democracia brasileira e esse fato pode ser percebido pelo crescente número de candidatos indígenas nas eleições em âmbito nacional, prova disso é a pré-candidatura da indígena Sônia Guajajara ao cargo de Presidente da

República para as eleições de 2018. Fazemos parte do Brasil e, mais do que nunca, iremos lutar pelo nosso direito de viver e viver de acordo com o conceito do que consideramos uma vida bem vivida e se para isso for necessário ocuparmos cargos políticos, assim o faremos.

REFERÊNCIAS

APIB, (2017). *Carta aos Povos Indígenas do Brasil*. Disponível em <<https://mobilizaconacionalindigena.wordpress.com/2017/01/31/carta-aos-povos-indigenas-do-brasil-por-um-parlamento-cada-vez-mais-indigena/>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL IBGE. *Censo 2010*. População indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=1&-idnoticia=2194>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

INESC. *Eleições 2014: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos*. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/outubro/eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

MARÉS, Carlos. *Direitos Humanos e os Povos Indígenas*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/indios/mares.html>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MIGUEL, Bruno. *A Inserção dos Movimentos Indígenas na Arena Política Boliviana: Novos e Velhos Dilemas*. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/3121>>. Acesso em: 4 ago. 2015.

MIGUEL, Luiz Felipe. Representação política em 3-D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, fev. 2003. p. 123 – 140. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15989.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

MOTA, Áurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano: antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. In: Domingues, J. M.; Mota, A.; Silva, F. P & Guimarães, A. S. (Orgs.). *A Bolívia no Espelho do Futuro*. Belo Horizonte: UFMG/IUPERJ.

NASCIMENTO, Sandra. *Colonialidade do Poder no Direito e Povos Indígenas na América Latina*: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Ñande'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucucui no Chile. Tese de Doutorado pelo PPG-ECsA/ELA/UnB. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2015.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Brasília: Wmf Martins Fontes.

PADILLA, Guillermo. *Pluralismo jurídico y paz em Guatemala*. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_2061358847/Docs>. Acesso em: 30 jul. 2015.

PEREIRA, Ricardo. *Democracia e Participação Política dos Povos Indígenas*: a questão da representação especial. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 55-68, nov/dez. 2014.

PINHEIRO, Marina. *Os dilemas da Inclusão de Minorias no Parlamento Brasileiro*: A atuação das frentes parlamentares e bancadas temáticas no congresso nacional. Dissertação de Mestrado ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-89GQ33/disserta__o_marina_brito_pinheiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 jun. 2017.

TERRAS INDÍGENAS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO: DUAS CATEGORIAS DE PROTEÇÃO (ETNO) AMBIENTAL EM CONFLITO? UMA ANÁLISE COM DWORKIN E STEPHEN KIRSTE

INDIGENOUS TERRITORIES AND CONSERVATIVE LANDSCAPES: TWO INCOMPATIBLE ORDERS OF PROTECTION? ANALYSING WITH DWORKIN AND STEPHEN KIRSTE

*Adriana de Oliveira Rocha
Procuradora Federal,*

*Núcleo da Matéria Finalística na Procuradoria Federal em Mato Grosso do Sul, Atua,
desde 2007, em processos que versam demandas contra a Fundação Nacional do Índio
– FUNAI, em razão de demarcação de terras indígenas.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antinomia entre normas; 2 Direito como Integridade – a possibilidade de coexistência entre Unidades de Conservação de Proteção Integral e Terras Indígenas; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O direito coletivo dos indígenas à sua terra e o direito difuso ao meio ambiente equilibrado são os direitos em análise neste trabalho. Falsamente colocados em contraposição, a integridade de um não desestabiliza o outro, necessariamente. O respaldo para defender a integridade dos direitos em aplicação, vem de Dworkin, e do autor alemão Stephan Kirste, na parte que diz respeito à dignidade humana. Dignidade de resto expressa nos modos de criar, fazer e viver dos indígenas, mas também no meio ambiente equilibrado para atuais e futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Dworkin, Kirste. Dignidade da Pessoa Humana. Terras Indígenas. Unidades de Conservação.

ABSTRACT: The collective right of indigenous peoples to their land and the diffuse right to the balanced environment are the rights under consideration in this work. Falsely placed in contrast, the integrity of one do not injure the other, necessarily. The mandate to defend the integrity of the rights comes from Dworkin and the German author Stephan Kirste, on the respect for human dignity. Dignity expressed in ways to create and living from the natives, but also on the environment balanced for current and future generations.

KEYWORDS: Dworkin. Kirste. Human Being Dignity. Indigineous Territories. Conservative Landscapes.

INTRODUÇÃO

Para conjugar normas aparentemente conflitantes é preciso uma arquitetura jurídica que leve em consideração a história de cada um dos direitos envolvidos, no sentido de construir uma resposta conformada à Constituição. O objetivo deste artigo é investigar a aparente antinomia entre o direito ao usufruto exclusivo indígena das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos contemplados no constitucionalismo brasileiro, a partir de 1988. Essa antinomia parece ficar mais visível no caso da superposição entre as unidades de conservação de proteção integral e as terras indígenas, sendo por isso, tomadas como objeto da investigação.

Este trabalho irá se contrapor ao pensamento de que a presença de populações indígenas nas áreas de proteção integral, tal como os parques, compromete a integridade dos atributos ambientais desses espaços. Para tanto irá aportar a doutrina de Dworkin que valoriza a história institucional dos direitos em contraponto, bem como irá se defender que o princípio da dignidade humana protege a identidade indígena relacionada com seus territórios.

Defender-se-á ainda, do ponto de vista do fato social, que a instituição de unidades de conservação em terras indígenas agregalhes valor e vice-versa. Cunhou-se então, para este texto, a expressão “proteção etnoambiental”, porquanto a mesma serve para demonstrar que a superposição, longe de se configurar um problema¹ em si mesmo, pode vir a ser tida como um modelo bem sucedido de conservação socioambiental.

Nesse sentido, nossa filiação a Dworkin e sua teoria do direito como integridade é essencial para o desenvolvimento do trabalho. Inspirados em que “a concepção de Dworkin pode ser melhor entendida a partir da sua tese da fusão – ou quase relação de indiferenciação – entre Direito, moral e política”², considerar-se-á a casuística e a história institucional de cada direito (ambiental e indígena).

No primeiro tópico é apresentado o problema da aparente antinomia de normas que asseguram, de um lado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e de outro, o usufruto exclusivo dos indígenas em suas terras. A segunda abordagem diz respeito à possibilidade de coexistência entre Unidades de Conservação de Proteção Integral e Terras Indígenas Nas

1 A respeito da forma de encarar os direitos indígenas não como tema, mas como suposto “problema”, veja-se uma boa abordagem feita por Paulo Thadeu GOMES DA SILVA, *Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo*, ensaio publicado na *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 2, p. 113-138, out. 2008.

2 CHRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. 2. reimpressão, Curitiba: Juruá, 2009. p. 260.

conclusões se apresenta uma proposta de solução para o problema sugerido, tendo por perspectiva o direito como integridade de Dworkin.

1 ANTINOMIA ENTRE NORMAS

A solução clássica para as chamadas antinomias entre normas passa pelos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade. Por esses critérios as normas do art. 225, § 1º, III e 231, § 2º da Constituição Federal não encontrariam canal de solução, se tivessem que ser confrontadas, porquanto: são de mesma hierarquia, editadas a um só tempo e não se pode afirmar da generalidade de uma a ser superada pela especialidade de outra. Porém, uma terceira norma constitucional (art. 216) indica que constituem patrimônio cultural brasileiro passíveis de promoção e proteção (parágrafo 1º) os modos de criar, fazer e viver (inciso II) dos grupos formadores da sociedade brasileira. Os indígenas – cerca de 230 povos, falantes de 195 línguas³ – constituem alguns desses grupos, sendo que sua diversidade, e a riqueza cultural decorrente, ainda não foram bem percebidas e valorizadas pela sociedade majoritária. O art. 216 da Constituição Federal não pode, por sua vez, ser visto separadamente do fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito⁴ que é princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), princípio este que, de qualquer modo, encontra concreção no respeito à organização social indígena, ou seja, nos seus modos de criar, fazer e viver. Desse modo, a solução jurídica para o aparente *nó górdio* entre normas que devam ser aplicadas ao mesmo tempo e no mesmo espaço territorial deve necessariamente levar em conta a existência física e cultural desses grupos, cujos direitos territoriais de resto são originários e vêm sendo reconhecidos desde a instalação da Colônia no Brasil⁵

Vistas essas considerações sobre a importância do território na sociabilidade autóctone, é preciso levar em conta que, de acordo com a legislação brasileira as unidades de conservação de proteção integral

3 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 286.

4 “Nesta perspectiva ampliada, Gustavo Tepedino conclui que a prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III, CF/88) como fundamentos da República, aliados à garantia substancial (art. 3º, III, CF/88) e formal (artigo 5º, CF/88), bem como a garantia residual consagrada no § 2º do artigo 5º da CF/88, no sentido da não exclusão de garantias e direitos mesmo que não expressos decorram dos princípios do texto maior, além de condicionarem o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da personalidade humana, tomada como valor máximo do ordenamento.”; CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91.

5 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio*: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 58-62.

são incompatíveis com a presença humana. Esta é a ideia positivada na lei brasileira que regula o sistema nacional de unidades de conservação, o SNUC (Lei n. 9.985/00, art. 42 e parágrafos).^{6 7}

Ocorre que a lei deixou em aberto a possibilidade de que tais unidades, juntamente com as terras indígenas, possuam uma configuração diversa das demais, onde não exista a sobreposição. Isto foi assegurado pelo artigo 57, e parágrafo único, da Lei do SNUC, que textualmente previu:

Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação. Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas.

Defendemos que o direito à ocupação tradicional indígena e os direitos a ela correlatos (crenças, costumes e tradições) não afetam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratando-se na verdade de uma falsa antinomia. Não há se falar sequer em inconstitucionalidade da lei do SNUC perante as regras que garantem o usufruto exclusivo dos indígenas sobre seus territórios, visto que, justamente, a cláusula de abertura do artigo 57, permite que haja a convivência de populações tradicionais com as áreas protegidas integralmente, a partir de um consenso ou pactuação com vistas à regularização das superposições.

6 É preciso igualmente asseverar que unidades de conservação no Brasil, não raro são criadas em áreas que se poderia classificar de territórios de refúgio, termo cunhado por Arruti (2006), para descrever “*territórios marginais ao capital, cujos recursos ambientais foram mantidos relativamente preservados em função de uma exploração econômica de base tradicional, com baixo nível de mercantilização. Territórios que só estão em condições de servirem à cobiça do capital, hoje, porque estavam sob a posse de um tipo de população que não os explorou até ao esgotamento*”. ARRUTI, José Maurício Andion. “Qual a contribuição do debate sobre comunidades quilombolas para o debate sobre racismo ambiental”. In: HERCULANO, Selene; PACHECO, Tania (Org.) *Racismo Ambiental – I Seminário Brasileiro contra o Racismo Ambiental*. Rio de Janeiro: Fase, 2006. p. 41.

7 Do ponto de vista puramente patrimonial, se é que existe tal perspectiva apartada de outras, a terra tem sido vista como capital imobilizado, suporte para exploração econômica, objeto, enfim. Todavia, ainda que assim imaginada, “*a terra é construção cultural, porquanto, sem o homem e suas relações sua existência é alheada de significado, parte do mundo natural apenas mas, enquanto construção histórica, a terra se liga às relações de parentesco, vizinhança, profissão e credo. Ela é isso e muito mais. Sua função econômica é uma entre muitas outras. Ela é o local de moradia, é a visualização de paisagem, é também segurança física. Separar a terra do homem e organizar a sociedade de forma tal às exigências de um mercado imobiliário foi parte vital do conceito utópico de uma economia de mercado*”. MOTTA, Márcia. *Direito à terra no Brasil: a gestão do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 265-266.

2 DIREITO COMO INTEGRIDADE – A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA ENTRE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E TERRAS INDÍGENAS

Na perspectiva dworkiniana os direitos têm história institucional e esta é balizadora das soluções que se queira dar a problemas jurídicos, como o que aqui se discute. Neste tópico, tratar-se-á das normas constitucionais que amparam tanto a territorialidade indígena quanto o direito ao meio ambiente ecologicamente sadio para todas as pessoas das presentes e futuras gerações. A ideia é considerar que esses direitos e princípios, ainda que incorporados na Constituição Federal, necessitam ser dimensionados de forma a garantir sua convivência. Para tanto, nos valeremos da doutrina do professor norte-americano Ronald Dworkin, cuja visão do direito é de que os princípios, embora distintos das regras, por poderem estar ou não positivados, devem ser lidos, compreendidos e aplicados como se fossem lei (normatividade dos princípios), tal qual um romance em cadeia, interrelacionando-se com outros padrões de decidibilidade (política, moral, jurisprudência, costumes) na busca de uma solução para um determinado problema jurídico.

Preconiza também o professor que há princípios mais e menos importantes, sendo possível medir-lhes o peso ou, precisamente, a importância no momento de uma decisão jurídica. No caso do presente trabalho, defende-se que a permanência de indígenas em áreas de proteção ambiental integral – espaços territorialmente protegidos de uso indireto – em nada compromete a saúde ecológica desses ambientes. E que, se alguma solução não harmoniosa tiver que se dar em eventual conflito de interesses entre o direito ambiental e o direito territorial indígena, o último deve prevalecer, porquanto, em final análise, é direito equivalente ao de personalidade (etnicidade) dos habitantes originários de áreas, que só modernamente vieram a ser eleitas como de proteção ambiental.

Dworkin, em sua conhecida obra *Levando os Direitos a Sério*⁸, cuja primeira edição data de 1977, defende que o direito deve ser visto como integridade. Preconiza também o professor, que “frequentemente há uma única resposta correta para questões complexas de direito e moralidade política.”⁹. Dworkin é chamado de pós-positivista pela doutrina, porquanto defende o “encaixe” do fato social a um direito preestabelecido, firmado nos princípios, afastando-se, contudo, do positivismo clássico, porquanto teoriza que tal direito preestabelecido é fruto de uma construção histórica:

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

9 *Ibidem*, p. 429.

Admito que os princípios do direito são às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão, tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra. [...] Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização.¹⁰

O positivismo pretende afastar do direito os valores (axiomas) e referências sociológicas, remetendo a outras ciências – filosofia e sociologia – esses objetos. Para o juspositivismo a atividade de aplicação do direito é quase mecânica. Dworkin inverte esta lógica, e demonstra teoricamente, que o intérprete filtra a norma jurídica por meio de seu maior ou menor conhecimento e utilização da história institucional do direito do qual ela é suporte:

Devo sustentar que a prática do Direito é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos específicos ou textos legais, mas de forma geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e magistrados não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. No entanto, o Direito não é uma questão de políticas pessoais ou partidárias, e uma crítica do Direito que não entenda essa diferença proporcionará uma má compreensão e uma orientação ainda pior. Proponho que possamos melhorar nossa compreensão do Direito pela comparação da interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, particularmente na literatura. Também espero que o Direito, quando melhor entendido, proporcione uma melhor compreensão do que a interpretação é em geral.¹¹

Sabe-se então, que o autor não vê o direito como simples exercício de subsunção do fato à norma jurídica, mas como trabalhoso ofício de interpretação, através da qual, é gerada integridade para a resposta dada a certo problema jurídico, visto que a história institucional do direito ou direitos postos em comparação é levada em conta pelo intérprete (juiz, legislador, e os próprios titulares de direitos), como num romance escrito

10 DWORKIN, op. cit., 2007. p. 430.

11 DWORKIN, Ronald. "O Direito como interpretação", In: *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*, Anderson Vichinkeski Teixeira, Elton Somensi de Oliveira (org.), Barueri, SP: Manole, 2010. p. 14.

a várias mãos e sucessivamente. Daí a associação da interpretação jurídica com outros tipos de interpretação, mormente a literária.

Segundo ainda Dworkin, há que se considerar que princípios são distintos de regras e que uma distinção a se fazer entre eles está na chamada dimensão de peso ou importância, da qual as regras seriam desprovidas, mas não os princípios. O autor afirma que o critério de solução de um conflito entre os princípios é perguntar qual o peso e a importância têm um e outro princípio em uma situação de antinomia entre eles

[...] Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política em particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.¹²

Já as regras devem se submeter à critérios que cada sistema jurídico preconiza para solução da antinomia entre elas. Dworkin chama esses critérios de considerações que estão além das próprias regras (critérios de hierarquia, temporal e de especialidade “ou outra coisa desse gênero”).

Partindo dessa doutrina, compreendemos que as disposições constitucionais atinentes aos direitos indígenas sobre seus territórios e aquela que elege os espaços territorialmente protegidos, como parte da efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devem ser vistas *em relação* e apoiarem-se mutuamente para construir uma solução comum para tais espaços de convivência. Todavia, se de todo, a superposição entre uma unidade de conservação de proteção integral for entendida como restritiva ao usufruto indígena, este último deve prevalecer, em razão do princípio protetivo da dignidade humana e sua inerência com o atributo jurídico de ser sujeito de direito, conforme se explicitará a seguir.

Para o autor alemão Stephan Kirste¹³, em sua obra elucidativa sobre o fundamento jurídico do princípio da dignidade humana, o “sentimento moral” é apenas uma das concepções filosóficas que servem de filtro para que se chegue a um conceito propriamente jurídico sobre tal princípio tão

12 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 42-44.

13 KIRSTE, Stephan. “A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito”. In: *Dimensões da Dignidade; ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Béatrice Maurer...[et. al.]; Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175-198.

caro ao moderno direito no Ocidente. Todavia, segundo ele, tal sentimento ainda é insuficiente para definir a dignidade humana em termos jurídicos.

Kirste defende que, assim como a moral, a história serviu de método para se chegar ao conceito jurídico de dignidade, já que certos fatos históricos da modernidade ocidental alcançaram um tal grau de repúdio na comunidade mundial que geraram constituições onde o princípio da dignidade passou a ser obrigatório, a exemplo da Constituição alemã de 1949. Ainda assim, a vagueza da definição em termos jurídicos persistiu.

Outra tentativa de objetivação do princípio está em atribuir a ele o caráter de alvo supremo de todo o Direito. Inobstante, ainda se está longe de poder-se extrair dessa adjetivação consequências jurídicas. “Conceituações dessa natureza provêm de Constituições que se referem à dignidade somente no Preâmbulo ou no texto de forma meramente indicativa. [...] Algumas constituições, contudo, dão espaço a concepções intermediárias.”¹⁴. Anotamos que este último parece ser o caso da Constituição brasileira.¹⁵

Entre mais algumas teorias que o autor analisa na obra citada, Kirste acaba por reivindicar o reconhecimento da dignidade como princípio *normativo*, isto é, capaz de gerar consequências jurídicas, a partir da distinção entre a dignidade humana e o titular desta dignidade. Em síntese, há que se encontrar objetivamente o sujeito daquela.¹⁶ “A tarefa consiste [...] em apresentar uma concepção de dignidade humana que combine a relevância formal de um direito subjetivo com o conteúdo tradicional do qual a dignidade humana é o valor supremo na filosofia moral.”¹⁷ Para resolver este problema, Kirste propõe que a dignidade humana seja vinculada ao conceito de pessoa no Direito.

Kirste afirma que o princípio da dignidade deve ser entendido como autoaplicável, o que ele chama de “sentença jurídico-normativa”. Para que a aplicabilidade independa de regras que traduzam o princípio é preciso dar-lhe conteúdo normativo. E o conteúdo normativo do princípio, segundo o autor alemão, é o reconhecimento de que todo ser humano é sujeito de direitos, ou seja, “ser sujeito de direito é possuir a maior dignidade que o Direito proporciona; significa ter a capacidade de fazer uso jurídico da própria liberdade. [...] O conteúdo do direito da dignidade humana é, assim, o direito fundamental de ser reconhecido como sujeito de direito.”¹⁸

14 KIRSTE, op. cit., p. 184.

15 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

16 KIRSTE, op. cit., p. 188.

17 Ibidem, p. 189.

18 Ibidem, p. 194-195.

Dessa maneira, o sentimento moral que pode permear esse princípio, consegue transitar para o ordenamento através de uma concepção já existente e axial em qualquer sistema jurídico: a subjetividade jurídica. Ser um sujeito, ou pessoa de direito, portanto, é o bastante para atrair a plena proteção do princípio da dignidade. E o mais importante dessa conclusão de Kirste, dizendo com as minorias étnicas: “esse direito [dignidade humana entendida como direito à personalidade] teria impedido que se negasse, a judeus e ciganos, o *status* jurídico como pessoas no Terceiro Reich. Tal direito não necessita e não deve ser ponderado com outros direitos e valores, sendo, nesse sentido, absoluto: ninguém por ser ‘mais’ ou ‘menos’ sujeito de direito.”¹⁹

Seria agora cabível indagar por que os direitos das minorias étnicas indígenas brasileiras foram ganhando em significado e alcançaram a positivação na Carta constitucional? A resposta só pode derivar da sua associação com o princípio da dignidade humana. Se as terras indígenas constituem “espaços simbólicos de identidade, produção e reprodução cultural, não sendo, portanto algo exterior à identidade, mas imanente a ela”, como adverte Deborah Duprat²⁰, não será penoso compreender que muito além de substrato físico de existência, o que está em causa é a identidade desses povos, ainda que um único sujeito de direito indígena necessite de proteção para exercê-la.²¹

Noutro aspecto, não se pode deixar de constatar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também não refoge à vinculação ao princípio da dignidade. Todavia, sabe-se que as comunidades indígenas, diferentemente das populações ocidentalizadas, mantêm uma relação cosmo-simbólica²² com o meio ambiente e que disto advém sua especificidade (etnicidade, identidade...) enquanto grupos humanos. Busca-se, portanto,

19 KIRSTE, op. cit., p. 195.

20 DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, Deborah macedo. *O Estado pluriétnico*. Além da tutela; bases para uma nova política indigenista III. Antônio Carlos de Souza Lima e Maria Barroso-Hoffmann (orgs.), p. 46.

21 A Funai (Fundação Nacional do Índio) expediu portaria para interditar a área onde vive o chamado “Índio do Buraco”, no sudoeste de Rondônia, o último remanescente de uma etnia desconhecida que vive ainda sem contato com a sociedade nacional. A Terra Indígena Tanaru, como passará a ser conhecida a propriedade, ampliou em aproximadamente três mil hectares a antiga proteção jurídica do território, hoje com 8.070 ha. Publicada no Diário Oficial no dia 30 de outubro, a Portaria nº 1371 impede o ingresso de qualquer pessoa na área, considerada de uso exclusivo do indígena: Disponível em: <http://www.funai.gov.br/ultimas/noticias/2_semestre_2006/Novembro/un1107_005.htm. Acesso em: 15 jun. 2010.

22 Sobre a diferença quanto ao conceito de “ambiente natural” segundo o conhecimento ocidental e aquele oriundo das sociedades ameríndias, Rinaldo ARRUDA anota: “nesse sentido, Descolla (1997) ressalta que as cosmologias indígenas amazônicas não fazem distinção ontológica entre humanos e animais. O autor enfatiza a idéia de interligação entre todas as espécies, incluindo a humana, ligadas por vasto *continuum* governado pelo princípio da sociabilidade, no qual a identidade dos humanos, vivos ou mortos, das plantas, dos animais e dos espíritos é completamente relacional e, portanto, sujeita a mutações.” in *Etnodesenvolvimento e políticas públicas*: bases para uma nova política indigenista. Antônio Carlos de Souza Lima e Maria Barroso-Hoffmann [orgs.], p. 148.

na proteção aos modos de criar, fazer e viver, consagrados no artigo 216, da Carta constitucional (modos de *exercício da identidade*, seja individual, seja coletiva) a dimensão de peso necessária para, na aparente colisão entre os princípios, dar como resposta adequada à Constituição aquela que preconiza a permanência dos indígenas nas unidades de conservação de uso indireto e a inafastabilidade de sua participação da gestão dessas unidades.

Juliana Santilli, cuja produção doutrinária na área do direito ambiental relacionada ao socioambientalismo e populações tradicionais é de largo conhecimento e aceitação, defende que “a Constituição brasileira representou um grande avanço na proteção dos bens culturais, tendo consagrado uma nova e moderna concepção de patrimônio cultural, mais abrangente e democrática. A Constituição ampliou o conceito de patrimônio cultural (art. 216, CF/1988), reconhecendo sua dupla natureza - material e imaterial - e incluindo entre os bens culturais as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas dos diferentes grupos sociais brasileiros.”²³

Sustentamos que o direito como integridade preconizado por Dworkin não poderia separar (e pior, contrapor) as tutelas do meio-ambiente, dos direitos territoriais indígenas e do patrimônio cultural nacional traduzido, entre outros, nos modos de criar e fazer e viver dos povos indígenas. A proteção deve se dar em concerto, sob pena de quebra dessa integridade. Esta circularidade não poderia se dar, se os direitos não fossem compreendidos de forma íntegra e adequada à Constituição.

De outro viés, o liame que une todos os direitos fundamentais é a dignidade humana. Em comentário à Constituição Federal, José Francisco Cunha Ferraz Filho, coloca a dignidade da pessoa humana como “o valor-fonte de todos os direitos fundamentais”.²⁴ Assim também se expressa Kirste, para quem, com apoio em Nipperdey, a dignidade humana é “a raiz e fonte última de todos os direitos fundamentais formulados posteriormente”, concluindo que a dignidade humana garante aos indivíduos – e, acrescentaríamos, aos coletivos humanos – a capacidade de ter *outros direitos*.

Ou seja, o princípio para além de ser uma “cláusula geral”, possui um conteúdo normativo, a subjetividade jurídica, e dela emanam ou decorrem os demais direitos fundamentais. Não há automaticismo, pois, em considerar

23 SANTILLI, Juliana. A agrobiodiversidade, os instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Snuv). *Revista de Direito Ambiental*, n. 56, p. 93, out./nov. 2009.

24 FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Antônio Cláudio Costa Machado (org.). Anna Cândida da Cunha Ferraz (coord.). Barueri, SP: Manole, 2010. p. 5-6.

que a dignidade humana dá respaldo aos direitos individuais e coletivos indígenas relacionados com a personalidade. É possível localizar na própria Constituição os direitos correlatos à ocupação tradicional indígena, além do usufruto exclusivo, e também os direitos culturais desses povos como formadores da sociedade brasileira, expressos nos modos de criar, fazer e viver. Se esses modos constituem patrimônio imaterial, coletivo e indissociável dessas comunidades, podemos concluir que esta norma é aquela capaz de balizar os direitos interrelacionados (ambiental e territorial indígena). Há uma aparência, um signo, uma concretude, portanto, dados ao princípio da dignidade humana no patamar da própria Constituição no que diz respeito aos indígenas. Ela emerge como o direito a manter suas identidades e personalidades jurídicas ligadas aos seus territórios, porquanto é neles que se dá o “criar, fazer e viver” aludidos na Carta Constitucional, e não noutros lugares não-identitários.

3 CONCLUSÕES

Os conflitos surgidos quando da presença de populações indígenas em unidades de conservação ambiental não traduzem alguma espécie de voluntarismo dessas populações em aí simplesmente permanecerem (ocupam, em verdade, seus *lugares identitários*). Suas áreas de ocupação mais das vezes são as que restaram intocadas, frente à ânsia do aproveitamento econômico²⁵, dado que comprovadamente as formas da economia autóctone são de baixo impacto ambiental²⁶. Não se afiguraria ético, pois, estabelecer a conservação ambiental estrita nos ambientes indígenas, ou seja, seus espaços *identitários* e de refúgio, com vistas a restringir o usufruto dessas populações.

25 Para uma interessante análise sobre o tema do capitalismo *versus* etnocídio pode-se consultar o texto precisamente denominado “Etnocídio”, do pensador francês, já citado neste trabalho, Pierre CLASTRES. Nele o etnólogo sustenta, ainda nos idos dos anos 1970, que “a sociedade industrial, a mais terrível máquina de produzir, é por isso mesmo a mais terrível máquina de destruir. Raças, sociedades, indivíduos; espaço, natureza, mares, florestas, subsolo: tudo é útil, tudo deve ser utilizado, tudo deve ser produtivo; de uma produtividade levada a seu regime máximo de intensidade”. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*. p. 91.

26 Estudos do etnógrafo Marshal Sahlins, citado por CLASTRES (op. cit. págs. 175-195), informam que as sociedades arcaicas (ou primitivas) não vivem para produzir, mas produzem para viver, no que se distinguem radicalmente do modo de produção capitalista. Sahlins cunhou o termo “modo de produção doméstica” (MPD) para analisar diversas sociedades em continentes diversos, concluindo que a *subprodução*, até um certo limite não comprometedor da vida social, é a regra entre essas sociedades. CLASTRES, Pierre comenta: “O MPD assegura assim à sociedade primitiva uma abundância medida pela igualização da produção às necessidades, ele funciona tendo em vista a total satisfação delas e recusando a ir mais além. Os selvagens produzem para viver, não vivem para produzir.” (p. 183). Um tal modo de produção evidentemente não traz em si a possibilidade de fazer escassear os recursos naturais, ou degradar o meio ambiente, do qual, de resto, dependem os indígenas. Importante ainda anotar que a economia indígena, mais das vezes, não subsiste separada da vida social, religiosa, ritual etc., atividades que, a seu turno, exercem igualmente o poder limitador de que se fala.

O direito cultural e identitário dos indígenas, direito de personalidade em última instância, pois que identidade e personalidade para os indígenas estão indissolvemente ligados, tomando inclusive um caráter coletivo implica em habitarem suas áreas de ocupação tradicional.²⁷ Preconiza-se que os indígenas possuem um estatuto identitário que se confunde com o direito de personalidade (só se é índio se houver identidade assim reconhecida pela comunidade da qual faz parte, ou seja, a *persona* do indígena surge de sua vida comunal). Por isso, o *ser índio* está imbricado necessariamente com o princípio da dignidade humana, substrato último do direito à personalidade. Por ser o princípio da dignidade humana fundador de todo o arcabouço jurídico, a identidade coletiva indígena possui proteção de peso mais relevante frente a outras normas, quer na Constituição, quer no ordenamento infraconstitucional. Um tal direito à personalidade, no sentido que lhe empresta Kirste²⁸, da ordem de provocar a ruptura social e levar ao etnocídio, se violado, não pode ceder lugar à já ultrapassada ideia de que a proteção ao meio ambiente prescinde do elemento humano, ainda que os parques nacionais sejam parte dos instrumentos necessários a garantir o meio ambiente equilibrado para atuais e futuras gerações. Por seu turno, a norma contida na última parte do artigo 225, III, da Carta, que veda a utilização dos espaços territorialmente protegidos, quando comprometida a integridade de seus atributos, não é de ser ignorada. Sucede que esses atributos precisam ser aquilatados também sob a ótica das populações indígenas e não podem ser aprioristicamente dados como violados segundo a simples presença humana nesses locais.

O mais importante, todavia, é não amesquinhar o sujeito de direito indígena pela restrição ao usufruto exclusivo, posto que, a pesquisa etnográfica e antropológica disponível indica que os *usos indígenas* de seus espaços territoriais diferem ontologicamente do uso que se empresta ao ambiente pela cultura ocidental. Ou seja, a antropologia aponta que os indígenas não fazem uma distinção substancial, como nós, entre natureza e cultura, o que torna afrontoso à dignidade o seu afastamento dos lugares de pertencimento ou identitários.

27 "A ligação do índio com a terra é a que foi sempre. A identidade, o modo como ele se percebe no mundo, o que ele diz que é como pessoa no mundo passa pela terra. Ou seja, a terra é a mediação fundamental no processo de constituição da identidade do índio, seja como pessoa, seja como coletividade". FONTELES, Babi; entrevista para o jornal "O Povo". Disponível em: <http://cr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/clipping/clippings/21_06_2010.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2010.

28 "Sem as pessoas de direito, não haveria leis. Sua capacidade de serem sujeitos de imputação das leis constitui a base de todas as relações jurídicas. O contrário, todavia, também é verdade; sem o direito não haveria pessoas de direito. Assim como a perfeição ética do ser humano é traduzida pela personalidade livre, enquanto base de sua dignidade, na condição de 'persona moralis', no Direito a personalidade é o fundamento de todos os demais direitos.", op cit., p. 197.

O direito visto como integridade, observada a história institucional de ambas as proteções, necessita, assim, procurar estabelecer uma solução negociada, paritária, não assimétrica entre os direitos ambientais difusos (de todos os sujeitos de direito) e os direitos individuais e coletivos indígenas. Deve-se levar em conta, ainda, as instâncias políticas e de direito interno dos indígenas, compreendendo para isso a consulta prévia e informada às populações indígenas nos termos aventados pela Convenção 169 da OIT²⁹. Tal solução (ou soluções) deverá ser compatível, com a convivência entre as duas categorias de afetação de um mesmo território, no caso, uma unidade de conservação de uso indireto superposta à Terra Indígena, resultando dessa integridade do direito o reconhecimento da existência das áreas de proteção *etnoambiental* de que fala o título deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro. 2008. *Presença Indígena em Unidades de Conservação*. 160 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 13.177, 21 dez. 1973.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

BRASIL. Decreto n. 1.141, de 19 de maio de 1994. Dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio as atividades produtivas para as comunidades indígenas. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 7.443, 20 maio 1994.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 10, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 19 jul. 2000.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de Abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, p. 01, 20 abr. 2004.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os Direitos do Índio: Ensaios e Documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

²⁹ Convenção 169, OIT, art. 6º.

_____. *Legislação Indigenista no Século XIX: uma compilação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992.

_____. *Cultura com Aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CLASTRES, Pierre. *Crônica dos Índios Guayaki: o que sabem os Aché, caçadores nômades do Paraguai*. Rio de Janeiro: ed. 34, 1995.

_____. *A sociedade contra o Estado – Pesquisas de Antropologia Jurídica*. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

_____. *Arqueologia da Violência – pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FUKUDA, Juliana Cristina. 2009. Sobreposição de Unidades de Conservação e Terras Indígenas: o caso da área do Parque Nacional do Monte Roraima e a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. p. 33. *Monografia de Especialização*. Universidade de Brasília, Distrito Federal.

HERCULANO, S.; PACHECO, T. (Org.) *Racismo Ambiental – I Seminário Brasileiro contra o Racismo Ambiental*. Rio de Janeiro: Fase, 2006. p. 331.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

KOCH-GRÜNBERG, Theodor. Vom Roraima zum Orinoco: <http://www.brasiliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/01011110/010111-1_IMAGE_023.jpg>. Acesso em: 15.06.2010 (fotografia página frontal).

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena*. São Paulo: Baraúna, 2009.

LEUZINGUER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MIRAS, Júlia Trujillo [et al.] [org.]. *Makunaima grita: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009.

RICARDO, Fany [org.]. *Terras Indígenas e Unidades de Conservação - O desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986.

SANTILLI, Juliana. A agrobiodiversidade, os instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Snuc). *Revista de Direito Ambiental*, n. 56, p. 93, out./nov. 2009.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARRETTO FILHO, Henyo Trindade [orgs.]. *Antropologia e Identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2005.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; HOFFMAN, Maria-Barroso [orgs.]. *Estado e Povos Indígenas: bases para uma nova política indigenista II*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002.

A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO INDÍGENA

*THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE INDIGENOUS
PEOPLE*

Amanda Expósito Tenório de Araújo

*Especialização em Curso de Especialização em Direito Civil e Empresa pela
Universidade Federal de Pernambuco e especialização em Tópicos Avançados de
Direito Penal e Processual Pe pela Faculdade Damas da Instrução Cristã(2010).
Servidor das carreiras de auditoria fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Indígena; 2
Histórico da Responsabilização Penal do Indígena;
3 Dos Elementos do Crime; 4 Da Culpabilidade; 5.
Do Erro Culturalmente Condicionado; 6 Conclusões;
Referências.

RESUMO: o presente artigo aborda a (im)possibilidade de cometimento de delitos penais por parte do indígena, com abordagem introdutória sobre a teoria do crime, seus elementos, em especial a culpabilidade. Também foi feito percurso histórico sobre a tratativa da matéria no ordenamento jurídico, seja na esfera penal, seja nas demais, com críticas aos diplomas legislativos que adotam o viés integracionista, o qual considera os indígenas como seres incapazes, salvo se integrados à sociedade envolvente. Este critério é maquiavélico, por ser impositivo de parâmetros de julgamento alheios a própria sociedade indígena. Foram tratadas ainda as soluções propostas pela doutrina, tais como a inexigibilidade de conduta diversa e o erro culturalmente condicionado. Para conceder maior objetividade ao tema, em atendimento a finalidade do presente artigo, foi ainda delimitada a análise dos delitos praticados contra vítimas não indígenas, de acordo com ilações feitas ao longo do texto.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Criminal. Indígena. Teoria do Crime. Elementos. Culpabilidade. Excludentes. Erro Culturalmente Condicionado.

ABSTRACT: the present article aims to address the (im) possibility of committing criminal offenses by the indigenous, with an introductory approach on crime theory, its elements, especially guilt. It was also made a historical course on the treatment of matter in the legal system, whether in the criminal sphere or in others, with criticisms of legislative acts that adopt the integrationist bias, which consider the Indians as incapable beings, unless integrated into the surrounding society. This criterion is Machiavellian, because it is impositive of parameters of judgment unrelated to the indigenous society itself. The solutions proposed by the doctrine were also treated, such as the unequability of different conduct and the culturally conditioned error. In order to grant greater objectivity to the subject, in accordance with the purpose of this article, the analysis of crimes committed against non-indigenous victims was also delimited, according to the conclusions made throughout the text.

KEYWORDS: Criminal Responsibility. Indigenous People. Theory of the Crime. Elements. Culpability. Excludents. Culturally Conditioned Error.

INTRODUÇÃO

O Brasil, por uma questão antropológica, guarda grande preocupação com o indígena e com sua interação com os demais grupos sociais. Esta atenção especial, por assim dizer, já sofreu inúmeras mudanças no seu viés interpretativo, pois anteriormente o tema era analisado de forma preconceituosa, através de um filtro assimilacionista indígenas, que integrava os povos indígenas à sociedade dominante e o julgava através dos parâmetros desta.

Neste contexto, foi editado o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), o qual adota claramente o princípio integracionista, e compreende os como “indivíduos não evoluídos, membros de populações em um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional” (LIMA, 2011, p. 17).

Este diploma ainda traz sua classificação em isolados, em vias de integração e integrados (art. 4¹ da Lei nº 6.001/73). Por conta disso, vários artigos têm sua inconstitucionalidade reconhecida pela doutrina nacional, não tendo havido, porém, declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) até o momento.

A Carta Magna inaugurou um novo olhar sobre o indígena, com valorização da diversidade e do multiculturalismo e reconhecimento do papel dos que são diferentes como parte da nossa riqueza social. Assim, a Constituição Federal, de 1988, adiante denominada apenas de CF/88, dedicou um capítulo próprio aos mesmos, detalhando seus direitos nos artigos 231² e 232³, com valorização do direito à alteridade. O constituinte

- 1 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.
- 2 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.
- 3 Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

intentou proteger tanto organização social, costumes e crenças, quando sua peculiar relação com a terra, não vista apenas como um direito de propriedade, mas como elemento essencial para manutenção de suas características culturais.

De uma forma ou de outra, com o viés integracionista ou com o pluralista, é pujante a necessidade da análise da responsabilidade criminal do indígena. Esta será feita com base nas previsões normativas da sociedade englobante, tendo em vista o próprio intuito deste artigo, qual seja, a análise do cometimento de delitos contra vítimas não indígenas. Isto porque, sem adentrar no mérito da controvérsia, adotam-se aqui as premissas que, em se tratando de autor e vítima, ambos da mesma sociedade indígena, deverão ser aplicadas as normas de sua própria cultura, conforme ditames da Convenção 169 da OIT, em especial o seu art. 9^o, tendo sido a mesma internalizada em nosso ordenamento através da promulgação pelo Decreto n^o 5.051/04.

1 CONCEITO DE INDÍGENA

O conceito de indígena foi definido legalmente pelo Estatuto do Índio, o qual servirá de base para o presente estudo, guardadas as devidas ressalvas instituídas pela CF/88. Assim, o Estatuto, em seu art. 3^o traz as seguintes conceituações:

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

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

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

4 Artigo 9^o- 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

A questão, todavia, não é de tão fácil resolução quanto tenta transparecer o texto legal. Isto porque a questão da ascendência em nosso país é um fator mais complicador do que resolutivo. De modo que restou, como alternativa, a identificação do indígena através do seu grupo social. Seria então a autodeclaração, somada ao próprio reconhecimento por parte do grupo étnico diferenciado, que definiria seu status. Este critério é adotado no Brasil, através da adesão a instrumentos internacionais, tais como a Convenção nº 169 da OIT, que prevê em seu art. 1º, item 2, que:

A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

O critério da autodeclaração não é imune à análise judicial, mas fica limitado à própria subjetividade que lhe é característica. Isto porque a sindicabilidade dos sentimentos é linha bastante delicada, além do que qualquer avaliação do magistrado será feita sob a ótica da sociedade envolvente, sem que isso signifique qualquer ausência de imparcialidade. Afinal, não é recente a negação da ideia de um juiz neutro, através do conceito de pré-compreensão, sendo impossível abstrair-se de todo e qualquer contexto que o próprio julgador integre. Neste sentido, Sarmiento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013. p. 418) tem brilhante exposição:

A pré-compreensão envolve não apenas a concepção particular de mundo do intérprete, mas, sobretudo, os valores, tradições e preconceitos da comunidade em que ele está inserido. [...] A pré-compreensão é o ponto de partida do intérprete para o ingresso no “círculo hermenêutico”, em que aquela antecipação de sentido é testada, considerando-se diversos elementos, como o texto normativo, o sistema, as consequências práticas da decisão, etc.

Além disso, saliente-se que o conceito trazido pelo legislador, e aqui adotado, não pretende homogeneizar todos os indígenas, desconhecendo as peculiaridades associadas às diferentes tribos/etnias. Apenas se estabelece um filtro diferenciador entre o indígena e o não indígena, com base no critério da autodeclaração e do reconhecimento por seus próprios pares. Esta importante distinção foi trazida à baila por Rodrigo Gomes Teixeira Teixeira (2011. p. 189-215), em seu artigo “Índios: A Culpabilidade e O Erro Culturalmente Condicionado”.

2 ARCABOUÇO HISTÓRICO-JURÍDICO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO INDÍGENA

O tratamento normativo do indígena evoluiu bastante ao longo das últimas décadas. Isto porque, anteriormente, sob alegação de proteção, argumentava-se pela incapacidade total ou parcial, considerando a não integração à sociedade envolvente como parâmetro para este tipo de julgamento. Assim, o próprio Estatuto do Índio, em seu art. 4, trouxe a classificação em isolados, em vias de integração e integrados. Mas esta não foi a primeira previsão legal, tendo em vista que a inimputabilidade penal do indígena foi objeto do Decreto nº 5.484/28, com reprodução na Consolidação da legislação penal, de 1932 (TEIXEIRA, 2011. p. 193).

O Código Penal de 1940, por sua vez, não tratou expressamente da querela, mas a doutrina majoritária entendia o caso como enquadrado na hipótese de “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, tratado no art. 22 do diploma. Esta exposição reflete, mais uma vez, a equivocada concepção de tratar o indígena como incapaz simplesmente pelo fato de não compreender os ditames impostos pela sociedade envolvente. Nesta senda, o Código Penal de 1969 reproduziu a mesma falha.

Coroando esta interpretação deturpada, o Estatuto do Índio, em seu art. 56 previu que:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

A novel carta constitucional trouxe mais luz a esta tratativa, ao estabelecer não apenas o respeito a cultura indígena, mas também ao reconhecer sua importância para toda a sociedade. Isto porque o indígena, conforme CF/88, não é apenas um mero favorecido pela sociedade atual, que decidiu conceder meios para sua proteção. A manutenção da cultura indígena passa a ser vista como um valor que deve ser protegido não apenas para o silvícola, mas em função do interesse da coletividade em si.

Neste ponto, interessante pontuar que a capacidade civil do indígena será determinada conforme legislação específica, de acordo com previsão do art. 3, parágrafo único, do Código Civil. A celeuma é que a legislação

específica, a saber, o Estatuto do Índio, ainda permanece impregnada pelo pensamento preconceituoso que o classifica conforme seu grau de integração.

O ponto nevrálgico desta classificação reside no tratamento distorcido direcionado ao indígena, que o trata como incapaz ou como relativamente incapaz, a depender de sua integração. Ora, este julgamento está impregnado de viés preconceituoso, que embute a concepção de que o normativo da sociedade comum é superior ao da sociedade indígena. Defender que a “integração” traria sua capacidade seria tolher o direito de escolha do indígena de absorver as características da sociedade envolvente, conforme sua própria opção, sem que perca necessariamente sua identidade cultural como minoria.

Na verdade, o ponto central deve ser diverso, conforme se detalhará a seguir. Para tanto é necessário abordar a teoria analítica do crime, com seus elementos essenciais e de que maneira a temática tem sido tratada pela doutrina.

3 DOS ELEMENTOS DO CRIME

A Lei de Introdução ao Código Penal traz, em seu art. 1, que:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Este conceito não contribui muito para identificação dos elementos constitutivos do crime. A doutrina, que vem trilhando longa evolução nas teorias que fundamentam tais elementos, conclui hoje pela adoção da teoria analítica, que reconhece a existência de três requisitos, a saber: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Não se desconhece que existem autores que defendem que seriam imprescindíveis apenas a tipicidade e antijuridicidade, enquanto outros incluem ainda um quarto elemento, a saber, a punibilidade. No presente, nos filiamos a classificação adotada por Bitencourt (2012, p. 271), que entende que a punibilidade seria consequência do crime, sendo afeto a aplicação ou não da pena em si.

Assim, aceita a teoria analítica do crime como adequada, parte-se para conceituação de seus elementos. A tipicidade surgiu da adoção do princípio da legalidade, colocando-se como natural exigência de que todos os fatos possivelmente puníveis tivessem previsão legal. Por isso, comum se dizer que

a “tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal” (BITENCOURT, 2012. p. 338).

A questão aqui pode ser analisada sob dois prismas. Inicialmente, pode haver casos em que não haja a correspondência típica, em seu aspecto conglobante. Neste caso, pode-se citar o seguinte exemplo:

[...] a atividade do Pajé, líder espiritual e curandeiro indígena, é reconhecida e fomentada pelo direito brasileiro (além das normas referidas, pela lei n. 9836/99, que normatiza o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena e pela Portaria MS n. 254/02, que trata da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas). Dessa forma, seria incabível que respondesse pelo crime de curandeirismo, crime tipificado no artigo 284 do Código Penal brasileiro, ao qual a conduta do Pajé se amoldaria perfeitamente. O mesmo se aplicaria, por exemplo, no caso de uso de determinadas substâncias entorpecentes em rituais religiosos. (LUCA, 2011. p. 217-248)

Para efeitos didáticos, classifica-se como tipicidade conglobante aquela na qual, além da previsão legal (tipicidade estrita), há também a presença do alcance proibitivo da norma. Deste modo, uma conduta permitida ou tolerada pelo Estado não poderia ser enquadrada como típica, em seu aspecto conglobante.

Em segundo lugar, pode haver casos em que haja perfeita adequação entre o fato e a previsão legal, ocorrendo tipicidade estrita e conglobante, mas que poderá não haver a formalização do delito em virtude de inexistência de outro elemento como veremos a seguir.

Pode-se reconhecer ainda intrínseca relação entre a tipicidade e a antijuridicidade, chegando-se a afirmar que aquela é indiciária desta. Assim, só há antijuridicidade se houver constatação antecedente da tipicidade. A antijuridicidade, por sua vez, traz forte carga de valor a conduta prevista e enquadrada pelo legislador (tipicidade), configurando o próprio injusto. Não adentraremos nas classificações feitas a este segundo requisito, por entender que foge ao escopo do presente, bastando uma análise perfunctória sobre a teoria do crime, para compreensão da culpabilidade como fundamento da análise a que se pretende. Este terceiro elemento será analisado mais detidamente no próximo tópico.

4 DA CULPABILIDADE

A culpabilidade, como já exposto, é um dos elementos essenciais a caracterização do delito, conforme a teoria analítica do crime. Ela

pode ser conceituada, como diz Zaffaroni (2015. p. 539), como a “reprovabilidade do injusto ao autor”. Este conceito ressalta seu caráter normativo. Para integral compreensão, é imprescindível analisar sua evolução conceitual.

Inicialmente, surgiu a teoria psicológica da culpabilidade, cuja definição abarca a relação entre a conduta e o resultado. A relação física, por sua vez, seria a causalidade, definidora do injusto. Esta teoria recebeu inúmeras críticas porque não explicava determinadas questões, tais como a culpa inconsciente, a imputabilidade (aqui a relação psicológica estaria íntegra e assim seria possível reconhecer a ocorrência do delito criminal) e a necessidade exculpante.

A partir daí, evoluiu-se para a teoria complexa da culpabilidade, desenvolvida por Reinhardt Frank (ZAFFARONI, 2015. p. 542), em 1907, que considerava tanto o aspecto psicológico quanto o juízo de reprovação. Esta combinação de elementos causou confusão entre os doutrinadores sobre como os mesmos se comportar-se-iam dentro da culpabilidade, e se um seria pressuposto para o outro. Tanto que, enquanto para Frank a reprovabilidade teria conteúdo não desvalorado, para Goldschmidt ela seria pressuposto da culpabilidade, e para Mezger seria conteúdo desvalorado (ZAFFARONI, 2015. p. 543). Assim, visível a confusão criada pela indefinição do conceito. De qualquer modo, possível concluir que a culpa e o dolo ainda se localizavam dentro da culpabilidade.

Com a saída da culpa e do dolo da culpabilidade para o elemento da tipicidade, foi possível reconhecer o aspecto puramente normativo daquela. Neste ponto, retoma-se o conceito trazido no início deste tópico para culpabilidade como pura reprovabilidade da conduta.

A teoria normativa já foi criticada sob fundamento de ter causado o esvaziamento da culpabilidade. Esta argumentação, na verdade, refere-se a retirada dos elementos subjetivos, não sendo adequado reconhecer que houve propriamente um esvaziamento de conteúdo. Isto porque os critérios legais de reprovação do injusto abrangem a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e da autodeterminação do agente.

De forma mais clara, podemos adotar o seguinte entendimento:

O conceito de culpabilidade tem natureza normativa, sendo um juízo externo de reprovação que incide sobre o autor em virtude de uma ação ou omissão do mesmo que, podendo agir de maneira distinta, diante das circunstâncias concretas do caso, não o fez, sendo-lhe razoável exigir que o tivesse feito. (TEIXEIRA, 2011. p. 201)

A lei já elenca algumas hipóteses de exclusão de culpabilidade. Neste ponto, pacífico entender que não podemos atribuir a inculpabilidade do indígena a qualquer incapacidade.

Dito isto, é majoritário o argumento da inexigibilidade de conduta diversa, como forma excludente da responsabilidade penal do indígena. Firmado tal assertiva, será analisada esta proposta, sem que a mesma impossibilite também o reconhecimento de eventual erro de proibição por conta dos aspectos culturais indígenas.

Para que se possa concluir que toda a temática acerca da responsabilidade criminal do indígena centra-se na culpabilidade, primeiramente deve-se conhecer seus elementos constitutivos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude do fato; e c) exigibilidade de conduta diversa. Com esta exposição, verifica-se que apenas não podem ser aceitos os argumentos que invocam ausência de imputabilidade, devido às exposições prévias.

Além disso, deve-se também expor, sucintamente, as teorias que tratam da consciência do injusto.

Assim, conforme classificação exposta por Zaffaroni (2015, p. 554), a posição topográfica da consciência do injusto faz surgir três correntes, a seguir detalhadas: a) teoria do dolo – no qual ela se posicionaria no dolo propriamente dito, sendo o efetivo conhecimento do injusto; b) teoria estrita da culpabilidade – posiciona a consciência do injusto na culpabilidade; e c) teoria limitada da culpabilidade – neste caso, a consciência da antijuridicidade estaria, em regra, na culpabilidade, mas, quando dependesse da falta de conhecimento sobre a justificação propriamente dita, estaria localizado na tipicidade. Conclui ainda o autor que, adotando-se uma estrutura finalista do delito, mais adequada seria reconhecer a adoção da teoria estrita da culpabilidade.

Bitencourt (2012, p. 501), a seu modo, defende que o Código Penal teria adotado a teoria limitada da culpabilidade. Fato é que, apesar de certa controvérsia, a teoria do dolo tem sua adoção descartada, restando válidas as distinções expostas.

Aqui também imprescindível apresentar a diferenciação clássica entre erro de tipo e erro de proibição, sendo que aquele atua sobre a tipicidade (“ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal”) (BITENCOURT, 2012, p. 503), excluindo o próprio delito, quando invencível. Até porque se o agente não sabia do erro, não há que se falar em dolo e, sendo dolo um dos elementos da tipicidade, esta restará excluída.

Já o erro de proibição atua sobre a compreensão da antijuridicidade, sobre a ilicitude do comportamento. Isso porque o sujeito é conhecedor da norma, mas não consegue internalizá-la por conta de sua própria compreensão.

Diga-se, desde já, que tal distinção dos erros apenas se dá por conta do posicionamento da consciência da antijuridicidade na culpabilidade, pois, senão, tratar-se-ia de um único tipo de erro, o de tipo, atuante sobre a tipicidade.

5 DO ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO ERRO DE PROIBIÇÃO

Inicialmente, importante firmar a assertiva de que o erro culturalmente condicionado nem sempre resulta no erro de proibição, podendo, em alguns casos, resultar também em erro de tipo. Contudo, pela opção literária do presente artigo, será abordada apenas esta faceta, sem que isso signifique reconhecimento de sua existência isolada.

Assim, retomando o conceito de erro de proibição:

O erro de proibição é a falsa percepção da realidade que recai sobre a compreensão da ilicitude da conduta praticada. O legislador penal não exige que o sujeito tenha de fato conhecimento da antijuridicidade da conduta, contentando-se com a constatação, no caso concreto, da possibilidade de conhecimento e de compreensão da antijuridicidade da conduta. (TEIXEIRA, 2011. p. 204)

A falsa percepção pode ser ocasionada por diversos fatores, mas quando o fator preponderante é a própria cultura do agente, tem-se o que se denominou de erro culturalmente condicionado. Zaffaroni trata três formas do conceito de erro culturalmente condicionado, a saber, o erro de compreensão, a consciência dissidente e a justificação putativa. Sobre estes, transcreve-se o excerto abaixo:

Na primeira forma há uma dificuldade inata para a compreensão da proibição normativa. A pessoa pode conhecer a norma, mas razões culturais impedem que ela haja de modo diverso. Na segunda, a pessoa tem conhecimento da proibição e da ausência de permissão legal, mas não se lhe pode exigir sua interiorização. Na justificativa putativa um indígena vê o não-índio como inimigo, o que justifica atitudes contrárias ao direito que antecipam a ação inimiga.” (CASTILHO; COSTA, 2009. p. 60)

Saliente-se que o erro de proibição não implica dizer que aquele que nele incorre não tenha conhecimento da ilicitude. Pode até vir a tê-lo, mas não consegue compreendê-la e assim internalizá-la para se comportar em conformidade com o preceito normativo. Assim, mesmo que o indígena tenha conhecimento da lei penal, pode ser que incida em

um erro culturalmente condicionado por não conseguir aceitar a premissa tal como posta. E, neste caso, o obstáculo a tal aceitação é justamente a diversidade cultural que o caracteriza como minoria.

Aqui, poderá ser utilizado como parâmetro de julgamento sobre a vencibilidade do erro o grau de integração do indígena. Contudo, este critério nunca deverá servir para determinação de sua capacidade como pessoa, mas tão somente para análise concreta da possibilidade de sua compreensão acerca das normas da sociedade envolvente. Ademais, a integração deverá ser vista não apenas como conhecimento com a sociedade envolvente, mas sim como critério de inclusão na mesma, na medida da própria autonomia volitiva do agente.

Exemplificativamente, a cultura Ahuca (ZAFFARONI, 2015, p. 577) traz a convicção de que, em qualquer encontro com o homem branco, este tentará matar o indígena, e, por isso, deve haver antecipação por parte deste, como verdadeiro ato de defesa. Ora, o julgamento de integrantes desta etnia, que vivem de forma isolada do restante da sociedade, não pode ser o mesmo daqueles que já desmistificaram esta possibilidade iminente de agressão. Aqui, deverá haver a diferenciação entre o erro vencível e o invencível, determinando, ao final, a possibilidade ou não de punição.

Esta situação não é de difícil ocorrência, tanto que em outros ordenamentos, há previsão legal. Cita-se, por exemplo, o Código Penal do Peru (QUEIROZ, consultado em 2017):

Artigo 15 – Erro de compreensão culturalmente condicionado

Quem, que por sua cultura ou costumes, comete um fato punível sem poder compreender o caráter delituoso de seu ato ou determinar-se de acordo com essa compreensão, é isento de responsabilidade penal. Quando, por igual razão, essa possibilidade tiver diminuído, a pena será atenuada

Como elemento de determinação sobre a vencibilidade ou não do erro, será necessário realizar verdadeiro estudo antropológico, primeiramente para entender a compreensão do indígena de acordo com seus próprios ditames culturais, e, secundariamente, analisar a sua compreensão sobre a sociedade envolvente e de que forma o seu aspecto cultural constituiu um fator dominante na sua conduta.

6 DO ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Apesar de não ser a conclusão adotada no presente, não se deve ignorar os argumentos que classificam o erro culturalmente condicionado

como inexigibilidade de conduta diversa, o que afeta do mesmo modo o elemento da culpabilidade, impedindo o reconhecimento do crime.

A doutrina de Guilherme Madi Rezende Guilherme (LUCA, 2011. p. 217-248) defende que a “consciência da ilicitude” contida no erro de proibição não abarcaria a compreensão em si da ilicitude, mas seu mero conhecimento. Esta posição é contrária a defendida por Zaffaroni, que considera o conjunto em si, tanto conhecimento quanto compreensão, e com isso permite o desenvolvimento do raciocínio do tópico anterior.

7 CONCLUSÕES

Feita toda a estruturação jurídica sobre o tratamento ofertado ao indígena pelo nosso ordenamento, associado com análise das teorias do direito penal, em especial, relacionados a infração penal, deve-se concluir que as condutas, comissivas ou omissivas, praticadas pelos indígenas, que se enquadrem nos tipos legais e guardem relação de antijuricidade, seriam, a princípio, classificados como delitos penais. Contudo, quando da análise detida acerca do terceiro elemento do crime, a culpabilidade, vê-se que é possível, quando não provável, o reconhecimento da ausência deste elemento, por ocorrência do erro culturalmente condicionado. E assim ocorrendo, não deveria restar reconhecida a existência de crime.

E mais, até quando o erro culturalmente condicionado se transmutar em erro de tipo, a própria tipicidade será afetada, de modo que deverá se reconhecer a inexistência de crime.

A questão central da querela, e que merece toda discussão possível, está na definição da vencibilidade ou não do erro, pois tal julgamento não pode ser feito pelos ditames da sociedade não indígena, sob pena de haver condenações pela simples alteridade cultural. A compreensão do outro deve ser feita pelos olhos deste e, na medida do possível, com respeito a sua visão de mundo.

Assim, conclui-se que a discussão doutrinária, bastante rica sobre o tema, não produziu muitos standards pragmáticos para lidar com os problemas advindos deste conflito cultural, motivo pelo qual exorta o presente artigo a que se estudem propostas de compreensão da cultura indígena, de forma a preservar a diversidade, sem colocar em risco o ordenamento jurídico como um todo e sua completa aplicabilidade a todos os que vivem no país, inclusive povos indígenas, devendo-se envidar esforços para estudo das culturas minoritárias, com quebra de preconceitos trazidos pela própria cultura não indígena.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 932.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 55-66, jul./set. 2009.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto do Índio*. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 316.

LUCA, Lucyana Marina Pepe Affonso de. Apontamentos sobre Direito Penal e Processual Penal em face do Indígena. In: Vitorelli, Edilson (Org). *Temas Aprofundados do Ministério Público*. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 217-248.

QUEIROZ, Paulo. *Responsabilidade penal do índio*. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/responsabilidade-penal-do-indio/>. Acesso em: 28 jul. 2017.

SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 617.

TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. Índios: a culpabilidade e o erro culturalmente condicionado. In: Vitorelli, Edilson (Org). *Temas Aprofundados do Ministério Público*. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 189-215.

TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 14, n. 46, p. 97-117, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 800.

A CIDADANIA EM TRÂNSITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CIDADANIA DO INDÍGENA BRASILEIRO

THE CITIZENSHIP IN TRANSIT: A CRITICAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN INDIGENOUS PEOPLE CITIZENSHIP

Antonio Pedro Ferreira da Silva

*Doutorando em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador,
Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador,
Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal da Bahia, Especialista em
Segurança Pública pela Universidade do Estado da Bahia, Especialista em
Hermenêutica e Teoria Geral do Direito pela Universidade Católica do Salvador.
Procurador Federal, lotado na Procuradoria Federal em Sergipe.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A relação entre os povos indígenas e o Estado brasileiro; 2 Teorias da cidadania e seus diálogos; 3 A cidadania indígena: persistência e resistência; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a relação entre os povos indígenas e o Estado brasileiro, dentro da perspectiva das teorias da cidadania. Traça um breve histórico sobre o processo histórico e social que culminou com a proteção constitucional, dialogando com as teorias da cidadania, destacando as perspectivas traçadas por Marshall, Holston, Damatta e Nascimento. Tendo como pano de fundo a biopolítica, elabora-se uma perspectiva de cidadania em trânsito, que ganha cores ante a alternância entre a conquista e reconquista direitos formais e a luta por efetivação, na medida em que, a exclusão social, a violências físicas e simbólicas sofridas comprovam a ineficácia da proteção no plano real. Propõe reflexões no sentido de se avaliar de forma crítica a cidadania do indígena brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Povos indígenas. Cidadania. Resistência.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relationship between Brazil's indigenous people and the Brazilian State within the perspective of theories of citizenship. It presents an overview on the historical and social processes that resulted in constitutional protection for Brazilian indigenous people, referring to theories of citizenship, particularly the perspectives discussed by Marshall, Holston, Damatta and Nascimento. In the context of biopolitics, this work elaborates a perspective of citizenship in transit, based on the alternation between acquisition and reacquisition of formal rights and the historical effort for their approval, since the social exclusion and violence against the indigenous cultural heritage prove the lack of protection in the real world. This research proposes then reflections in order to critically evaluate the citizenship of the Brazilian indigenous people.

KEYWORDS: State. Brazilian Indigenous People. Citizenship. Resistance.

INTRODUÇÃO

Através do Decreto-Lei nº 5.540/1943¹, foi instituído o “Dia do Índio” como sendo 19 de abril, atendendo à proposta do Primeiro Congresso Indigenista Interamericano. Esse destaque revela que o Brasil sempre esteve atento às orientações internacionais relacionadas à política indígena, no entanto, nem sempre essas orientações se refletiram em ações estatais, no sentido de garantir uma relação equilibrada entre o indígena e o Estado ou entre o indígena e os interesses econômicos.

Nesse artigo, busca-se dar continuidade aos estudos dessa relação, abordando o aspecto relacionado à cidadania e sua efetividade para os povos indígenas. A investigação será empreendida a partir da análise do discurso, mormente, a partir da revisão bibliográfica de textos com base histórico-sociológica e jurídica, circunscrevendo a análise dentro dos limites que essa peça acadêmica possibilita, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas dando início ao processo de análise do objeto.

Dentro dessa perspectiva, mesmo não concordando com seu conteúdo universalista, será empregada a expressão indígenas e povos indígenas, para caracterizar os grupos de povos originários das mais diversas etnias que compõem a população brasileira.

Se não há o que comemorar no “Dia do Índio”, é importante o fomento da discussão e o estudo crítico das causas que tanto atormentam os povos indígenas no Brasil, que lutam diuturnamente para o reconhecimento de direitos e garantias básicos prescritos da Constituição. Propõe-se, então, uma reflexão sobre a temática.

1 A RELAÇÃO ENTRE OS POVOS INDÍGENAS E O ESTADO

Para compreender a relação entre o indígena e o Estado brasileiro, é necessário o diálogo entre os marcos normativos, doutrinários e o processo histórico-social de formação do Brasil, que será encampado tendo como marcos a estrutura de Estado com que o indígena teve contato e as orientações internacionais. Em outras palavras, serão estudados o Brasil colônia, Império e República, sempre confrontando a política implantada e a orientação internacional.

A expansão do capitalismo mercantilista no século nos séculos XV e XVI, promoveram o aperfeiçoamento das artes náuticas, que possibilitaram a chegada dos espanhóis e portugueses no território Americano, que se apossaram, em alguns casos violentamente, por

1 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5540-2-junho-1943-415603-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

entenderem que inexistia civilização, ao menos nos moldes conhecidos até então. Nesse sentido, o Estado brasileiro foi gestado em um modelo colonialista, cujo objetivo inicial foi a dominação dos nativos e a exploração dos recursos naturais. Esse modelo é compatível com a concepção sociológica de Estado encampada por Oppenheimer (OPPENHEIMER, 1922), e revela uma conexão com a teoria de Marx e Engels (MARX e ENGELS, 1997, p. 50), que reconheciam o poder político como “[...] o poder organizado de uma classe para opressão de outra”. É de se notar que, a noção de classe apresentada é plenamente compatível com as estruturas sociais construídas no Brasil, desde o descobrimento, uma vez que, foi construída uma sociedade hierarquizada, onde as ações políticas dominantes sempre foram encabeçadas por uma pequena, mas poderosa, parcela da população.

Entretanto, para se transformar uma unidade territorial colonizada em um Estado nacional, ou integrá-la a este, criou-se o mito da unidade étnica, onde, para Brito (2008, p. 60): “[...] muitos grupos étnicos foram forçados a participar desse projeto, em que alguns grupos, em detrimento de outros, detinham o poder”. Nesse sentido, em que pese a concepção de Munanga (2010), que entende que a elite brasileira empregou uma política assimilacionista, o que se observa é que toda a política de Estado em relação aos povos indígenas brasileiros foi predominantemente no sentido de integrá-los à cultura dominante. E integrar uma multiplicidade étnica e cultural existente no território, a uma única unidade com caráter eurocêntrico, não se daria de forma fácil, e a violência física ou simbólica foi o caminho empregado e, continua sendo utilizado até os dias atuais, sempre que os povos indígenas estão no caminho dos interesses econômicos dominantes.

O que se pretende demonstrar nessa etapa do artigo é que, o Brasil, desde sua formação, esteve orientado por uma doutrina internacional relacionada à proteção dos povos indígenas, ainda que essas orientações não refletissem na prática uma proteção real, sempre houve um discurso nesse sentido.

Durante o Brasil colônia e Império, a Escola de Salamanca foi determinante, para se reconhecer e firmar a humanidade do indígena. Nesse aspecto, a relação imbricada entre o Estado e a Igreja misturava temas como a expansão comercial e a expansão da fé católica, e gerava conflitos na colônia. Um dos precursores da doutrina de proteção aos povos indígenas foi Las Casas, que conheceu o velho continente e presenciou a brutalidade que foi perpetrada pelos Espanhóis. Todorov (2010, p. 281) tece comentário preciso sobre a doutrina que se forma a partir de Las Casas:

Eis que a justiça “distributiva” e “perspectivista” de Las Casas leva-o a modificar uma outra componente de sua posição: renunciando, na prática, ao desejo de assimilar os índios, escolhe a via neutra: os índios decidirão eles mesmos acerca de seu próprio futuro.

A influência da Igreja no Estado e a influência da Escola de Salamanca foram determinantes para que o rei D. João III promovesse uma consulta, onde se questionava quando a guerra poderia ser declarada justa e a resposta do consultor, nas palavras de Noronha (2008, p. 120), “[...] adverte que não é justa a guerra movida contra aqueles que vivem em territórios que jamais pertenceram aos cristãos, na qual a ignorância do cristianismo é patente”.

Em que pese, toda a doutrina protetiva que orientou os monarcas portugueses e os diplomas que esboçavam uma proteção para os povos originários, não houve efetividade nas ações de Estado, pois, não era tarefa fácil conciliar os interesses econômicos dos colonizadores e os interesses da igreja, estando o primeiro estruturado em uma cultura essencialmente escravagista. (NORONHA, 2008) (VIEIRA, 1998)

Para a doutrina, o primeiro instrumento normativo indigenista do Brasil foi o Regimento de Tomé de Souza (VIEIRA, 1998) (NORONHA, 2008), que já trazia em seu texto um conteúdo forte de integração dos povos indígenas, onde era possível a concessão de terras aos índios aliados ou a guerra justa contra os inimigos².

Foi sob a vigência do Regimento de Tomé de Souza, mas no governo de Mem de Sá, que ocorreu um fato determinante de toda a estrutura estatal para a tutela dos indígenas. Esse fato foi a Junta³ reunida em 30 de julho de 1566, convocada para dirimir os conflitos entre os missionários e os colonos em relação aos indígenas. Entre as orientações e determinações da Junta, a criação da função de procurador de índios – como função administrativa real – ganha relevância, pois esse seria o responsável pela defesa dos interesses indígenas, quando em confronto com as autoridades estatais e colonos. (VIEIRA, 1998)

Durante o Brasil Império, ante todas as influências dos ideais da revolução francesa, da independência dos Estados Unidos da América, e sua Declaração dos Direitos da Virgínia (1776), José Bonifácio (1823, p. 21) faz uma reflexão, às vésperas da constituição de 1824, sobre a proteção

2 Em outro trabalho acadêmico, o tema foi abordado com maior profundidade, onde parte da doutrina reconhece a Carta Régia de 10 de setembro de 1611, como sendo o primeiro diploma legal, onde consta expressamente direito dos índios, e onde há uma extensão da análise durante todo o período colonial.

3 Composta pelo Governador Mem de Sá, pelo bispo da Bahia Dom Pedro Leitão e pelo ouvidor-geral Brás Fragoso.

formal dos povos indígenas e a sua total ineficácia: “Segundo nossas Leis, os Índios devião gozar dos privilegios da raça Européa; mas este benefício tem sido illusorio, porque a pobreza em que se achão, [...] os tornão tão abjetcos e desprezíveis como os negros”. (sic)

Os apontamentos traçados por José Bonifácio orientaram toda a política indigenista durante o Império e início da República, que tinha por finalidade promover a assimilação dos povos indígenas, tendo a miscigenação biológica como forma de fortalecimento do Brasil enquanto nação, pois, para ele, as diferenças raciais era um “problema político” (MOREIRA, 2009, p. 5).

É importante ressaltar que as recomendações de José Bonifácio tinham um conteúdo pacífico para o processo proposto, entretantes, o que se viu na prática foi a aplicação da violência e a prevalência da força do poder econômico, como indica Ramos (2004, p. 252):

[...] o século se caracteriza pela prevalência da opção pela violência e, conseqüentemente, a expropriação da terra, definida na liquidação das aldeias consideradas extintas ou miscigenadas através de lei de 1832. Agravando-se, mais tarde, a situação com a Lei de Terras de 1850.

A Proclamação da República foi determinante para o rompimento do Estado com a Igreja, e a Constituição de 1891 fez opção clara pelo capitalismo liberal. E isso para os indígenas não foi bom, pois passaram formalmente a integrar a mão de obra nacional, com o objetivo de não se tornarem obstáculos para o crescimento da economia. Esse fato é confirmado, a partir do momento em que se verificou a ausência de dados específicos relacionados aos índios nos censos entre 1891 e 1940. (OLIVEIRA, 2007)

Seguindo a estrutura forjada pela Junta de 1566, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), que apesar do nome indicar proteção, em verdade, tratava-se de um órgão com política clara de integração dos povos indígenas à cultura capitalista industrial que se fortalecia. Nesse passo, a expansão das fronteiras agrícolas era política encampada pelo Estado, que promoveu a implantação de escolas agrícolas, onde eram ensinados os novos meios de produção, mas que, em verdade, representavam controle social e formação de mão de obra, nesse sentido Martins (2012, p. 111) é precisa: “A conotação humanística e salvacionista que se queria imprimir a ação indigenista, na prática estava relacionada a regulamentação do trabalho indígena e do acesso à terra[...]”.

O SPI/LTN foi transformado em SPI – Serviço de Proteção ao Índio, no entanto, manteve o seu caráter integracionista e formador do amálgama étnico, com vistas a suprimir as barreiras que uma proteção aos índios

poderia causar contra a expansão econômica, sendo extinto apenas com a criação da Funai em 1967.

Quando ainda existia o SPI, as influências internacionais até então aplicadas tinham por base orientações doutrinárias ou ideais filosóficos e as recomendações do Primeiro Congresso Indigenista Interamericano, realizado em 1940. Com o pós-Segunda Guerra, o Brasil assinou, em 27 de junho de 1957, a Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que passou a ter força normativa após o Decreto nº 58.824/1966. Esse diploma legal, trata a questão indígena com claras intenções econômicas, reforçando toda a ideologia que já era seguida pelo Brasil, de integração do indígena à sociedade nacional capitalista, buscando dar-lhe a dignidade na perspectiva capitalista, dentro de sua visão econômica e utilitarista. (SILVA, 2015)

Mas essa “dignidade” capitalista⁴ não chegou aos povos indígenas, o SPI foi extinto para a criação da FUNAI – Fundação Nacional Do Índio, e as razões de sua extinção podem estar presentes no dossiê “Por que fracassa a proteção aos índios”, produzido por José Maria da Gama Malcher⁵, para Bigio (2007. p. 16) :

Nesse documento Malcher considera que não apenas o quadro de funcionários do SPI, já corrompido por interesses político-partidários (com a prática do “empreguismo”, por meio da qual o emprego é tido como moeda política), mas principalmente a contratação de determinadas pessoas para ocuparem cargos-chave facilitaria o esbulho das terras e do patrimônio indígena.

A criação da FUNAI foi insuficiente para conter a expansão dos interesses econômicos no norte e centro-oeste do país, onde as violações aos direitos indígenas aumentaram. A Lei 6.001/1973, cujo projeto foi proposto pela FUNAI, refletiu as orientações da mencionada Convenção da OIT, pois passou a regular a tutela dos povos indígenas e suas terras, tendo como base o processo de integração.

Frise-se que, o Pacto de São José da Costa Rica foi firmado em 22 de novembro de 1969, e continha direitos e liberdades sem distinção de raça, mas que só passou a integrar o sistema jurídico pátrio através do

4 Uma das considerações que justificaram a Convenção: “CONSIDERANDO que há nos diversos países independentes populações indígenas e outras populações tribais e semitribais que não se acham ainda integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam os outros elementos da população”.

5 Ex-diretor do SPI (1951-1955) e membro do Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), na mesma época.

Decreto nº 678/1992. Ou seja, para a elaboração do Estatuto do Índio, as orientações do pacto sequer foram seguidas.

Por outro lado, durante a Assembleia Constituinte de 1987, houve a participação dos povos indígenas no processo, conforme consta nos Anais, a “entrega de sugestões dos índios ao anteprojeto” (BRASIL. Congresso. *Câmara Dos Deputados*, 1993). Além disso, Dandler (2000) destaca a apresentação de Airton Krenak⁶ na plenária. Em que pese a grande pressão internacional, que vivenciava o fortalecimento do neoliberalismo, a Constituição de 1988 trouxe características garantistas típicas do Estado Social. E em relação à proteção aos povos indígenas, revelou-se como marco de uma nova perspectiva no trato das questões indígenas, com a visão multiculturalista, deixando de lado toda a orientação integracionista ou assimilacionista do passado.

Apesar dos avanços no campo formal, mormente na esfera normativo-constitucional, que não recepcionou em sua totalidade o Estatuto do Índio, não houve, na prática, uma continuidade na expansão e regulamentação da tutela da cultura e dos povos indígenas. Um exemplo claro é o Projeto de Lei nº 2.057/1991⁷, que ainda está em andamento na Câmara Federal. A Constituição Federal de 1988 não tem sido suficiente para dar sustentação ao tipo de sociedade pluriétnica que propôs, mesmo contando com instrumentos normativos internacionais de proteção como a Convenção 169 da OIT⁸, já incorporado ao sistema jurídico pátrio, ou a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas⁹, o que se vê é a violação do texto Constitucional, seja por ação do Estado, seja por ação dos grupos econômicos. Numa indicação clara de que o discurso de proteção dos direitos dos povos indígenas não tem qualquer poder de defesa frente ao poder econômico. Essa linha de pensamento encontra guarida na lição de Luís Roberto Barroso (2009, p. 61), quando indica:

Por mais de uma razão, determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede a sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes.

6 Na época, Presidente da União das Nações Indígenas.

7 Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas.

8 Decreto nº 5.051/2004 regulamentou a Convenção.

9 Não integra o corpo normativo brasileiro.

A relação entre o Estado e os povos indígenas foi inicialmente travada em mão dupla, o Estado protegia, mas a intenção real era se proteger. Com a consolidação do capitalismo como regime econômico, a relação dos povos indígenas com o Estado se modificou no plano formal, ganhando um maior leque de proteção. Entretanto, toda essa construção normativo-formal é violada sem qualquer pudor, quando se contrapõe aos interesses econômicos. Se no período colonial, a relação Estado x Igreja de alguma forma gerava um constrangimento no mínimo moral para os governantes, no cenário contemporâneo, não há qualquer remorso.

Como contextualizar essa relação, dentro de uma teoria da cidadania? Esse será o objeto do próximo tópico.

2 TEORIAS DA CIDADANIA E SEUS DIÁLOGOS

Para iniciar o estudo da cidadania, será tomado como ponto de partida a linha teórica desenvolvida por Marshall (1967), que estudou a cidadania em uma perspectiva tridimensional, constituída pelos elementos político, civil e social. A partir dessa perspectiva, é possível analisar e avaliar com certo grau de precisão, ainda que de forma quantitativa, e eventualmente qualitativa, a efetividade e a concreção da cidadania enquanto proteção e tutela que deve ser proporcionada pelo Estado, tendo como premissa a teoria contratualista de formação do Estado moderno.

A cidadania nesse contexto teórico dialoga claramente com as teorias jurídico-constitucionais, quando tratam das dimensões dos direitos fundamentais, uma vez que, não há sobreposição entre os direitos fundamentais e há uma possibilidade maior para análise e conciliação entre eles. Nessa linha cognitiva, Dirley Cunha Jr (2013, p. 589) é preciso ao indicar a sua opção pela expressão dimensões de direitos fundamentais, pois a emprega não só para simplesmente nominar as diversas fases no processo de evolução: “[...] como também para identificar os meios com base nos quais se deve compreendê-los e conciliá-los, nas hipóteses de conflitos [...]”.

Por outro lado, não há como prescindir a concepção de que o Sistema Jurídico é uma forma de controle social, mormente em uma sociedade capitalista, cujo primado é a desigualdade (DAMATTA, 1997). Dessa forma, a construção de uma cidadania política, civil e social gera uma expectativa de proteção por parte do Estado, mas que, em verdade, controlam o próprio cidadão, isso é tão verdade que, a liberdade, primado liberal, é um real aprisionamento do homem ao sistema produtivo e de consumo, mormente, para aquele que se encontra na base produtiva. (LUXEMBURGO, 19--) (MARX, 1996) Apesar das crises do capital, o poder se mantém sutil, e

as razões que determinam essa manutenção são claramente indicadas por Foucault (2006. p. 8):

O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considera-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir.

O poder não reprime, cria expectativa, gera desejos e assim, de forma sutil desenvolve o discurso, que para Arendt (ARENDR, 2015. p. 15), nem sempre correspondem à verdade, pois a mentira, nas palavras da autora: “[...] sempre foram encaradas como instrumentos justificáveis nestes assuntos”. Dessa forma os detentores do poder mantêm o *status quo* e controlam os indivíduos.

Holston (2013) é preciso ao indicar que a cidadania nas democracias promete igualdade e justiça na administração das diferenças. Entretanto, no plano real, o que ocorre é a legitimação e a reprodução dessa diferença, notando a categoria dos privilegiados. Ao identificar a diferença, avalia de forma qualitativa a (in)efetividade da cidadania para determinada categoria, contrariando em parte a concepção de Marshall indicada alhures. E conclui sua análise, com suas impressões sobre a cidadania brasileira:

A cidadania brasileira se caracteriza, além disso, pela sobrevivência de seu regime de privilégios legalizados e desigualdades legitimadas. Ela persistiu sob os governos colonial, imperial e republicano, prosperando, sob a monarquia, a ditadura e a democracia. (HOLSTON, 2013. p. 22)

Essa cidadania brasileira é denominada por Holston (*idem*) como cidadania diferenciada, porque fundada na diferença e não na igualdade entre os cidadãos, sendo que a lei, nessa concepção, deixa de ser visto como fonte de direitos subjetivos, mas sim com indicação pejorativa, que pode ser sintetizada no jargão popular: “para os amigos tudo, para os inimigos, os rigores da lei”.

A concepção de Holston traz, para o campo de discussão da cidadania diferenciada, o espaço, o território, a cidade, o campo. É no espaço que os confrontos ocorrem, onde as pessoas confrontam suas diferenças e, onde se evidenciam as desigualdades. E desse cenário emergem as ideias de cidadania insurgente e da cidadania entrincheirada, construídas de forma processual e histórica da cidadania diferenciada, com proteção formal do cidadão e persistência e agravamento das desigualdades. (*ibidem*)

Engels (1975), ao estudar a estrutura de formação das cidades inglesas no século XIX, já indicava uma distribuição espacial, onde a elite não tinha contato com a pobreza. Nos dias atuais, estando inseridos no mesmo sistema econômico avaliado por Engels, esse afastamento dos encontros no espaço entre os diferentes cidadãos, ampliou-se desde as construções condominiais até o atendimento bancário diferenciado em agências especiais. Uma clara expressão da cidadania entrincheirada.

Por outro lado, no espaço para onde foi excluído, o cidadão insurgente constrói estratégias e ações no sentido de se fortalecer para se contrapor às políticas de exclusão do Estado transvertidas de direitos. Nesse ponto, é importante trazer a concepção de Holston (2013, p. 62) sobre o que ele entende como insurgência:

A insurgência define um processo que é uma ação na contramão, uma contrapolítica, que desestabiliza o presente e o torna frágil, desfamiliarizando a coerência com que geralmente se apresenta. Insurgência não é uma imposição de cima para baixo de um futuro já orquestrado. Ela borbulha do passado em lugares onde as circunstâncias presentes parecem propícias a uma irrupção. (sic)

Fica evidente que, a cidadania insurgente sendo concebida como uma ação contrária às ações políticas excludentes, ela pode desestabilizar os privilegiados, no entanto, não tem o condão de reverter a enraizada cidadania diferenciada. Promovendo um encontro teórico entre Holston (idem) e Arendt (ARENDR, 2015), nota-se que a cidadania insurgente não pode ser considerada uma desobediência civil, uma vez que a primeira apenas busca uma situação melhor dentro dessa estrutura desigual, reforçando em certa medida, como já apontado, os privilégios para uma categoria de cidadãos.

Nesse ponto, Nascimento (1994, p. 31) dialoga com Holston, na medida em que vislumbra diante do processo de exclusão “[...] a auto-representação do excluído que [...] desenvolve vínculos comunitários particulares, como forma de sobrevivência social”.

Há, no entanto, que se considerar a concepção de Damatta (1997), pois ao analisar a estrutura hierarquizada da sociedade brasileira, pautada nos privilégios para determinadas pessoas, transformadas em “superpessoas”¹⁰, assevera que a violência pode ser a única alternativa de mediação “[...] entre a massa de destituídos e o sistema legal e impessoal que torna a exploração social, “inevitável” e “justa” aos olhos dos dominantes”. (idem, p. 246)

10 Damatta considera a “superpessoa” aquela que está acima de qualquer acusação, goza de uma imunidade social. Na estrutura social hierarquizada, ela ocupa o topo.

Dentro dessa perspectiva, a construção da cidadania no Brasil, como demonstrado, em que pese a estrutura normativo-constitucional ter primado pela igualdade e isonomia, evoluiu, na prática, privilegiando determinadas classes sociais em prejuízo das demais, onde determinadas pessoas possuem mais direitos que outras, constituindo, conforme leciona Nascimento (1994), a cidadania hierarquizada, concepção congruente com as formulações de Damatta e Holston. E esse modelo de cidadania, na visão de Nascimento, criou duas classes sociais: a laboriosa e a perigosa. Esta tem a violência como mediadora das relações¹¹, a fim de “[...] eliminar o indivíduo que não tem possibilidade, nem a “sociedade” tem o interesse, de ser transformado em mão de obra” (NASCIMENTO, 1994. p. 45).

A partir dessa análise, surgem hipóteses relacionadas às causas da violência sofrida pelos povos indígenas, uma delas, a que se manifesta com grande força é a sua qualificação como excluídos modernos, que na concepção de Nascimento (idem): “[...] é, assim, um grupo social que se torna economicamente desnecessário, politicamente incômodo e socialmente ameaçador, podendo, portanto, ser fisicamente eliminado”.

Feitas essas incursões no campo teórico-sociológica da cidadania, é possível concluir que a estrutura traçada por Marshall, dá conta de uma cidadania jurídica compatível com a estrutura jurídica formal brasileira. Entrementes, a estrutura social promove uma exclusão social, com base em uma cidadania diferenciada (Holston), hierarquizada (Nascimento) ou dos privilégios (Damatta).

Nessa estrutura e subsidiado pelas perspectivas até aqui desenvolvidas, é que será estudada a cidadania indígena.

3 A CIDADANIA INDÍGENA: PERSISTÊNCIA E RESISTÊNCIA

Ao iniciar essa seção do artigo, não posso prescindir dos fatos que se desenrolaram no dia (25/04/2017) em Brasília, na área do Congresso Nacional, onde, mais uma vez, o Estado atuou de forma repressiva e violenta contra os indígenas (homens, mulheres, crianças e idosos) que protestavam pacificamente contra o sucateamento da Funai e contra a PEC 215.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 não tem a capacidade de promover uma modificação no discurso das classes que dominam a estrutura social brasileira e o próprio Estado. Nesse cenário, é possível concluir que a democracia brasileira ainda está em processo de maturação, e tem sido ineficiente na função de romper a estrutura colonial, que ainda influencia o discurso. Nesse ponto, a lição de Bhabha (1998. p. 111) é precisa ao indicar o objetivo do discurso colonial, sendo congruente com o cenário

¹¹ Perspectiva congruente com a concepção de Damatta.

brasileiro: “[...] é apresentar o colonizado como uma população de tipos degenerados com base na origem racial de modo a justificar a conquista e estabelecer sistemas de administração e instrução”.

É essa representação criada em torno do indígena, e que os povos indígenas lutam e buscam desmitificar. Essa é uma luta constante, que ganhou maior importância e campo para debate no final do século XX, mas que, no campo real, sempre esteve na agenda da maioria dos povos indígenas.

A cidadania dos povos indígenas entendida enquanto processo, ainda está em trânsito e a estrutura tridimensional proposta por Marshall não dá conta desse processo, pois, a fragilidade, volatilidade e relatividade dos direitos e liberdades dos indígenas lhes atribuem características próprias.

Inicialmente, é preciso ter como ponto de partida o fato de que os povos originários tinham uma estrutura social com cultura, língua, religião e sistema de proteção consolidados a partir da tradição e da oralidade. Nesse sentido, a cidadania que decorria da estrutura jurídica pré-colonial tinha relação direta com a possibilidade de sobrevivência, ou seja, uma cidadania de base coletiva, conforme indica Colaço (1998. p. 116) :

[...] o índio pré-colonial respeitava a tradição, obedecendo às normas de convívio social instituídas pelo grupo, porque as sociedades indígenas são tão homogêneas que as normas jurídicas, morais, religiosas, de produção e outras, se confundem. Todas essas regras são vitais para sua sobrevivência, principalmente pelo meio natural em que vivem e pelo seu conhecimento tecnológico. Violar a lei seria uma auto-sentença de morte, pois o indivíduo teria poucas chances de sobrevivência caso fosse ignorado ou abandonado pelo seu grupo. [...] Burlar os costumes seria desrespeitar os tabus, seria irar os deuses e a natureza, trazendo consequências catastróficas ao indivíduo infrator e à comunidade em geral, colocando em risco a integridade do grupo.

É importante contextualizar que, quando se fala em consolidação, não se trata de um amálgama cultural, mas sim, uma consolidação na estrutura social em cada etnia. Em outras palavras, cada etnia possuía sua própria estrutura social e forma própria de proteção social.

Com a instalação violenta do Estado no território, houve a imposição de uma estrutura social, que tinha como meta a construção de uma unidade nacional, onde os povos indígenas sempre estiveram no trânsito entre o reconhecimento de sua liberdade enquanto seres humanos, e o seu potencial econômico enquanto mão de obra, entre a tutela e a escravidão. José Bonifácio, como já apontado nesse artigo, tinha os índios como peças fundamentais para

a construção de uma unidade racial a partir da miscigenação. E essa política foi encampada, perdurando durante a República velha, como já apontado alhures.

Os processos de integração dos povos indígenas tinham, claramente, a finalidade de se retirar os obstáculos, para que houvesse o desenvolvimento e expansão das fronteiras econômicas. Sendo cidadão, o indígena ou a indígena deixava de gozar da tutela do Estado, passando a atuar no mundo como um homem livre. E ser livre, na estrutura de sociedade capitalista, como bem apontaram Tocqueville (1835) e Marx (1996), não representaria, como não representou, uma condição melhor de vida¹².

Nesse ponto, sendo considerado cidadão pelo direito brasileiro, ao invés de fruir os benefícios da cidadania, como já era de se esperar, continuou a sofrer todo o tipo de violência física e simbólica¹³. Em que pese a proteção conquistada na Constituição de 1988, os índios têm dificuldade de reconhecimento de um direito básico e originário, que é o direito à sua terra, e como já apontado, a terra é a base da cidadania indígena.

O modelo real de cidadania brasileiro, como visto na seção anterior, é pautado, conforme Holston, por privilégios para determinada e pequena parcela da população. Dentro da concepção traçada pelo citado autor, a cidadania da indígena ou do indígena seria classificada como uma cidadania insurgente, porquanto, busca, dentro de suas condições precárias, a garantia de direitos constitucionais básicos.

Mas esse modelo também não dá conta do real, porquanto, ainda que os povos indígenas contem com a proteção constitucional e com os avanços na tutela internacional aos Direitos Humanos, os fluxos de direitos formais mínimos decorrentes desse sistema de proteção são ineficazes ante a força dos interesses econômicos, que têm a violência física e simbólica como formas de mediação das relações sociais, além de uma estrutura de Estado dominada politicamente por esses grupos econômicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por essa razão, promovendo uma interpretação da concepção de Damatta (1997), em relação ao trânsito ou a rua como o lugar de encontro dos indivíduos, onde até as pessoas se revestem temporariamente de indivíduos. Ouso utilizar a expressão do “trânsito”, adaptando-a para qualificar a cidadania do indígena ou da indígena, como uma cidadania em trânsito, uma cidadania que nunca se efetiva, com ponto de partida e ponto de chegada teóricos, mas cujas rotas traçadas nos encontros entre

12 Os autores tinham percepções distintas em relação às origens da pobreza, estrutura do Estado e seu regime econômico político, no entanto, convergiam o entendimento em relação à concepção do “homem livre”.

13 Excluído desnecessário.

os indivíduos variam de acordo com os interesses da elite econômica e do próprio Estado, alternando a sua exclusão social entre a necessária e a desnecessária, aproximando-os e afastando-os num fluxo contínuo do ponto de chegada. Onde a luta é diuturna, para a conquista de direitos básicos e reconquista desses mesmos direitos, sempre que são obstáculos para o avanço do poder econômico.

A cidadania em trânsito não se consolida no plano real, ela é completamente frágil, variando ao sabor dos interesses econômicos, mas que tem sofrido também a influência do movimento indígena. Exemplo claro é a PEC 215/2000, que propõe emenda à Constituição de 1988, para alterar o procedimento de demarcação de terras indígenas. Ou seja, já há um procedimento próprio, mas busca-se a alteração para dificultar ainda mais o acesso dos povos indígenas ao seu direito básico à terra. Nesse ponto, o movimento indígena em 2017, com o “Acampamento Terra Livre”, exerceu uma pressão junto aos parlamentares de tal sorte que o projeto está parado na Câmara dos Deputados, sendo que a última movimentação no procedimento foi a juntada de uma carta firmada por uma indigenista aposentada da FUNAI¹⁴, onde exige que seja elaborado projeto de lei que regulamente o arrendamento de terras indígenas.

A cidadania em trânsito do índio fica clara, quando o próprio governo reconhece a efetivação de um direito básico dos povos indígenas como um desafio, vejamos: “Um dos maiores desafios dessa iniciativa é garantir aos índios terras tradicionalmente reconhecidas como territórios indígenas nos termos do artigo 231 da Constituição”. (BRASIL, 2012. p. 24) O discurso nos induz a acreditar que os demais cidadãos têm seus direitos efetivados e que essa é uma tarefa tranquila, sendo apenas um desafio a implementação dos direitos indígenas, principalmente, à terra. Essa é a forma de lidar com as questões indígenas, sempre um desafio para o governo, porque, como já indicado alhures, não é fácil conciliar os direitos constitucionais dos povos indígenas com os interesses econômicos, assim, naquele momento, revelava-se um desafio no discurso oficial, mas que, na prática, todas as barreiras foram e serão transpostas pela força e violência.

E nesses sobressaltos, no trânsito social, os povos indígenas têm a luta como sua única alternativa, para persistir na consolidação e efetividade da cidadania e na resistência contra essa estrutura social hierarquizada que condena todos os povos indígenas à exclusão social, onde sua cidadania não é reconhecida pelas elites econômicas, que não se deram conta de que a sociedade brasileira tem mudado, e a sua pluriétnicidade vem, em

14 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C9880A680608E0C9D33B7E47AC0256D4.proposicoesWebExterno2?codteor=1639054&filename=Tramitacao-PEC+215/2000>.

passos lentos – é verdade –, passando a ser debatida na sociedade, o que é fundamental para reflexão e amadurecimento processual da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. *Crises na República*. Tradução de José Volkmann. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BHABHA, H. K. *O local da cultura*. Tradução de Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

BIGIO, E. D. S. A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da nova República (1967-1990). *Revista de estudos e pesquisas - FUNAI*, Brasília, v. 4, p. 13-93, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepublica_\(1967-1990\)1.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepublica_(1967-1990)1.pdf)>. Acesso em: 4 mar. 2015.

BOURDIEU, P.; CHAMBOREDON, J.-C.; PASSERON, J.-C. *Ofício de sociólogo: metodologia da pesquisa em sociologia*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2004.

BRASIL. Congresso. Câmara Dos Deputados. *O processo histórico da elaboração do texto constitucional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, v. 3, 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/volumeIII.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Orçamento Federal ao Alcance de Todos: Projeto de Lei Orçamentária Anual - PLOA 2013*. Brasília: [s.n.], 2012. p. 92. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/./orcamentos./ofat_2013.pdf>. Acesso em: 01 maio 2017.

BRITO, A. J. G. Estado nacional, etnicidade e autodeterminação. In: COLAÇO, T. L. (Org) *Elementos de antropologia jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

COLAÇO, T. L. O direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, A. C. (Org.) *Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma Sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DANDLER, J. Povos indígenas e Estado de direito na América Latina: Eles têm alguma chance? In: E., M. J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, S. (Orgs.) *Democracia, violência e injustiça - o não - Estado de Direito na América Latina*. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora em Inglaterra*. Tradução de Analia C. Torres. Porto: Edições Afrontamento, 1975.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

HOLSTON, J. *A cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

JÚNIOR, D. D. C. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

LUXEMBURGO, R. *Introdução à economia política*. Tradução de Carlos Leite. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, F. S. R. A. *O Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais e a política agrária na Primeira República: grupos agrários, projetos e disputas no Maranhão (1910/1918)*. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro. 2012.

MARX, K. *Crítica da Economia Política*. Tradução de Regis Barborá e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, v. 1, 1996.

MARX, K.; ENGELS, F. *Manifesto do Partido Comunista*. 2. ed. Lisboa: Avante, 1997. Disponível em: <<http://www.pcp.pt/publica/edicoes/25501144/manifes.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

MOREIRA, V. M. L. Os índios e Império: história, direitos sociais e agenciamento indígena. *XXV Simpósio Nacional de História, Simpósio Temático 36: Os índios na História*, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/ihb/Trabalhos/ST36Vania.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2014.

MUNANGA, K. Mestiçagem como símbolo da identidade brasileira. In: SANTOS, B. D. S.; MENESES, P. *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

NASCIMENTO, E. P. D. Hipóteses sobre a nova exclusão social: dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: *Caderno CRH*, Salvador, jul. 1994. Disponível em: <<http://www.cadernocrh.ufba.br>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

NORONHA, I. J. C. *Aspectos do Direito no Brasil quinhentista*. Coimbra: Almedina, 2008.

OLIVEIRA, J. P. D. Regime tutelar e povos indígenas: a construção de uma alteridade vigiada. In: CARBÓ, E. R.; MARTIN, P. S.; VARGAS, H. M. (Coords.) *La integración del territorio en una idea de Estado*. México y Brasil, 1821-1946. México: UNAM - Instituto de Geografía, 2007.

OPPENHEIMER, F. *The state: its history and development viewed sociologically*. Tradução de John M. Gitterman. New York: B. W. Huebsch, 1922. Disponível em: <http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/1662/0315_Bk.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2015.

RAMOS, A. R. F. A escravidão do indígena, entre o mito e novas perspectivas de debates. *Revista de Estudos e Pesquisas - FUNAI*, Brasília, v. 1, p. 241-265, jul. 2004. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Revista-Estudos-e-Pesquisas/revista_estudos_pesquisas_v1_n1/Artigo-7-Andre-Ramos.pdf>. Acesso em: 31 maio 2014.

SILVA, J. B. D. A. E. *Apontamentos para a civilização dos Índios bravos do Império do Brasil*. [S.l.]: [s.n.], 1823. Disponível em: <<http://www.obrabonifacio.com.br/colecao/obra/1072/digitalizacao/>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

TOCQUEVILLE, A. D. *Ensaio sobre a pobreza*. Tradução de Juliana Lemos. Rio de Janeiro: UniverCidade, 1835.

TODOROV, T. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VIEIRA, O. D. Colonização portuguesa, catequese jesuítica e Direito indígena. In: WOLKMER, A. C. (Org.) *Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

O PLURALISMO JURÍDICO E AS SUAS LIMITAÇÕES

LEGAL PLURALISM AND ITS LIMITATIONS

Cássio Cunha de Almeida

Procurador federal - Advocacia Geral da União. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Constitucional. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora .

SUMÁRIO: Introdução; 1 Primeiro Ciclo do Constitucionalismo Pluralista; 2 Segundo Ciclo do Constitucionalismo Pluralista; 3 Terceiro Ciclo do Constitucionalismo Pluralista; 4 Limites ao reconhecimento e aplicação do pluralismo jurídico; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo, por meio de revisão crítica de literatura, tem como escopo avaliar a possibilidade de equiparação entre os sistemas jurídicos especiais, no contexto do constitucionalismo latino americano e seus três ciclos do constitucionalismo pluralista, ao Direito estatal. No primeiro capítulo o autor desenvolve o conceito do Primeiro Ciclo do Constitucionalismo Pluralista, sendo os dois capítulos seguintes referentes às abordagens dos ciclos posteriores (segundo e terceiro). Na sequência é feita a abordagem sobre os limites ao reconhecimento e aplicação do pluralismo jurídico, objeto do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Tratados Internacionais. Direito Oficial. Pluralismo Jurídico. Povos Indígenas. Estado Nacional.

ABSTRACT: The paper aims to evaluate the possibility of equating the special legal systems, in the context of Latin American constitutionalism, to state law. In the first chapter the author develops the concept of First Cycle of Pluralist Constitutionalism, and, in the next two chapters, referring to the approaches of the later cycles (second and third). After, It approaches the limits to the recognition and application of legal pluralism, wich is the object of the article.

KEYWORDS: Constitutionalism. International Treaties. Law. Legal Pluralism. indigenous Peoples. State National.

INTRODUÇÃO

A partir da década de 80, o constitucionalismo latino americano caminhou no sentido de reconhecer o pluralismo jurídico em vários Estados nacionais¹. As mudanças constitucionais se desenvolveram em três ciclos de reformas constitucionais, que avançam na concretização e efetivação do ideário do pluralismo jurídico² e da interculturalidade (FAJARDO, 2012).

Desde a década de 80 até a atualidade (a última reforma constitucional nesse sentido foi a Constituição Boliviana de 7 de fevereiro de 2009), a América Latina tem experimentado as reformas constitucionais do constitucionalismo pluralista (FAJARDO, 2012), o qual almeja romper ou, ao menos, mitigar o monismo jurídico de matiz liberal do século XIX³.

Nos próximos capítulos serão explicados os ciclos constitucionais, bem como os países que adotaram os respectivos contornos constitucionais.

1 PRIMEIRO CICLO DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA

O primeiro Ciclo do Constitucionalismo Pluralista, embora reconheça a diversidade cultural (multiculturalismo), em contrapartida ao sistema monocultural do estado nacional, não chega a reconhecer a interculturalidade e o pluralismo jurídico. O multiculturalismo reconhece e distingue que há culturas não eurocêntricas no mesmo Estado nacional, porém desde que as minorias étnicas permaneçam nas comunidades locais, sem interferir na cultura dominante da sociedade majoritária (ARIZA, 2015).

O primeiro ciclo do constitucionalismo pluralista, o constitucionalismo multicultural, permitiu impugnar o modelo de Estado-Nação monocultural, ao reconhecer a diversidade cultural. Isso quebrou a identidade entre o Estado e uma só cultura, embora tenha mantido o monismo jurídico. (FAJARDO, 2010. p.1) [Tradução do autor]

O Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, adotou em seu ordenamento jurídico a primeira reforma constitucional. Com efeito, buscou-se o reconhecimento do multiculturalismo, isto é, embora reconheça que há outros povos e diversidades culturais, ainda não reconheceu o pluralismo jurídico propriamente dito, como outros países latinos americanos nos ciclos posteriores.

1 Brasil, Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia, Equador.

2 Sobre pluralismo jurídico, cfr. ARIZA SANTAMARIA (2012, 2015).

3 “El monismo jurídico, esto es, la existencia de un solo un sistema jurídico dentro de un Estado, y una ley general para todos los ciudadanos, fue la bandera del derecho moderno.” (FAJARDO, 2010. p. 1)

Por outro lado, a teoria integracionista, positivada na Lei nº 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio)⁴ e então vigente no Brasil, sucumbiu ante a inovação jurídica constitucional. A teoria integracionista, na verdade, assume caráter racista ao subjugar outras etnias à sociedade envolvente. Os indígenas assumiriam a condição transitória e, naturalmente, formariam uma única sociedade étnica.

Portanto, o artigo 1º do Estatuto do Índio (Lei 6001/73), transcrito abaixo, não foi recepcionado pelo ordenamento constitucional o artigo 1º do Estatuto do Índio (Lei 6001/73):

Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e *integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.* (Grifo nosso)

A teoria integracionista se origina de teses racistas dominantes e desenvolvidas para legitimar a dominação de uma etnia sobre as demais (SANTOS, 1993). O processo de homogeneização tornou mais necessário quanto mais complexa era a base étnica do Estado (SANTOS, 1993).

Passo seguinte, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 231, reconhece aos povos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, sinalizando para o reconhecimento de outros grupos étnicos. O Brasil ao reconhecer no plano jurídico a existência e o respeito aos variados grupos étnicos (chamados singelamente de “índios”) se aproxima do conceito de estados plurinacionais, os quais, resumidamente, reconhecem que há outros povos, com bases étnicas diversas, cujas raízes são anteriores à formação do Estado nacional⁵.

Assim, o reconhecimento da Constituição Federal aproxima o Estado brasileiro da concepção do Estado plurinacional, embora não o seja reconhecido expressamente como em outras Constituições Latinas Americanas⁶.

4 Sobre a incapacidade civil dos cidadãos indígenas *cfr.* em LACERDA (2007).

5 Sobre estados plurinacionais, *cfr.* WALSH (2010).

6 Como são os casos da Constituições Equatoriana e Boliviana, dentre outras. CF/2008 do Equador: Artigo 173: Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, arantizando la participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria

2 SEGUNDO CICLO DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA

O segundo ciclo do Constitucionalismo Pluralista latino americano desenvolve o conceito de nação multiétnica/multicultural e estado pluricultural. O pluralismo jurídico e a diversidade étnica são positivados com *status* constitucional.

O segundo ciclo, o constitucionalismo pluricultural, passou a reconhecer o caráter multicultural da nação ao definir a natureza pluricultural do Estado, nos anos noventa. Igualmente, pôs em xeque o monismo jurídico ao incluir fórmulas do pluralismo jurídico interno. (FAJARDO, 2010, p.2) [Tradução do Autor]

Em paralelo aos avanços constitucionais no continente sul-americano, em 1989 foi elaborada, nos grupos de trabalho da ONU, a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, a qual trouxe novos paradigmas nos direitos dos povos indígenas e avançou em direção ao reconhecimento do pluralismo jurídico e cultural. A Convenção 107 da OIT, de 5 de junho de 1957, a qual ainda tinha por paradigma a tese integracionista, remetendo à ideia da condição indígena transitória, foi revogada pela Convenção nº 169 da OIT.

O Brasil internalizou a Convenção 169 da OIT por meio do Decreto 5.051/2004, a qual, segundo a jurisprudência pacífica da Suprema Corte Federal brasileira, possui *status* supralegal. Portanto, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha adotado uma posição mais conservadora, tendo em vista o entendimento que poderiam os tratados internacionais de direitos humanos serem internalizados com status de norma constitucional, conforme o artigo 5º, §3º da Constituição Federal (bloco de constitucionalidade), é pacífica a supremacia dos tratados de direitos humanos frente a legislação ordinária.

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da OIT dispõe sobre o tema que:

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

CF/2009 da Bolívia: Art. 190: I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

No presente trabalho, adota-se o posicionamento, o qual reconhece que, embora não tenha *status* constitucional, com a adoção da Convenção 169 da OIT (internalizado pelo Decreto 5.051/2004) o Brasil avançou quanto ao reconhecimento do Estado Pluricultural e do Pluralismo Jurídico.

Embora seja notável e bem-vindo o avanço de respeito à integridade étnica de outras minorias, o Brasil ainda permanece no 2º Ciclo de reformas constitucionais, já que não houve mudança constitucional nesse sentido.

Assim, parte-se da premissa que, apesar de a Constituição Federal 1988 não reconhecer formalmente, a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da OIT de 1989 reconhece as práticas culturais costumeiras que culminam em produção de normas jurídicas, em verdadeiras fontes de direito.

3 TERCEIRO CICLO DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA

No 3º Ciclo das reformas constitucionais latinas as Constituições do século XXI têm um projeto decolonial, corroboram o princípio do pluralismo jurídico, da igualdade entre os povos e culturas e da interculturalidade, como ocorre atualmente na Constituição Boliviana e Equatoriana.

E, finalmente, o terceiro ciclo, o constitucionalismo plurinacional, já no século XXI, não só reconhece os povos indígenas como culturas diversas, mas como povos que gozam de autodeterminação ou livre determinação, por isso que se define o Estado como resultado de um pacto entre os povos que o compõe, isto é, como um Estado Plurinacional, intercultural e sob os princípios de um pluralismo jurídico igualitário. (FAJARDO, 2010. p. 2) [Tradução do Autor]

Salienta-se que se tratam de projetos de Estados em construção, os quais se dão no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.

Entretanto, como será analisado nos tópicos a seguir, apesar de os Estados Nacionais reconhecerem o pluralismo jurídico, o submetem ao Direito oficial, como se os demais sistemas jurídicos retirassem validade de suas Constituições Políticas.

Nesse ponto, há de se perquirir se os sistemas jurídicos especiais reconhecidos legal ou constitucionalmente, no contexto do pluralismo jurídico, podem ser equiparados às normas oficiais.

4 LIMITES AO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO

Tanto as Constituições que reconhecem o pluralismo jurídico, quanto a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da OIT, limitam o exercício da jurisdição indígena em seus regramentos, a conferir:

Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.(artigo 21, Constituição do Equador)

Art. 191 - II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución. (art. 191, Constituição da Bolívia).

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. (art.246, Constituição Colombiana)

Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. (Art. 149, Constituição do Peru)

Artigo 8: 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

Artigo 9: 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. (Arts. 8:2 e 9:1 da Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais)

A leitura dos artigos supracitados é capaz de demonstrar que os Estados nacionais, sejam por meio de suas constituições, sejam por meio de tratados internacionais de direitos humanos que reconhecem o pluralismo jurídico, subordinam os sistemas jurídicos ao direito oficial.

Desse modo, mantém-se a indefinição ao se inovar no pluralismo jurídico, reconhecendo outros sistemas jurídicos, mas subordinando-os ao Direito estatal. A indefinição do direito a ser aplicado gera a necessidade de diálogo permanente entre as leis e os costumes indígenas, prevalecendo o direito oficial quando houver incompatibilidade entre aqueles e esse (SEGATO, 2006).

Ao reconhecer a equivalência do direito consuetudinário dos povos indígenas às leis estatais o Estado se afastaria dos tratados internacionais que regulam o tema, mas caminharia rumo ao pleno reconhecimento da autonomia dos povos originários no Estado nacional (SEGATO, 2006). Porém, ao não se reconhecer o Estado se limita à ideia clássica de estado democrático com o intuito de administrar as diversas sociedades morais.

Vale acrescentar que há perspectiva antropológica que reconhece a diferença entre a lei e os costumes dos povos originários, confere-se:

O costume “nativo”, de povos originários ou ocidentais (tão “étnicos” para perspectiva antropológica quanto qualquer grupo tribal), não pode ser considerado equivalente à lei constantemente gerada e transformada como consequências das lutas entre grupos de interesse dentro das sociedades nacionais e da comunidade internacional. (SEGATO, 2006. p. 211)

Entretanto, ainda que não haja equivalência entre as normas do direito oficial e do direito consuetudinário dos povos indígenas, os avanços constitucionais nos países latinos americanos são no sentido de se conferir respeito e sensibilidade à alteridade. O Estado democrático deve assimilar e administrar o convívio de comunidades morais diversas de forma equidistante, sob pena de se estabelecer um “imperialismo moral”, como se houvesse suposta superioridade moral entre as minorias indígenas e a sociedade envolvente.

No caso do Brasil ao se conceber que o Estado avançou entre o primeiro e segundo ciclo do Constitucionalismo pluralista, que reconhece o modelo de Estado Pluricultural e o Pluralismo Jurídico, com a internalização do a Convenção 169 da OIT, por meio do Decreto 5.051/2004, que possui *status* supralegal, é razoável a proposição de uma filtragem intercultural das condutas indígenas. Nas reformas contidas no segundo ciclo não há qualquer relação de subordinação de valores éticos, sociais, filosóficos, políticos e morais entre os diversos povos e a cultura majoritária da sociedade envolvente, há, sim, respeito recíproco entre os povos de um mesmo Estado, o qual deve administrar os conflitos de forma equidistante.

5 CONCLUSÃO

Diante do quadro exposto, a primeira conclusão é que no caso do Estado brasileiro o ordenamento pátrio consagrou, efetivamente, o respeito à integridade cultural dos povos indígenas. Nessa ordem de ideias, não há hierarquia cultural entre as minorias e a sociedade envolvente, logo não há superioridade moral entre as diversas identidades étnicas que convivem no Brasil.

É possível sugerir, também, que o Estado brasileiro, tendo em vista sobretudo os esforços contidos na Convenção 169 da OIT, não se resume ao monismo jurídico estatal. Conforme exposto no presente trabalho, o Brasil, embora no plano constitucional se situe, timidamente, no primeiro ciclo das reformas constitucionais, ao aderir ao referido tratado se aproximou do segundo ciclo, o qual persegue a ideia de nação multiétnica/multicultural e estado pluricultural com reconhecimento do pluralismo jurídico.

Os ciclos constitucionais latinos americanos trouxeram avanços memoráveis de respeito aos diversos povos indígenas. Apesar do reconhecimento constitucional ou supralegal (Brasil) do pluralismo jurídico os direitos consuetudinários das minorias indígenas não mantêm relação de equivalência às leis (sentido amplo) dos estados nacionais, pois são submetidos ao direito oficial. Além da perspectiva das ciências jurídicas, observa-se que na perspectiva antropológica também há um viés que não equipara os direitos oficial e especial.

Entretanto, a não equivalência entre as normas e a sujeição dos costumes indígenas ao direito estatal não autoriza, sob nenhuma hipótese, o desrespeito aos direitos consuetudinários (como valores, modo de vida e etc.) indígenas, que estejam compatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos, por parte do Estado e/ou da sociedade envolvente.

REFERÊNCIAS

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. *Justiça constitucional e contra cultura judicial*. 2012.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. *El pluralismo jurídico en américa latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales*. 2015.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El Pluralismo Jurídico em la historia constitucional latino-americana: De la sujeción a la descolonización*. 2010.

_____. *Pluralismo Jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, 2012.

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: Gênese trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988*. Dissertação de mestrado. UnB, 2007.

QUIJANO, Aníbal. El “movimiento indígena” y las cuestiones em la America Latina. REVISTA YACHAYKUNA, nº 8, abril del 2008, Ecuador, ICCI, 2008.

_____. *Colonialidad y modernidade/racionalidade*, In: Perú Indígena. Vol 13, nº 29, Lima, 1992, p. 11-20.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Modernidade, identidade e a cultura de fronteira*. Tempo Social; Rev. Sociol, USP, S. Paulo, 5(1-2): 31-52, 1993.

SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no movimento de expansão dos direitos universais*. MANA 12(1): 207-236, 2006.

_____. *Interculturalidad critica y pluralismo jurídico*. Seminário Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo, Brasília, 13-14 abr. 2010.

WALSH, Catharine. *Interculturalidad critica y pluralismo jurídico*. Seminário Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo, Brasília, 13-14 abr. 2010.

LEGISLAÇÃO

Constitución de la Colombia de 1991.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Constituição Federal do Brasil de 1988.

Constitución Política del Estado Boliviano de 2009.

Constitución Política del Perú de 1993.

Decreto nº5.051 de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT – Sobre os Povos Indígenas e Tribais.

Lei nº 6001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

Ley 599 de 2000 (Código Penal Combiano).

DIREITO AO RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO INDÍGENA NO BRASIL

*RIGHT TO RECOGNITION AS FUNDAMENTAL LAW AND
THE LEGAL PROTECTION OF THE INDIAN IN BRAZIL*

Daniela Gonçalves de Carvalho

Procuradora Federal, Coordenadora Setorial da Procuradoria Seccional Federal em Duque de Caxias/RJ. Pós-graduada em Direito Público. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora e Colaboradora de Direito Público (Direito Constitucional, Administrativo, Direitos Humanos e Previdenciário) da Escola Brasileira de Ensino Jurídico pela Internet – EBEJI.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Direito ao Reconhecimento na Ordem Constitucional Pátria; 2 O Multiculturalismo e os índios do Brasil; 3 A proteção jurídica dos índios no Brasil – FUNAI, Procuradoria Federal e Ministério Público; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: As sociedades do mundo contemporâneo são plúrimas. Levando em consideração o mundo quase sem fronteiras em que vivemos, a problemática que envolve as liberdades individuais e as consequentes tensões provocadas pelas diversidades entre tradições de povos vizinhos ou coabitantes, mas, tão ímpares, deparamo-nos com a delicada questão indígena. Qual seria o limite entre a atuação jurídica de proteção aos povos e indivíduos de cultura própria, leis e regramentos próprios, dentro do mesmo território? Especialmente no caso pátrio, em que há uma miscigenação populacional imensa, propomo-nos a discorrer sobre o assunto à luz da teoria de autores que vão de Will Kymlicka à Charles Taylor, passando por Daniel Sarmento. Ao fim, analisaremos a representação e defesa dos povos indígenas pela AGU. Bem-vindo à nossa jornada!

PALAVRAS-CHAVE: Multiculturalismo. Populações Tradicionais. Povos Indígenas. Direitos Fundamentais. AGU.

ABSTRACT: The societies of the contemporary world are plurals. Taking into consideration the almost borderless world in which we live, the problem of individual freedoms and the resulting tensions brought about by the differences between traditions of neighboring or cohabiting peoples, but so rare, we are confronted with the delicate Indian question. What would be the limit between the legal action to protect the people and individuals with their own culture, laws and regulations, within the same territory? Especially in the case of the fatherland, where there is an immense population miscegenation, we propose to discuss the subject in the light of the theory of authors like Will Kymlicka to Charles Taylor, through Daniel Sarmento. Finally, we will analyze the representation and defense of indigenous peoples by the AGU. Welcome to our journey.

KEYWORDS: Multiculturalism. Traditional Populations. Indian People. Fundamental Rights. AGU.

INTRODUÇÃO

A população indígena, que já foi maioria absoluta da população brasileira, está incrivelmente reduzida. Segundo dados fornecidos pela FUNAI, em 1500 havia 3.000.000 de índios no Brasil, em 2010 não chegavam a 1.000.000, eram cerca de 800.000 tão somente.¹ Nossas raízes, o *quem somos*, decorre direta, ou, indiretamente desses povos. Por isso, e não só por isso, de suma importância, manter vivos seus costumes, interagir com eles e, acima de tudo, preservá-los, mantê-los vivos, pois eles não representam a cultura majoritária, suas leis não nos são impostas, mas, como minoria que são, dependem da proteção do Ordenamento para se manterem.

Dentro desse cenário, a Procuradoria Geral Federal, órgão vinculado à AGU, através da Procuradoria Especializada junto à FUNAI exerce um papel fundamental e pouco divulgado: através do aparato da FUNAI, com antropólogos e especialistas, oferece-se proteção jurídica de qualidade e com respeito à individualidade dos índios.

Neste trabalho, propomo-nos a despertar no leitor a reflexão acerca do Reconhecimento do diferente, bem como a apresentar um pouco mais das especificidades que permeiam este ramo colorido dos direitos fundamentais.

1 O DIREITO AO RECONHECIMENTO NA ORDEM CONSTITUCIONAL PÁTRIA

A temática do reconhecimento não é novidade. Ao contrário, já podia ser encontrada em Hegel, na sua obra *Fenomenologia do Espírito*, na qual este autor destaca o caráter dialógico da construção da identidade. A percepção do outro sobre cada ser reflete diretamente na autoestima do sujeito, tanto sob a ótica individual, quanto sob a ótica do coletivo.

Vamos começar dizendo o que o reconhecimento não é. Ele não consiste na mera cognição superficial do outro. Está atrelado ao conceito de empatia, de enxergar o outro enquanto unidade complexa e única, respeitando quem ele é, de onde veio, e o que traz na sua bagagem.

Abordando a ausência do reconhecimento, Daniel Sarmiento², ensina que a sua falta ou o seu uso deturpado implica na adoção de postura desrespeitosa, com conseqüente diminuição do sujeito, que significa degradação e comprometimento da sua possibilidade de tomar parte, como um igual, nas relações sociais.

1 Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

2 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Belo Horizonte, Forum, 2016.

Logo, grupos que desenvolvam comportamentos díspares do dominante, seja em razão de sua origem, etnia, orientação sexual, buscam o reconhecimento das próprias tradições e costumes, do seu modo próprio de ser, unindo-se como modo de sobrevivência. É o caso das comunidades tradicionais, como as etnias indígenas, e.g.

Encontramos no feminismo não-radical de Nancy Fraser³ um exemplo pertinente, ao destacar a segregação da mulher. Entre nós, até a década de 1960, as mulheres casadas eram consideradas relativamente incapazes. O Código Civil de 1916 nominava o homem como chefe do lar. Tais normas podem causar assombro nos dias hodiernos. Contudo, já foram vigentes, e não há muito tempo.

Neste ponto sensível deve ser cirúrgica a atuação jurídica, e é de extrema importância que o Direito aja para não legitimar a diminuição subjetiva de determinados grupos. A solução encontrada por Nancy Fraser foi a paridade na participação, por este critério, a distribuição de recursos materiais deve assegurar aos participantes independência e voz. A autora também defende que os padrões institucionalizados de valor cultural devem expressar igual respeito a todos os participantes da sociedade, garantindo-lhes paridade de armas para atingir a estima social.

A pedra de toque está no encontro do equilíbrio entre o direito ao reconhecimento e as liberdades individuais. É um liame sensível, adiante ao leitor. A nossa Suprema Corte julgou um *hard case*, no *Habeas Corpus* 82.424, em que o discurso do ódio (*hate speech*) foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal como crime de racismo. O paciente no HC era um autor de livros especializado na divulgação de obras antisemitas. Num exercício da ponderação de princípios, nossa Suprema Corte entendeu que a dignidade da pessoa humana prevalecia sobre a liberdade de expressão, *in concreto*.

Proteger juridicamente o reconhecimento é uma dura tarefa. Tanto para os Legisladores, quanto para o operador do Direito, a exigir sensibilidade e estudos multidisciplinares. Afinal, sem pretensões de resumir este tema tão profundo e complexo, podemos afirmar que o direito ao reconhecimento tem previsão na ordem jurídica brasileira?

Não só tem, como é direito fundamental. Apesar de não haver previsão expressa, “O princípio da dignidade da pessoa humana tem no reconhecimento intersubjetivo uma dimensão muito importante.”⁴ Outros autores (por todos, Flavia Piovesan)⁵ o enxergam imerso nos princípios

3 FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age” *New Left Review* 1/212, jul./ago. 1995.

4 SARMENTO, 2016.

5 PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*: perspectiva global e regional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

da igualdade e da solidariedade, o que, também, é aceitável. Assim, seja na igualdade, na solidariedade ou na dignidade da pessoa humana, o reconhecimento está presente, ainda que de forma implícita, na nossa Constituição. Desconhece-se literatura que defenda o oposto.

Superada a questão topográfica, passemos à análise do multiculturalismo em si.

2 O MULTICULTURALISMO E OS ÍNDIOS DO BRASIL

O multiculturalismo pode ser compreendido como o complexo de políticas públicas, estudos acadêmicos e teorias políticas que focam no conjunto de povos de origens e culturas próprias, dentro de uma sociedade multicultural. O contato pode ser pacífico ou não, a depender da localidade e das etnias envolvidas. Seu conceito é inserido dentro de um quadro de globalização, com contato intenso entre tradições e costumes muito diferentes entre si, o que tende a ser impactante.

Ao abordar o Multiculturalismo, é imperioso explicitar os estudos do filósofo canadense Charles Taylor⁶. Taylor questionava a pretensão de Estados universalistas, e propunha a construção de uma sociedade democrática, multicultural, alicerçada no diálogo entre comunidades diversas ou grupos étnicos, o que seria a base de uma sociedade multicultural. Fácil perceber que seus estudos são bem próximos à nossa temática.

Outro autor pelo qual temos que passar ao falar de multiculturalismo é o canadense liberal Will Kymlicka. Kymlicka é um filósofo político contemporâneo conhecido por abordar o multiculturalismo e a ética animal. Especificando o trabalho deste autor, Adinan Silveira ensina que:

Kymlicka percebeu que nas sociedades liberais modernas, muitas minorias sofrem injustiças relativas ao bem de pertença cultural, cuja correção requer a justificação e o reconhecimento de direitos específicos, pois os direitos da minoria – ao contrário da perspectiva liberal clássica – não são privilégios injustos ou formas detestáveis de discriminação, mas compensações por vantagens injustas. Por isso, pode-se considerá-los consistentes com a justiça e exigidas por ela.⁷

s

As minorias, dentro da sociedade multicultural podem ser definidas como grupos expostos em razão de seus traços culturais distintos do

6 TAYLOR, Charles. (Org.). *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

7 SILVEIRA, Adinan Rodrigues da; ALMEIDA, Andreia Fernandes de. *O Multiculturalismo e a Defesa de Minorias e Grupos Vulneráveis na Perspectiva do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e no Sistema Jurídico Brasileiro*. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bbebcea7798629d>>.

grupo dominante e, em menor número. Seu risco é o de esmagamento, o de serem engolidos pela onda cultural ocidental norte-americana, surgida após a Guerra Fria. Seu desafio é a sobrevivência.

Dentro dessa posição de não-dominância, há grupos de minorias religiosas, étnicas e linguísticas. Em nosso estudo, vamos nos restringir às minorias étnicas, mais precisamente as indígenas e a sua proteção jurídica dentro do território nacional.

Nesse espectro dos Direitos Fundamentais, dentro de um mundo plural, não é lícito considerar qualquer cultura ou tradição inferior, tampouco superior ou exigir a sua submissão às demais.

Apesar de serem, axiologicamente, considerados minorias, os tribais estão presentes em todas as regiões do Brasil. De acordo com dados da FUNAI, a região Norte é a que concentra a maior população, com 305.873 mil indivíduos. Ademais, a etnia Tikuna, Do Estado do Amazonas, em números absolutos, foi o que apresentou o maior número de falantes e consequentemente a maior população. Em segundo lugar, em número de indígenas, ficou o povo Guarani Kaiowá do Mato Grosso do Sul e em terceiro lugar os Kaingang da região Sul do Brasil.⁸

Nosso DNA miscigenado tem muito mais desses povos do que estatísticas podem obter: no caldeirão cultural no qual estamos imersos vários dos nossos costumes não são Europeus, mas, são indígenas. O banho diário, o uso da mandioca como alimento, o pescado fresco na mesa, dentre tantos outros.

Conhecidos hábitos nossos, nada disso assusta. Contudo, notícias recentes da mídia noticiam o horror envolvendo índios: mãos decepadas, torturas nas mãos de capangas de fazendeiros na briga por terras, o esmagamento literal do diferente⁹. Como se dá a proteção jurídica dessas minorias, especificamente?

8 Dados obtidos no sítio eletrônico oficial da FUNAI: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?start=1#>>.

9 Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/05/01/indio-tem-as-maos-decepadas-no-ma-confronto-deixou-ao-menos-13-feridos.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ÍNDIOS NO BRASIL – FUNAI, PROCURADORIA FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO

No plano internacional, merece destaque a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, do ano de 2007. A Declaração foi aprovada pelas Nações Unidas, após estudos que tiveram início na década de 1980 e que comprovaram a violação de direitos a que estes povos estiverem historicamente submetidos.

A Declaração referida se baseia no princípio de que os povos e indivíduos indígenas são iguais e livres aos demais povos, além de adotar como princípio a não assimilação forçada.

No âmbito nacional, temos uma manta protetora dos direitos indígenas na nossa Constituição. No Capítulo VIII, artigos 231 e 232, temos uma dedicação constitucional especial aos povos indígenas. Além dos direitos à educação e reconhecimento de suas tradições enquanto cultura pelos artigos 210 e 215 da Carta de Direitos. Percebe-se, a partir da promulgação da CRFB de 1988, uma mudança de paradigmas, de vontade do constituinte, através da qual o Estado deixa de ser tutor da pessoa do índio e passa a ser tutor dos direitos da pessoa índia.

O artigo 129, III da Constituição traz o Ministério Público como defensor dos direitos e interesses coletivos e difusos, através dos instrumentos que possui, principalmente a ação civil pública. Assim, como primeiro guardião dos direitos do índio aqui mencionados, destacamos o Ministério Público e a independência de atuação que lhe trouxe a Carta Magna.

Em seguida, temos a FUNAI, Fundação Nacional do índio, criada em 1967. A FUNAI tem papel central na promoção do acesso aos índios a políticas públicas especificamente a eles direcionadas e a sua proteção, além de funcionar como ponte integrativa entre culturas díspares por diversas vezes.

A representação judicial, e consultoria extrajudicial da FUNAI, fica a cargo da Procuradoria Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia Geral da União, função constitucional essencial à Justiça, portanto. A Lei número 9.028/95, em seu artigo 11, parágrafo 6º destaca o papel da Procuradoria Federal na defesa dos índios e da FUNAI. O Decreto 7778 de 2012, reforça em seu artigo 14, III competir a este órgão a defesa dos interesses e direitos individuais e coletivos indígenas.

Ao procurador federal cabe o zelo por interesses individuais ou coletivos dos povos indígenas. Há casos em que o choque cultural torna-

se denso e demanda uma atuação, de fato, especializada. São verdadeiros *hard cases*.

Temos como o exemplo o caso de uma índia, menor de idade, que, após sofrer punição em sua tribo no Amazonas, perdida, veio parar grávida no Estado do Rio de Janeiro. Após dar à luz, teve seu filho sequestrado e vendido. Poucos anos à frente, após investigação, foi encontrada a criança, ambientada e criada por uma família branca, a qual, tudo indica, havia participado da subtração da criança. Participam do processo a FUNAI, a Procuradoria Federal e o Ministério Público.¹⁰

O que (mais!) chama a atenção para o nosso estudo, neste caso é a difícil decisão de devolver à tribo uma criança sem qualquer familiaridade com aquela cultura. Comer peixe cru recém pescado, andar nu pela floresta, habituado a mordidas de mosquitos e demais insetos um bebê que assistia à *Peppa Pig* no *Discovery Kids* e comia toda sorte de industrializados.

Havia a barreira da língua, da cultura, dos costumes, e da mãe... aquela linda menina dos cabelos longos e lisos, com o rosto semelhante ao seu, o seu DNA e sangue nas veias, e entre eles um abismo criado de forma criminoso.

Não proponho aqui a solução do caso, que está longe de ser fácil, e conflita com outros princípios constitucionais, como o melhor interesse da criança. Procuro chamar a atenção do leitor para o impacto forte que o tal choque cultural pode ter e da importância em se ter órgãos de atendimento judicial especializados ao índio. A delicadeza da questão exige solução multidisciplinar: psicólogos do juízo, antropólogos da FUNAI, e muita reflexão, muito estudo sobre o multiculturalismo e a proteção do indígena.

Como demonstrado, mesmo um caso de interesse privado reflete o fundo de interesse coletivo e da necessidade do reconhecimento de um modo de viver diferente como não-inferior.

Há questões coletivas explícitas, como a Demarcação de Terras, e os conflitos agrários que, tradicional e infelizmente, deixam os índios machucados em sua existência. O mais recente ocorreu no Estado do Maranhão, no qual os índios relataram tortura pelos Fazendeiros e um dos índios chegou a ter as mãos decepadas.¹¹ A inferioridade armamentista e a vulnerabilidade do povo tribal faz dele alvo fácil, no que demanda proteção incisiva e real do Estado. Lembrando que o direito à terra, especificamente

10 Autos número: 0002317-02.2014.4.02.5104 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Estado do Rio de Janeiro – autos em segredo de justiça.

11 CAMPELO, Lilian. *Índigena Gamela teve mãos decepadas e joelhos cortados durante massacre*. Belém, 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/05/02/indigena-gamela-teve-maos-decepadas-e-joelhos-cortados-durante-massacre/>>.

para o índio, tem status de direito fundamental, consoante afirmado pelo Ministro Ayres Brito ao julgar o caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR).

No dia 05 de maio de 2017, durante a sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Brasil foi questionado e pressionado publicamente sobre a proteção dos Direitos Humanos de populações indígenas. O saldo de feridos no episódio no Maranhão acima descrito passa de dez. Na mesma semana teve início a Comissão Parlamentar de Inquérito da FUNAI-INCRA, duramente criticada por ter sido iniciada justamente pela bancada ruralista do Congresso. Os representantes eleitos do grande empresariado rural militam aberta e politicamente pela restrição do direito dos povos indígenas à terra.¹²

Por fim, até em questões criminais há defesa do índio pela Procuradoria Federal, a qual costuma utilizar, como aplicação prática do multiculturalismo, o laudo antropológico como instrumento de defesa penal do índio. Lembrando que, consoante o teor do Enunciado 140 do Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Ainda nesses casos, nada impede a defesa técnica do indígena por Procurador Federal.

Não há cenário ideal. Ao revés, os casos concretos narrados neste *paper* como exemplos do nosso objeto de estudo revelam abusos de pessoas que integram a cultura dominante sobre o vulnerável, de forma individual e coletiva.

Assim, queremos chamar a atenção para a importância do fortalecimento, institucional, de aparato e orçamentário, dos órgãos de representação e defesa dos interesses dos indígenas. Nosso país de raízes múltiplas precisa de uma atuação consistente para preservar a existência das populações tradicionais e tudo que significam para a nossa formação, enquanto Estado-Nação.

4 CONCLUSÃO

Chegamos ao cabo deste breve trabalho, em que tivemos a oportunidade de trazer à lume questões relevantes de Direitos Humanos, abordando o Direito ao Reconhecimento, defesa do Multiculturalismo e a proteção jurídica ao indígena na Ordem Constitucional atual.

12 MENA, Fernanda. Sem avanço em direitos humanos, Brasil é constrangido na ONU. São Paulo, *Folha de São Paulo*: 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/05/1881795-sem-avanco-em-direitos-humanos-brasil-e-constrangido-na-onu.shtml>>.

Longe de ser um sistema infenso a críticas, a rede que defende os índios no Brasil precisa ser revitalizada, valorizada e apta a trabalhar com os melhores instrumentos de que dispuser. Investir na proteção do diferente é mais que preservar: é manter viva nossa memória cultural, o *quem somos*, reconhecer que a identidade do brasileiro é mista, e que seu DNA é colorido e o diferente é o que nos torna tão singulares. Daí a importância de efetivar, seja nas políticas públicas, no mundo acadêmico, ou nos Tribunais, o direito fundamental ao Reconhecimento, garantindo vida plena às populações que nos formam, inclusive as minoritárias, tradicionais e tribais.

REFERÊNCIAS

CAMPELO, Lilian. *Índigena Gamela teve mãos decepadas e joelhos cortados durante massacre*. Belém, 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/05/02/indigena-gamela-teve-maos-decepadas-e-joelhos-cortados-durante-massacre/>>.

CARVALHO, Daniela Gonçalves de. *Direito ao Reconhecimento como Desdobramento da Dignidade da Pessoa Humana – Solidariedade ao Atentado de Orlando*. João Pessoa, Blog Emeji, 2016. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/direito-ao-reconhecimento-como-desdobramento-da-dignidade-da-pessoa-humana-solidariedade-ao-atentado-de-orlando/>>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Jus Podium, 2016.

FRASER, Nancy; HONNETH, Alex. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice In 'Post-Socialist' Age, *New Left Review* I/212, jul./ago.1995.

MARSILLAC, Narbal de. *Multiculturalismo e a Construção (Axiológica) dos Direitos Humanos*. João Pessoa: UFPB, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14860/8415>>

MENA, Fernanda. Sem avanço em direitos humanos, Brasil é constrangido na ONU. São Paulo: *Folha de São Paulo*, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/05/1881795-sem-avanco-em-direitos-humanos-brasil-e-constrangido-na-onu.shtml>>.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Belo Horizonte; Forum, 2016.

SILVEIRA, Adinan Rodrigues da; ALMEIDA, Andreia Fernandes de. *O Multiculturalismo e a Defesa de Minorias e Grupos Vulneráveis na Perspectiva do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e no Sistema Jurídico Brasileiro*. Brasil: 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bbebcea7798629d>>.

TAYLOR, Charles. (Org.). *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

INFORMAÇÕES OBTIDAS ATRAVÉS DE JORNAIS E PERIÓDICOS ONLINE:

<funai.gov.br>.

<g1.com.br>.

<folha.uol.com.br>.

PROCESSOS FORMAIS DE IDENTIFICAÇÃO DE PERTENCIMENTO INDÍGENA PARA OS FINS DE GARANTIA DE DIREITOS

*FORMAL PROCEDURES FOR IDENTIFICATION OF
INDIGENOUS PEOPLES WITH AN EYE TO ENSURING THEIR
RIGHTS*

*Eduardo Felix da Cruz
Procurador Federal junto à FUNAI no Estado de Rondônia*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Como se classificar uma pessoa como indígena; 1.1 Os ressurgidos; 1.2 Indígenas urbanos; 1.3 Cônjuge ou companheiro de indígena; 1.4 Indígenas transfronteiriços; 1.5 Limites da autodeterminação no processo de heterorreconhecimento; 1.6 Procedimento para o registro civil de indígenas; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: Aos indígenas, devido à sua situação peculiar desde a formação do território nacional, foram garantidos alguns direitos específicos, não compartilhados com o restante da população. Por esta razão, faz-se necessário identificar adequadamente quem pode ser considerado um indígena. Assim, o artigo abordará brevemente os diferentes critérios de classificação, que variam do mais flexível, para o qual basta a autodeclaração do interessado, ao mais rígido, que demanda o reconhecimento por agentes estatais. Contudo, atenção especial será dada ao critério de identificação considerado como o correto, pelo menos do ponto de vista jurídico, e os resultados que são produzidos quando interpretado pelo Poder Judiciário. O critério é extremamente relevante, porque fornece meios de solucionar questões complexas de identificação, geradas em decorrência de variáveis como a miscigenação racial, a urbanização, os indígenas nas fronteiras com os países vizinhos e a redescoberta do sentimento de pertencimento indígena.

PALAVRAS-CHAVE: Identificação Indígena. Autorreconhecimento. Heterorreconhecimento. Convenção nº 169 da OIT. Resolução Conjunta CNJ nº 03/2012.

ABSTRACT: Due to their peculiar situation since the formation of the national territory, indigenous peoples have been granted certain specific rights, which are not shared with the rest of the population. For this reason, it is necessary to properly identify who can be regarded as indigenous. Thus, the article will briefly address the different classification criteria, ranging from the most flexible, where a self-declaration from the interested person suffices, to the most rigid, which demands recognition by state agents. However, special attention will be given to the criterion of identification considered as correct, at least from a legal point of view, and the results that are produced when it is interpreted by the Judiciary. It is extremely relevant as it provides means to solve hard cases of identification that stem from factors such as race mixing, urbanization, indigenous peoples living at the borders of neighboring countries, and the rebirth of the sense of indigenous belonging.

KEYWORDS: Identification of Indigenous Peoples. Self Recognition. Recognition by an Indigenous Community. ILO Convention n. 169. CNJ's Joint Resolution no. 03/2012.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará, de maneira sucinta, quais são os requisitos necessários para que um indivíduo possa ser identificado como indígena, discorrerá sobre algumas das situações mais recorrentes e complexas desta identificação e comparará as conclusões até então alcançadas com o procedimento de inclusão tardia da etnia de indígena no registro civil das pessoas naturais, regulamentado pela Resolução Conjunta nº 3, de 19.04.2012, do Conselho Nacional de Justiça.

1 COMO SE CLASSIFICAR UMA PESSOA COMO INDÍGENA

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha dedicado um capítulo sob o título “dos indígenas”, não definiu o que venha a ser um indígena.

Por sua vez, a Lei nº 6.001/73, conhecida como o Estatuto do Índio, possui uma definição do que seja um índio e uma comunidade indígena, embora o conceito esteja em certos pontos incompatível com os mais recentes entendimentos sobre o tema, conforme se demonstrará no decorrer deste artigo.

Inicialmente, deve-se afastar o conceito, aparentemente muito difundido na sociedade, de que o indígena seria somente aquele indivíduo de ascendência pré-colombiana, morador da aldeia, com nenhum ou pouco contato com a sociedade do entorno. Em tal definição há uma ideia implícita de que a condição de indígena desapareceria a partir do contato com o mundo exterior e da utilização das tecnologias associadas à modernidade, como celulares, televisores ou automóveis.

Uma característica relevante do estágio atual dos direitos indígenas diz respeito à acentuada valorização de sua autodeterminação, a qual se encontra, na Constituição Federal, prevista no art. 232:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

O direito à autodeterminação vem expresso na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, do ano de 2007. O artigo 3º recebeu a seguinte redação:

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.

Uma consequência natural da autodeterminação é o direito de identificar quem pertence ao seu grupo. Em resumo, um povo indígena define quem é um indígena.

No campo do direito internacional, a autodeterminação visa a impedir que os Estados neguem arbitrariamente a condição de indígena a alguém. A propósito, na elaboração da referida Declaração, a China propôs que o reconhecimento deveria conter uma exigência prévia de que os povos indígenas fossem reconhecidos por seu próprio país. (Macklem, 2008)

Não se deve confundir a autodeterminação com a simples autodeclaração, em que basta ao interessado em ser reconhecido como indígena afirmar-se como tal. Neste tipo de declaração, despida de qualquer critério objetivo ou forma de controle, encontra-se um campo propício para a má-fé daqueles que buscam locupletar-se dos direitos criados em favor dos verdadeiros indígenas.

Um conceito mais satisfatório baseia-se em um duplo critério, o subjetivo, em que o indivíduo reconhece-se como indígena, e o objetivo, que inclui elementos como a origem geográfica, ligação com uma língua indígena, reconhecimento de antepassados, costumes e religiões, bem como o fenótipo.

A despeito disto, os estudiosos do tema não conseguiram definir um conceito universal, pois alguns povos indígenas encontram-se inseridos em diferentes contextos sociais em seus respectivos países, onde podem se constituir na maioria da população, como os Inuítes na Groenlândia (80%) ou os Quéchuas na Bolívia (51 a 71%), ou por não terem sido conquistados por processos de colonização (Corntassel, 2003).

O conceito adotado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051/04, contém o duplo critério de identificação:

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da

colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

O primeiro é puramente objetivo. Segundo Rosane Freire Lacerda, a semelhança entre povos tribais e povos indígenas, mencionados na Convenção nº 169, é que ambos possuem modos particulares de vida, já a distinção decorre do fato que os indígenas são historicamente vinculados às populações existentes no país à época da colonização, enquanto os povos tribais não possuem, necessariamente, esta vinculação. (Lacerda, 2009)

Na sequência, está estabelecido um critério subjetivo:

Artigo 1º 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Assim, no processo de identificação, um determinado povo indígena, que satisfaz as exigências do Art. 1º.1 (critério objetivo), reconhece e aceita uma pessoa como pertencente ao seu grupo (critério subjetivo - heterorreconhecimento), enquanto esta pessoa reconhecida também deve identificar-se como pertencente a este povo indígena, na forma do art. 1º.2. (critério subjetivo - autorreconhecimento). (OIT, 2003)

A Convenção nº 169 decorreu do aperfeiçoamento da Convenção nº 107, que rompeu com o critério integracionista, segundo o qual os indígenas compunham sociedades mais atrasadas e que com o tempo passariam a se integrar aos demais grupos do país. Por isto, retirou-se a menção a pessoas em estágio menos avançado e substituiu-o por pessoas em condições que as distinguem dos demais.

Adicionalmente, a Convenção nº 169 não prevê medidas de promoção de integração, e sim de reconhecimento das aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida.

Pela Convenção nº 107, para ser um indígena, o indivíduo deveria viver em conformidade com as instituições de seu tempo, tendo esta exigência sido substituída por um critério menos rígido na Convenção nº 169, bastando-se conservar parte das instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. É um claro entendimento de que as comunidades indígenas não são estáticas, podendo-se alterar com o decorrer do tempo, inclusive por absorver outras culturas.

O Estatuto do Índio foi elaborado com base no ultrapassado entendimento que associa a condição de indígena ao isolamento:

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

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

Já o Projeto de Lei do Senado nº 169, de 2016, que dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas, afasta-se deste posicionamento, abolindo qualquer menção ao nível de integração do indígena:

Art. 6º Para efeito desta Lei consideram-se:

I – povos indígenas: as coletividades que se distinguem entre si e no conjunto da sociedade nacional em virtude de vínculos históricos, de ascendência ou culturais, com povos pré-colombianos;

II – comunidade indígena: parcela de um povo indígena que convive num mesmo local;

III – índio: o indivíduo que se considera vinculado a um povo ou comunidade indígena.

Mas para ambas as Convenções deve haver uma conexão histórica dos povos indígenas com um determinado território, bem como com a comunidade política de um país, compartilhando da cidadania em comum com os demais nacionais.

Antes do preenchimento do critério subjetivo, formado a partir do autorreconhecimento pelo indivíduo e reconhecimento por sua comunidade, o heterorreconhecimento, deve-se destacar a importância do critério objetivo, relacionado à prova da existência de um povo indígena.

Isto depende de um trabalho que deve ser realizado por meios científicos para o fim de estabelecer os elementos de correlação entre os indígenas do passado com os do presente, a partir de características como a manutenção da língua nativa, traços culturais e religiosos, fenótipos, a existência de instituições próprias, etc.

Embora este estudo técnico possa implicar em certo nível de restrição, por excluir determinados grupos humanos da classificação de indígenas, os direitos conferidos pela Convenção nº 169 não estarão sendo restringidos. Pelo contrário, desta maneira evita-se que não-indígenas aproveitem-se de direitos que a eles não foram destinados, como o acesso às terras por eles tradicionalmente ocupadas. Ser indígena não é mero posicionamento ideológico e depende de alguns critérios objetivos. Segundo determina a Convenção:

Artigo 17

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

Logo, o primeiro passo para se garantir justos critérios de identificação é a realização de um estudo antropológico, baseado em métodos científicos, afastado de interesses políticos, financeiros e aberto para o conhecimento e discussão da sociedade.

Se, por um lado, a Convenção nº 169 procurou afastar as ingerências arbitrárias do Estado para negar o reconhecimento da identidade indígena, por outro, não o eximiu do dever contribuir para o descobrimento da verdade histórica, especialmente em favor das comunidades indígenas mais carentes que não poderiam custear os estudos de correlação com os povos indígenas originários. Tal previsão encontra-se, mesmo que implícita, na Convenção.

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

Após a apresentação destes conceitos básicos sobre os critérios de identificação de um indígena, passa-se agora a uma breve discussão sobre alguns casos limítrofes de identificação, em que se poderá melhor expandir os temas até agora tratados.

1.1 OS RESSURGIDOS

Por terem sido vítimas de racismo e perseguição sistemáticos no passado, alguns povos indígenas, como tática de sobrevivência, foram obrigados a se dispersar e negar suas origens. Também muitas de suas crianças foram retiradas à força do seio de sua comunidade e entregues a pessoas não-indígenas.

Neste processo há uma perda significativa de contato com as raízes que, apesar de tudo, não desaparecem, apenas permanecem latentes, especialmente nos indígenas mais velhos.

Atualmente, com a mudança de paradigma, que repudia a integração forçada e valoriza o reconhecimento de direitos das pessoas indígenas, há uma busca pela recuperação do passado e da identidade.

A consciência tardia da identidade deve ser aceita e considerada como um processo natural, pois ela é dinâmica, sendo reinterpretada e reconstruída com o passar do tempo e do contexto social.

Portanto, quando alguém se reconhece como parte daquela comunidade indígena outrora esfacelada, encontra-se presente o primeiro critério subjetivo, do autorreconhecimento.

O segundo, do heterorreconhecimento, depende dela ser reconhecida por este povo indígena ao qual diz pertencer, que por sua vez, pelo critério objetivo, deve ser formado por pessoas descendentes de populações que habitavam o país na época da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras nacionais, e que, além disto, este povo conserve, total ou parcialmente, todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, nos termos do Artigo 1º da Convenção nº 169, acima transcrito.

A recomposição histórica de um povo indígena deve depender dos vestígios deixados, bem como dos relatos de quem foi testemunha presencial do ocorrido, especialmente quando se trata de um recente processo “integracionista” que praticamente os dizimou. Talvez o ponto mais crítico na caracterização de um povo indígena ressurgido seja o requisito da conservação das próprias instituições, uma vez que elas sofreram um colapso em sua diáspora forçada. Como a rigidez no critério tornaria o reconhecimento inviável, seria necessário reduzi-lo à existência de lideranças indígenas capazes de atestar o pertencimento.

Por exemplo, no Estado de Rondônia foram realizados importantes estudos antropológicos pelo Ministério Público Federal para a identificação das etnias Kujubim, Migueleno e Puruborá, com a determinação das áreas por eles ocupadas no passado e os anciãos ainda vivos, capazes de certificar quem são os descendentes das respectivas etnias. Estes trabalhos têm se mostrado muito importantes para a identificação e consequente garantia de seus direitos pela Procuradoria Federal Especializada da Funai. (Ferreira, 2016)

1.2 INDÍGENAS URBANOS

Como exemplo de regras que não reconhecem os indígenas urbanos, o Banco Mundial, nas diretrizes do Manual de Operação 4.10, com a última revisão de 2013 - sobre consultas aos povos indígenas a respeito do financiamento de projetos que os afetam - determina que somente seja considerado como povo indígena aquele que estiver ligado às terras originais.

Há, entre outros critérios, o de vínculo coletivo com espaços geograficamente distintos ou territórios ancestrais nas áreas de projeto, bem como aos seus recursos naturais (item 4.b).

Excepcionalmente, afasta-se o critério de vínculo coletivo se o afastamento tiver ocorrido em razão de conflito, programas de reassentamento promovidos pelo Estado, perda da posse, calamidades naturais ou incorporação do território a uma área urbana. (World Bank, 2013)

A exclusão explícita de povos indígenas que vivem em áreas urbanas não existe na Convenção nº 169, não devendo ser feita para os fins de pertencimento étnico, portanto. Preenchidos os requisitos da Convenção nº 169, devem ser reconhecidos como indígenas, ainda que vivam em áreas urbanas.

Contudo, o afastamento voluntário das terras tradicionalmente ocupadas pode afetar o direito ao seu usufruto, pois elas devem ser habitadas em caráter permanente, nos termos do art. 231 da Constituição Federal.

1.3 CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DE INDÍGENA

O Estatuto do Índio não previu a condição da pessoa não-indígena que se casa ou constitui união estável com indígena, até mesmo porque, seguindo-se a linha integracionista do Estatuto, a partir do contato com terceiros deixaria de sê-lo.

Ainda de acordo com o Estatuto, somente as pessoas de origem pré-colombiana seriam indígenas. Segundo seu art. 3º:

Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

De forma diversa, na Convenção nº 169 não há a descrição do que seja um indígena, e sim de povos indígenas. Assim, a abertura textual permite que dentro de um povo encontrem-se pessoas que não se encaixam perfeitamente no critério objetivo, por não descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização. (art. 1º, b).

Será necessário, por evidente, preencher o critério subjetivo, do auto- e heterorreconhecimento, como também determina a Convenção.

Se um povo indígena concede o *status* de indígena aos cônjuges e companheiros, independentemente de sua ancestralidade, inclusive com o objetivo de que não haja pessoas com menos direitos em seu meio, não poderia o Estado interferir na autodeterminação dos povos indígenas para negá-lo.

1.4 INDÍGENAS TRANSFRONTEIRIÇOS

Os povos indígenas, por constituírem sociedades que existiam anteriormente à formação do Estado brasileiro, ocupam espaços que ultrapassaram as fronteiras nacionais.

A Convenção nº 169, em seu art. 32, determina que devem ser adotadas as medidas apropriadas para facilitar os contatos e a cooperação entre os povos indígenas fronteiriços, inclusive mediante a celebração de acordos internacionais.

Tal aproximação não afeta a soberania brasileira, uma vez que a própria Convenção excluiu o direito de autodeterminação na esfera do Direito Internacional Público (Kayser, 2010, p. 352):

Artigo 1º. 3. A utilização do termo ‘povos’ na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Em outras palavras, um “povo” indígena não é o mesmo que um “povo” em direito internacional, elemento constitutivo do Estado, capaz de ensejar a criação de um país independente (povo, território e governo).

Contudo, não foi estabelecido na Convenção nº 169 o direito ao reconhecimento a membros de povos indígenas que nasceram em território estrangeiro. Também não há previsão neste sentido na Constituição Federal e Estatuto do Índio. A normatização da questão poderá vir a ser dada pelo Projeto de Lei do Senado nº 169, de 2016, que dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas:

Art. 9º Os índios nascidos no Brasil ou que pertençam a povos transfronteiriços que vivam habitualmente, mas não permanentemente, no território nacional são brasileiros natos e a eles são assegurados todos os direitos e as garantias fundamentais reconhecidos na Constituição Federal.

1.5 LIMITES DA AUTODETERMINAÇÃO NO PROCESSO DE HETERORRECONHECIMENTO

Quando um povo indígena aplica critérios de reconhecimento que não se encontram em conformidade com os direitos previstos na legislação, haverá um conflito entre esta e o direito de autodeterminação indígena.

Não foi encontrada jurisprudência sobre o tema no Brasil. No direito estrangeiro, no caso *Santa Clara Pueblo v Martinez* ([15 May 1978] 436 US 49), a autora requereu que fosse cessada a política discriminatória de negar o reconhecimento aos filhos de indígenas do sexo feminino casadas com pessoas que não eram da tribo, uma vez que os filhos de indígenas do sexo masculino não sofriam a mesma restrição. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, decidiu, com fundamento na não interferência nas instituições culturais e políticas indígenas, e em respeito a seu status de quase soberania, que não poderia rever a decisão das autoridades indígenas.

No sentido contrário, no caso *Lovelace v Canada*, que foi julgado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, tendo por objeto a impugnação de sua exclusão da terra indígena por ter se casado com um não-indígena, decidiu-se, com base no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que tal restrição de direitos não é razoável nem necessária para preservar a identidade indígena. (Kingsbury, 2011)

O ordenamento jurídico brasileiro deve tender a decidir como no segundo caso, uma vez que nenhum direito é absoluto, e que a autodeterminação não se confunde com soberania. Logo, será cabível a tutela jurisdicional diante de critérios discriminatórios de reconhecimento.

1.6 PROCEDIMENTO PARA O REGISTRO CIVIL DE INDÍGENAS

Além de ser um direito da personalidade relacionado à identificação, o registro civil com a designação da etnia facilita a obtenção de direitos aos indígenas.

Contudo, muitos indígenas, especialmente os ressurgidos, não possuem a etnia inscrita em seus documentos, e precisam de um processo de registro tardio. Conforme a Resolução Conjunta nº 3, de 19.04.2012, do Conselho Nacional de Justiça, a inclusão tardia da etnia no registro civil depende de processo judicial:

Art. 3º. O indígena já registrado no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais poderá solicitar, na forma do art. 57 da Lei n.º 6.015/73, pela via judicial, a retificação do seu assento de nascimento,

pessoalmente ou por representante legal, para inclusão das informações constantes do art. 2º, 'caput' e § 1º.

Art. 2º. No assento de nascimento do indígena, integrado ou não, deve ser lançado, a pedido do apresentante, o nome indígena do registrando, de sua livre escolha, não sendo caso de aplicação do art. 55, parágrafo único da Lei n.º 6.015/73. § 1º. No caso de registro de indígena, a etnia do registrando pode ser lançada como sobrenome, a pedido do interessado.

A Resolução encontra-se em consonância com o que estabelece a Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73):

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei n.º 12.100, de 2009).

Ademais, os arts. 40 e 109 da mesma Lei estabelecem que a retificação posterior depende de processo judicial, com a exceção, prevista no art. 110, de erros que não exijam qualquer indagação, mas ainda assim somente após uma manifestação conclusiva do Ministério Público.

Segundo restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1323677/MA, Rel. Ministra Nancy Andrigli (DJe 15/02/2013), a alteração de nome é procedimento de jurisdição voluntária, mas de intervenção obrigatória do Ministério Público, por haver a presença de interesse público.

Compreende-se facilmente a razão da jurisdicionalização das alterações e retificações de nome, pois geralmente demandam alta indagação e necessita-se preencher requisitos estritos, devido à relativa imutabilidade dos registros públicos.

Por outro lado, a adição da etnia indígena é uma situação distinta, mais relacionada com a confirmação de identidade, sendo regida pela Convenção n.º 169, cuja tônica é atribuir aos próprios indígenas o poder de decidir quem é indígena.

Uma vez comprovado que um povo indígena, mediante seus próprios processos decisórios, reconhece alguém como indígena, e este assim também assim se reconhece, não haverá questão que demande alta indagação, e nem competirá ao Poder Judiciário negar o reconhecimento.

A atuação judicial deveria ser a exceção, talvez em situações como o questionamento de um laudo antropológico que ateste a existência de um povo indígena, ou a tentativa de comercialização de reconhecimento a pessoas não indígenas. De qualquer forma, deve-se salientar que os maiores interessados em fiscalizar e denunciar a emissão indevida de reconhecimentos são os próprios indígenas, que seriam prejudicados ao compartilhar seus escassos recursos com não indígenas.

2 CONCLUSÃO

De acordo com os conceitos trabalhados no decorrer deste artigo, deve-se destacar o engano de quem acredita que a condição de indígena desaparece quando ele mantém contato com a sociedade não-indígena ou vive em área urbana.

Na verdade, a identificação de um indígena depende de um critério subjetivo, que se divide no auto- e heterorreconhecimento, e outro objetivo, relacionado com sua origem pré-colombiana e organização social.

Este critério objetivo de povo indígena não condiciona definitivamente o *status* de um indivíduo indígena, que pode sê-lo mesmo sem ter ascendentes pré-colombianos, desde que sejam preenchidos os requisitos subjetivos.

Ademais, a condição de indígena pode renascer de um resgate histórico, que deve contar com a colaboração do Estado na descoberta da verdade, que também tem, entre suas obrigações na esfera internacional, a de fomentar a cooperação entre povos indígenas transfronteiriços. Este contato não fere a soberania nacional.

A judicialização do processo de inclusão de etnia indígena ao sobrenome nos parece improdutivo, uma vez que a questão principal não é o registro público, e sim a identificação de pertencimento a um povo indígena.

Em razão da autodeterminação dos povos indígenas, que têm o poder de decisão sobre quem é ou não um de seus membros, a atuação do Poder Judiciário seria cabível somente nos casos excepcionais, como a utilização de critérios discriminatórios de identificação, ou fraudes no processo de identificação.

Os principais fiscais do processo de reconhecimento são os próprios indígenas, que seriam prejudicados ao compartilhar seus escassos recursos com não indígenas.

REFERÊNCIAS

CORTASSEL, Jeff J. *Who is Indigenous? 'Peoplehood' and Ethnonationalist Approaches to Rearticulating Indigenous Identity*. Disponível em: <<https://www.rairarubiabooks.com/view.php?res=1ufV2aWYnerY4JnM3eXP3czc4djN19nO4qK40drS4bzPzdTQ0-HQ3t6X3tfHRGx5Nm9MNjE&keyword=Who+is+Indigenous%3F+-+Corntassel.net&a=paqan5-cn183ZmxtUn0mfERILjo8WjE1Mg&b=n6MjPGMrWzk2MQ>>. Acesso em jul. de 2017.

FERREIRA, Rebeca Campos. *Laudos do Ministério Público Federal em Rondônia*: PRM-JPR-RO-00007790/2016, PRM-JPR-RO-00007791/2016 e PRM-JPR-RO-00007792/2016.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2010.

KINGSBURY, Benedict. *Indigenous Peoples* (2011). Disponível em: <<http://www.iiij.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-Indigenous-Peoples-1.pdf>>. Acesso em: jul. 2017.

LACERDA, Rosane Freire. *A Convenção 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais: origem, conteúdo e mecanismos de supervisão e aplicação* (2009). Disponível em: <<https://www.slideshare.net/zazab023/a-conveno-169-da-oit-sobre-povos-indgenas-e-tribais-origem-contedo-e-mecanismos-de-superviso-e-aplicao>>. Acesso em: jul. 2017.

MACKLEM, Patrick. *Indigenous Recognition in International Law: Theoretical Observations*, 30 Mich. J. Int'l L. 177 (2008). Disponível em: <<http://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss1/3>>. Acesso em: jul. de 2017.

OIT. *Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales: Un Manual* (2003). Disponível em: <https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst.esp.consulta_previa/files/manual_oit169.pdf>. Acesso em: jul. de 2017.

WORLD BANK. *Operational Manual OP 4.10 - Indigenous Peoples* (2013). Disponível em: <<https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/090224b0822f89d5.pdf>>. Acesso em: jul. 2017.

A PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E OS MENORES INDÍGENAS EM SITUAÇÃO DE RISCO: O PAPEL DE PROMOÇÃO DA PLURALIDADE

THE FEDERAL ATTORNEY GENERAL AND INDIGENOUS CHILDREN AT RISK: THE ROLE OF PROMOTING PLURALISM

Eduardo Raffa Valente

Procurador Federal, em exercício na Procuradoria Seccional Federal em Marília-SP, com histórico de lotação na Procuradoria Federal Especializada junto à Funai em Dourados-MS

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza jurídica dos direitos dos indígenas; 2 A intervenção da FUNAI no Estatuto da Criança e do Adolescente; 3 A colocação do menor indígena em família substituta não indígena; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa as competências da Procuradoria-Geral Federal na proteção e defesa dos direitos fundamentais dos menores indígenas, à vista da política da interação positivada pela Constituição da República de 1988, sobretudo após as inovações introduzidas pela Lei n.º 12.010, de 03 de agosto de 2009, no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre elas a intervenção processual da Fundação Nacional do Índio (Funai) nos processos judiciais cujas causas de pedir envolvem menores indígenas em situação de risco. Busca-se abordar os principais aspectos da atuação dos procuradores federais, aos quais compete a representação judicial e extrajudicial da Funai, a fim de lançar alguma luz sobre uma temática pouco tratada pela doutrina e que reúne escassa jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Menores Indígenas. Situação de Risco. Procuradoria-Geral Federal. Funai. Intervenção.

ABSTRACT: This article analysis the competences of the federal attorney general in protecting and defending the fundamental rights of indigenous children, based on the interaction policy of the 1988 Constitution of the Republic, especially after all innovations introduced by the Law n. 12.010, from August 3rd, 2009, in the Institute for Children and Adolescents, among them the procedural motion from the National Indian Foundation (Funai) in every judicial process that involves indigenous children at risk. We seek to approach the main aspects of all Federal Prosecutors performances when it comes to Funai's judicial and extrajudicial representation, in order to cast some light over a theme not too developed by the doctrine and that gathers very little jurisprudence.

KEYWORDS: Indigenous Children. At risk. Federal Attorney General. Funai. Motion.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) promoveu uma mudança radical de paradigmas em relação aos indígenas. O novo documento constitucional modificou profundamente a política indigenista do Estado brasileiro, operando-se a substituição da concepção assimilacionista (ou integracionista) pela perspectiva da interação, no sentido da preservação da pluriétnicidade presente no território nacional. Passou-se a repudiar a ideia de “infantilização” do indígena e a correspondente percepção de superioridade cultural da sociedade envolvente, a fim de considerá-lo como ser humano dotado de capacidade plena, pertencente a um grupo étnico distinto daqueles pertinentes aos não-índios, mas que se mantêm em constante interação, sem qualquer hierarquia e com respeito às diferenças culturais de cada qual.

Em verdade, a nova ordem foi além, pois a promoção do multiculturalismo não vigora apenas quanto ao binômio “índigenas e não-índigenas”, mas sim em relação a todas as pluralidades socioculturais sob sua égide, como pode ser observado a partir da conjugação das prescrições extraídas dos artigos 1º, inciso V; 3º, incisos I e IV; 206, inciso III; 210, caput e § 2º; e 215, caput e parágrafos 1º, 2º e 3º, inciso V, todos da Constituição do Brasil.

Contudo, por maior e melhor que seja a pretensão de eficácia da Constituição, ela não realiza sua força normativa se não houver uma vontade de Constituição (práxis constitucional), para usar as expressões de Konrad Hesse (1991, *passim*).

Isso se observa na historicidade da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que, a despeito de distar dois anos da nova Constituição, não dispensou sequer uma palavra aos indígenas no seu texto original, se não bastasse o forte viés autoritário especialmente manifestado nos famigerados “procedimentos verificatórios”. Todavia, a modificação desse quadro adveio com a promulgação da Lei n.º 12.010, de 03 de agosto de 2009, que promoveu alterações substanciais no texto incipiente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em claro processo de efetivação da pretensão de eficácia da Constituição, tanto para adequá-lo à dimensão constitucional mínima do devido processo legal, em que o contraditório e a ampla defesa assumem papel central, vedando-se o uso indiscriminado dos malfadados “procedimentos verificatórios”, como para conferir tratamento adequado aos menores indígenas, que merecem inegável cuidado especializado, na dicção do art. 231 da Constituição brasileira.

Nessa esteira, ganha relevo a introdução da cogente intervenção do “órgão federal responsável pela política indigenista” nos casos de processos

judiciais relativos à colocação de crianças ou adolescentes indígenas em família substituta, nos termos do art. 28, § 6º, inciso III, do ECA. E, sendo a Fundação Nacional do Índio (Funai) o “órgão federal responsável pela política indigenista”, compete à Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, viabilizá-la, nos termos do art. 10 da Lei n.º 10.480, de 02 de julho de 2002.

Importa esclarecer que a teleologia da norma, ao remeter a “órgão federal”, foi apenas a de torná-la estável, insubmissa às eventuais mudanças na estrutura administrativa do Poder Executivo federal. Não houve observância à melhor técnica à vista do regime jurídico-administrativo, em que os órgãos não detêm personalidade jurídica (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 144). Basta ver que a Funai não é um órgão propriamente dito, mas uma fundação pública federal, com personalidade jurídica de direito público, criada pela Lei n.º 5.371, de 05 de dezembro de 1967. A personalidade jurídica de direito privado, mencionada no seu art. 1º, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, em decorrência da sua configuração jurídica, especialmente do poder de polícia a ela atribuído pelo inciso VII do mesmo artigo (STJ, 1989), o que torna indene de dúvidas a competência da Procuradoria-Geral Federal.

Deste modo, torna-se fácil apreender o relevantíssimo papel dos procuradores federais na proteção dos direitos individuais dos menores indígenas em situação de risco, sobretudo no que diz respeito à formação do elo entre o Judiciário, as demais funções essenciais à Justiça e a Funai, espalhando-se os conceitos fundamentais à compreensão e ao respeito à diversidade étnica.

1 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DOS INDÍGENAS

A correta concepção da natureza jurídica dos direitos constitucionais dos povos indígenas constitui premissa inalienável ao exercício da competência de defesa dos interesses dos menores indígenas. Com efeito, é essencial que o procurador federal não permaneça alheio à finalidade e à razão de existir das suas atribuições em cada caso, sob pena de fracassar na consecução do interesse público primário subjacente à competência pública.

Fundada no escopo de concretização de igualdades especiais voltadas ao reparo de opressões históricas, por meio de complexos mecanismos constitucionais contramajoritários, a Constituição de 1988 revela uma verdadeira e hialina manifestação do constitucionalismo fraternal. Não por outra razão que os indígenas foram contemplados com um capítulo próprio na estrutura normativa da Constituição, onde o constituinte originário positivou seus direitos fundamentais ao respeito às respectivas

organizações sociais, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições, bem como aos direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas (CRFB, art. 231).

Embora a organização topográfica do texto constitucional tenha furtado a enunciação dos direitos individuais e coletivos dos indígenas do título “dos direitos e garantias fundamentais”, é irretorquível que os direitos prescritos pelo art. 231 da Constituição têm natureza de direitos fundamentais; direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos, na terminologia de Canotilho (2003, p. 404), porquanto o enunciado positiva norma constitucional protetora de bens jurídicos que encerram indiscutível conteúdo concernente à essencialidade humana, sem os quais o seres são incapazes de exercer a inteireza do poder de autodeterminação individual. São direitos reconhecidos pelo art. 5º, § 2º, da Lei Fundamental, que enuncia um conceito material de direitos fundamentais e deixa clarividente a possibilidade de existirem outros direitos fundamentais espalhados pela Constituição, fora do catálogo convencional: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição (grifo nosso)”. Cuidam-se de direitos fundamentais espargidos que, José Afonso da Silva (2014, p. 181), preferiu denominar “direitos decorrentes”, em contraposição aos “direitos expressos”.

Aliás, é José Afonso da Silva quem profere preciosa lição quanto aos direitos e interesses dos indígenas:

Os direitos e interesses dos índios têm natureza de direito coletivo, direito comunitário (grifos do autor). Essa ideia reconduz à comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. “Os bens das gens pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade.” (2007, p. 821)

Portanto, constata-se que os indigitados direitos dos povos originários decorrem diretamente do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, primado que conduz a uma concepção antropocêntrica do Estado e constitui a fundamentalidade material de grande parte dos direitos fundamentais; aquele direito a ter direitos, imortalizado por Hannah Arendt (2012, p. 406).

Além disso, nos casos de menores indígenas em situação de risco, cujo risco, muitas vezes, reside somente na concepção do não-índio, também podem se revelar como importantes direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, porquanto impõem ao Estado “um dever de abstenção,

um dever de não interferência” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 157) em relação às externalidades étnicas protegidas pela Constituição.

2 A INTERVENÇÃO DA FUNAI NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O art. 28, § 6º, inciso III, do ECA, incluído pela Lei n.º 12.010/09, prescreve a obrigatoriedade da intervenção da Funai nos processos judiciais que envolvam a colocação de menores indígenas em família substituta:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[...]

§ 6º. Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

[...]

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Trata-se de uma modalidade atípica (NEVES, 2017, p. 335) de intervenção de terceiros destinada a ampliar a dialética processual entre as partes, à vista do dever de resguardo da identidade étnica das crianças e dos adolescentes indígenas, especialmente dos multicitados direitos fundamentais prescritos no art. 231 da Constituição, a teor do inciso I do § 6º do art. 28 do ECA.

O enunciado legal veicula uma nítida norma de ordem pública que torna cogente a intervenção “do órgão federal responsável pela política indigenista”, de modo que sua inobservância acarreta nulidade absoluta dos atos processuais praticados, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.566.808/MS.

Embora a intervenção da entidade federal, judicialmente representada pela Procuradoria-Geral Federal, deva ocorrer em quaisquer casos de colocação de crianças ou de adolescentes indígenas em famílias substitutas, que pode se dar nas modalidades de guarda, tutela ou adoção, o exercício

das respectivas competências adquire maior acuidade naquelas hipóteses identificadas pela rede de proteção como estado de sujeição do menor à situação de risco.

As denominadas “situações de risco” são aquelas caracterizadas pela violação ou ameaça dos direitos das crianças e dos adolescentes por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, ou em virtude de atos dos próprios menores, nos moldes do art. 98 do ECA.

São conjecturas que podem conduzir inclusive à perda do poder familiar pelos pais, a depender da gravidade das ações ou omissões, principalmente à luz dos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, caso em que, sendo os pais oriundos de comunidades indígenas, a intervenção da Funai junto à equipe interprofissional ou multidisciplinar do juízo também se torna obrigatória, conforme dispõe o art. 157, § 2º, da Lei n.º 8.069/90, cuja prescrição já havia sido incluída no seu art. 161, § 2º, pela Lei n.º 12.010/09, tendo sido reposicionado no dispositivo atual pela Lei n.º 13.509/17.

Nesse contexto, exsurge com maior agudeza a atribuição da Funai de entidade promotora da política indigenista nacional, cujos servidores técnicos devem trabalhar junto à equipe multidisciplinar do juízo da infância e da juventude, especialmente em relação aos assistentes sociais incumbidos de elaborar os estudos sociais.

Em regra, os servidores da entidade indigenista acompanham as diligências realizadas pela equipe interprofissional ou multidisciplinar do juízo (ECA, art. 151), com a finalidade de aproximá-la dos aspectos socioculturais da comunidade indígena atingida, assim como a de colher os dados necessários à produção de relatórios circunstanciados paralelos àqueles decorrentes dos estudos psicossociais elaborados pelos serviços auxiliares da Justiça.

Os dados colhidos pelos técnicos da Funai e condensados nos respectivos relatórios circunstanciados independentes apresentam relevância superlativa na apreciação dos casos de menores indígenas em situação de risco. Destinam-se não somente a subsidiar o trabalho do procurador federal que viabilizará a intervenção da entidade nos processos judiciais, mas também a apresentar ao juízo uma perspectiva relativista do mundo, visando assegurar a pluriétnicidade recepcionada pela Constituição da República.

O que constitui “situação de risco” aos olhos da sociedade envolvente pode não o ser segundo a visão das comunidades indígenas, sendo indispensável levar ao conhecimento do julgador alguns aspectos do relativismo cultural que envolve a questão indígena, em detrimento da

ótica universalista, sob o pálio do inciso I do § 6º do art. 28 do ECA, como faceta do direito à convivência familiar e comunitária, prescrito no art. 227 da Constituição. Com efeito, no âmbito das 305 etnias indígenas identificadas no Brasil (FUNAI, 2017), é comum, por exemplo, que as crianças exerçam um papel central nas respectivas comunidades, sendo consideradas como seres muito bem definidos e individualizados, com um poder de autodeterminação individual consideravelmente mais hipertrofiado do que aquele deferido às crianças que crescem no seio da sociedade envolvente, em que são consideradas praticamente como extensão dos pais. Nessa medida, é corriqueiro que nas comunidades indígenas predomine uma política de orientação em relação às crianças, em contraposição ao conceito de autoridade parental acolhido pela sociedade envolvente, muito embora cada uma das centenas de etnias conhecidas possa apresentar identidades completamente distintas.

Entretanto, é possível que a situação de risco realmente subsista, seja sob a ótica da comunidade indígena, seja segundo as concepções da sociedade envolvente, mormente tendo em conta que os direitos à organização social, aos costumes e às tradições aborígenes devem ser ponderados com os direitos individuais à vida, à saúde e à integridade física dos menores, cuja análise depende de acuradíssima avaliação do procurador federal oficiante, que deve se apoiar nas conclusões da equipe técnica da Funai, com o objetivo de tomar a decisão mais adequada sobre o caminho a trilhar no processo.

Nesse aspecto, importa esclarecer ao juiz e à equipe multidisciplinar, incumbida de buscar e identificar os membros da família extensa ou ampliada capazes de assumir as responsabilidades legais sobre o menor submetido à situação de risco, justamente o conceito de família estendida, à vista da etnia assistida pelo Estado no caso concreto, em respeito ao princípio da prevalência da família. É que a conceituação de família extensa nas etnias indígenas tende a destoar substancialmente do conceito análogo na sociedade envolvente, basicamente definido no parágrafo único do art. 25 da Lei n.º 8.069/90, porquanto a consanguinidade pode não ser um fator determinante para a posição de um menor na estrutura da organização social da comunidade, por exemplo.

Além disso, nos casos de esgotamento infrutífero das buscas de integrantes aptos da família estendida, somado à comprovada impossibilidade de reintegração familiar, incumbe à Procuradoria Federal velar pela observância do art. 28, § 6º, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive interpondo os recursos disponíveis para tanto. Com efeito, a legitimidade recursal da fundação indigenista, na qualidade de terceiro interveniente, provém não só da sua condição de sujeito da

relação jurídica processual, já que o terceiro adquire a posição de parte após ingressar nela (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 321; NEVES, 2017, p. 1609), mas da própria teleologia da norma jurídica que obriga sua intervenção, enfocada, essencialmente, no desenvolvimento da tarefa de fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais dos indígenas. A lei criou uma presunção legal absoluta de interesse jurídico da Funai na intervenção, originada da competência pública da entidade de garantir o cumprimento da política indigenista, havendo sucumbência justificante do interesse de recorrer sempre que a Procuradoria Federal identificar alguma violação aos direitos sujeitos à proteção especial.

Nessa toada, a adoção do infante por membros da sua comunidade ou por integrantes da mesma etnia pode se revelar uma alternativa diante do caso concreto. São situações em que a regra especial prescrita pelo inciso II do § 6º do art. 28 do ECA, deve prevalecer sobre a regra geral do art. 50, § 13, do mesmo estatuto, introduzido pela Lei n.º 12.010/09, que prescreveu a proibição *prima facie* da adoção *intuitu personae* (ou *dirigida*). A obrigação de obediência à ordem do cadastro de pretendentes à adoção apenas exsurge nas hipóteses em que há mais de um candidato na mesma situação, pertencentes à mesma comunidade indígena ou etnia. Caso haja apenas um aspirante, não amoldável a quaisquer das hipóteses de incidência da regra matriz do § 13 do art. 50 do ECA, a norma especial deve prevalecer.

Entrementes, nos casos de adoção das medidas protetivas de acolhimento institucional nas entidades de atendimento ou de inclusão dos menores indígenas em programas de acolhimento familiar (art. 101, incisos VII e VIII, do ECA), mantém-se a obrigatoriedade da intervenção da Funai, eis que tais medidas devem ser marcadas pela provisoriedade e excepcionalidade, “utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta [...]”, nos termos do art. 101, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante disso, se um dos princípios norteadores dos acolhimentos institucional ou familiar é justamente a reintegração familiar ou a excepcional colocação do menor em família substituta, obviamente que a Funai deve intervir nos casos que envolvam crianças ou adolescentes indígenas, e não apenas nos processos destinados a tratar da colocação em família substituta propriamente dita. Em última análise, a intervenção da Funai deve se dar em qualquer processo judicial que envolva a colocação de menor indígena em família substituta, ainda que ele não se encontre em situação de risco, assim como em qualquer processo judicial que abarque a hipótese de situação de risco, mesmo que a colocação em família substituta não seja inicialmente aventada, eis que são casos em que há potencialidade

da inserção do menor indígena em entidade familiar substituta, conjectura em que a intervenção da Funai se mostra obrigatória.

Destarte, comunicar-se com o juízo e com a rede de proteção local, essencialmente composta pelo Conselho Tutelar, significa informá-los dos aspectos sócio-organizacionais das comunidades indígenas atendidas, a fim de contextualizar a situação dos menores submetidos ao acompanhamento do Estado, sobretudo nos locais do País em que, infelizmente, ainda predomina o ódio da maioria da população não-indígena em relação aos povos originários, que acomete inclusive os órgãos estatais, tais como o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Conselho Tutelar, tristemente vivenciado por aqueles que atuam na defesa das minorias e que acaba contribuindo para a perpetuação de concepções anacrônicas de hierarquia cultural, que já deveriam ter sido superadas pelos operadores do sistema jurídico positivo, exatamente os principais destinatários do dever de concretizar a Constituição da República de 1988.

3 A COLOCAÇÃO DO MENOR INDÍGENA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA NÃO INDÍGENA

Diversas razões podem conduzir à absoluta impossibilidade da reintegração familiar ou da colocação da criança ou adolescente indígena em família substituta da comunidade a que pertence, caso em que a única alternativa pode ser a inserção do infante em família substituta não-indígena, contanto que a medida se coadune com o princípio do interesse superior do menor, mandamento nuclear do sistema de proteção das crianças e dos adolescentes.

Nessas situações, a adoção ganha destaque em função do caráter de definitividade do instituto, o que revela sua excepcionalidade e a exigência de máxima atenção e prudência do membro da Procuradoria Federal, notadamente diante das práticas ultrajantes eleitas no passado em relação aos povos indígenas, inclusive na qualidade de políticas oficiais do Estado, e que ainda se mantêm vivas na intersubjetividade popular.

Não são desconhecidas as políticas etnocidas de integração que outrora incentivaram a adoção de crianças indígenas por “famílias brancas”, visando o “processo de civilização dos gentios”, assim como as ondas de evangelização que evoluíram e continuam a evoluir desde os tempos da chegada dos portugueses, destinadas à “conversão dos gentios à fé cristã” (KAYSER, 2010, p. 120-134), sob uma perspectiva de inferiorização dos povos indígenas em face da sociedade envolvente, ou silvícolas, como eram pejorativamente denominados.

Nesses casos, a perícia antropológica, que nem sempre se mostra necessária nas hipóteses em que a resolução das problemáticas não

extrapolam as comunidades indígenas, ganha caráter de indispensabilidade, sem prejuízo das demais condicionantes próprias do regramento a ser seguido em qualquer adoção. Caberá ao antropólogo, na condição de perito do juízo, estudar o caso e concluir sobre os impactos da medida na vida do menor, no seu sentido mais amplo.

Destaque-se que o inciso III do § 6º do art. 28 da Lei n.º 8.069/90, contempla três fatos processuais distintos: (i) a intervenção da Funai, por intermédio da Procuradoria Federal; (ii) a oitiva de servidores do ente federal, oralmente e mediante a apresentação de relatórios circunstanciados; e (iii) a participação de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Mostra-se equivocado o entendimento que atribui à Funai a responsabilidade pela realização da perícia antropológica, pois a participação de antropólogos deve ser dissociada da intervenção da entidade indigenista e deve se dar “perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar”. Isso se confirma pelo enunciado nos artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que contemplam tais equipes como serviços auxiliares da Justiça da Infância e da Juventude, impondo-se ao Poder Judiciário o dever de prever recursos para sua manutenção, na oportunidade de elaboração da respectiva proposta orçamentária:

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Não obstante, o § 2º do art. 157 da Lei n.º 8.069/90, impõe a obrigatoriedade de intervenção da Funai na fase instrutória dos processos relativos às ações de destituição do poder familiar de pais oriundos de comunidades indígenas, sem prejuízo do disposto no § 6º do art. 28 da mesma lei, o que reafirma a dissociação entre a entidade federal interveniente e o antropólogo, claramente um auxiliar da Justiça, nos moldes do art. 149 do Código de Processo Civil, conclusão reafirmada pelo disposto no parágrafo único do art. 151 do ECA, incluído pela Lei n.º 13.509/17.

Além disso, não basta a subsistência de todas as circunstâncias fáticas favoráveis à adoção pela família substituta não indígena, sobretudo as conclusões do laudo antropológico, pois os pretendentes devem se submeter às orientações da Funai e da equipe multidisciplinar – que deverá contar com a participação de antropólogos – sobre os aspectos socioculturais do menor, comprometendo-se a dispensar o máximo respeito à sua origem étnica e a viabilizar sua convivência comunitária junto à respectiva etnia, sem olvidar o livre direito de escolha do adotando.

Deve-se compreender que a Constituição confere ao indígena o direito de ser indígena, o direito à diferença, e isso é intrínseco ao indígena como ser humano. A sua minoridade jamais pode ser objeto de políticas arbitrárias implementadas pelo Estado, sob o fundamento do interesse superior da criança ou do adolescente, eis que apenas o indivíduo pode manifestar seu sentimento de pertencimento a um determinado grupo, somente ele pode decidir sobre essa situação jurídica existencial.

Os adotantes jamais podem deliberar sobre a ruptura do vínculo do adotando com a sua origem étnica. Necessitam compreender as precisas lições do antropólogo Darcy Ribeiro, inobstante às ligeiras evoluções operadas pela antropologia contemporânea:

O índio é irreduzível em sua identificação étnica, tal como ocorre com o cigano ou com o judeu. Mais perseguição só os afunda mais convictamente dentro de si mesmos. Tal não conseguem os serviços oficiais de proteção, geralmente entregues a missionários, e também não conseguem esses últimos. Povos há, como os Bororo, por exemplo, com mais de século e meio de vida catequética, que permanecem Bororo, pouco alterados pela ação missionária; ou os Guarani, com mais de quatro séculos de contato e dominação. (2006, p. 131)

Essas premissas tornam repugnantes as contestações da indigenidade dos povos originários que participam do cotidiano da sociedade envolvente, valendo-se de tecnologias modernas; exercendo profissões formalmente reconhecidas, como operários, médicos, professores e advogados; ou estudando em universidades. São fatos que não tornam o índio menos índio e também não eliminam a flagrante desigualdade material, no ponto de partida, em relação à sociedade envolvente, do mesmo modo que, como costumam dizer algumas lideranças indígenas experimentadas, a utilização de carros pelos europeus e seus descendentes, em vez de caravelas, não elimina o que eles são. Trata-se de concepção anos-luz além da ideia do indígena como selvagem; é o próprio antagonismo dela.

4 CONCLUSÃO

As alterações promovidas no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n.º 12.010/09 decorreram da vontade de Constituição do Poder Legislativo, que logrou êxito em realizar parcela significativa da pretensão de eficácia do Texto Maior, dando-lhe força normativa em relação aos direitos fundamentais dos indígenas.

Nessa esteira, sobressai a intervenção da Funai nos processos concernentes aos menores indígenas em situação de risco, representada pela Procuradoria-Geral Federal, a fim de promover a ampliação da dialeticidade processual, esclarecendo-se ao julgador a dinâmica da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições da etnia a que pertence a criança ou o adolescente, e fiscalizando-se esse direito de ser diferente, em detrimento da ultrapassada política da integração adotada pelas constituições anteriores.

A singeleza da redação do art. 28, § 6º, inciso III, do ECA, oculta sua real dimensão, eis que as hipóteses de intervenção da Funai acabam extrapolando os casos de colocação *stricto sensu* de menores indígenas em família substituta, tendo em conta a potencialidade de lesão aos direitos dos povos originários.

Revela-se, enfim, uma atuação singular dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, fundada no papel de promoção da pluralidade e na defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo respeito “implica o reconhecimento de todos os homens ou de todas as nações como entidades, como construtores de mundos ou coautores de um mundo comum” (ARENDDT, 2012, p. 608).

No entanto, evidencia-se que a atuação isolada dos procuradores federais nos processos judiciais pertinentes é insuficiente para a total concretização da Constituição da República, no que tange aos direitos fundamentais dos menores indígenas. É preciso ir além: é preciso combater o racismo institucional que ainda marca forte presença em diversos órgãos estatais, mormente no âmbito de alguns estados da Federação, pois sem a mudança da postura de muitos dos inúmeros agentes públicos envolvidos na questão indígena, como juízes, promotores de justiça, defensores públicos e conselheiros tutelares, não será possível atingirmos o grau máximo de realização da Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. *Índios no Brasil: quem são*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Conflito de Competência n.º 219/DF*. Relator: ministro Bueno de Souza. Brasília, 13 de setembro de 1989.

_____. *Recurso Especial n.º 1.566.808/MS*. Relator: ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 19 de setembro de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A FORMAÇÃO DO ESTADO NACIONAL BRASILEIRO E A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA NO CEARÁ

*THE FORMATION OF THE BRAZILIAN NACIONAL STATE
AND THE INDIGENOUS LEGISLATION IN CEARÁ*

João Paulo Peixoto Costa

Doutor em História Social pela UNICAMP com a tese “Na lei e na guerra: políticas indígenas e indigenistas no Ceará (1798-1845)”. Professor do Instituto Federal do Piauí, campus Uruçuí

SUMÁRIO: Introdução; 1 Legislação indigenista no 1º Reinado; 2 O debate indigenista no Ceará; 3 A exclusão dos índios dos espaços políticos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO O objetivo deste artigo é analisar o contexto legal do período de formação do Estado nacional brasileiro, quando as diretrizes pombalinas continuaram extraoficialmente no Ceará após 1822. Será analisado o enquadramento dos índios como cidadãos do império do Brasil, ao mesmo tempo em que se viram despossuídos de diversos benefícios. Prioriza-se o conjunto legal produzido ao longo desse período – tanto ao nível do legislativo cearense quanto do império do Brasil – e sua relação com o acúmulo de poder dos proprietários rurais, que os possibilitou ter cada vez mais acesso a cargos políticos locais e tendo como consequência a gradativa extinção de antigas garantias indígenas.

PALAVRAS-CHAVE: Índios. Legislação Indigenista. Constituição. Cidadania. Liberalismo. Ceará.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the legal context of Brazilian's national state period of formation, when the "pombalina" guidelines continued unofficially in Ceará even after 1822. It will be analyzed the framing of the Indians as citizens of the empire of Brazil, at the same time they were dispossessed benefits. The legal set produced during this period - both at the level of the Ceará legislature and the Brazilian empire - is prioritized, as well as its relation to the accumulation of power of the rural landowners, which enabled them to have more and more access to local political positions and as a consequence, the gradual extinction of old indigenous guarantees.

KEYWORDS: Indians. Indigenist Legislation. Constitution. Citizenship. Liberalism. Ceará.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar o contexto legal do período de formação do Estado nacional brasileiro, quando as diretrizes pombalinas continuaram extraoficialmente no Ceará após 1822. Tal conjuntura do pós-independência foi marcada por situações bastante negativas para as comunidades indígenas, especialmente no período regencial, quando as políticas indigenistas do novo país objetivavam a extinção do *status* jurídico específico e das proteções, frutos também do liberalismo e da individualização de suas terras. A maior parte das fontes aqui utilizadas é composta pela malha legal indigenista produzida no período. Aliada aos registros que tratam dos debates entre gestores, legisladores e lideranças indígenas, compõe as fontes que possibilitam a análise das transformações da condição política dos povos indígenas no Ceará.

A importância em refletirmos sobre a legislação indígena no pós-independência reside tanto no fato de ser fundamental para o entendimento de temas ainda pouco abordados na historiografia, como a permanência do Diretório dos Índios em algumas regiões do Brasil oitocentista, quanto na compreensão da ação do Estado brasileiro (BARBOSA, 2009, p. 31) em um contexto de liberalismo conservador, de consolidação da autoridade de poderosos locais e de aprofundamento da exclusão de diversos grupos subalternos dos espaços políticos. Como embasamento teórico, são imprescindíveis as reflexões de Elias Palti (2010) Carlos Garriga e Andrea Slemian (2013), que entendem a presença de diretrizes coloniais nos Estados americanos independentes não como simples herança, mas como operacionalizações de normativas do Antigo Regime em contextos liberais.

Será analisado o enquadramento dos índios como cidadãos do império do Brasil, ao mesmo tempo em que se viram despossuídos de diversos benefícios. Prioriza-se o conjunto legal produzido ao longo desse período – tanto ao nível do legislativo cearense quando do império do Brasil – e sua relação com o acúmulo de poder dos proprietários rurais, que os possibilitou ter cada vez mais acesso a cargos políticos locais e tendo como consequência a gradativa extinção de antigas garantias indígenas.

Apesar da riqueza da historiografia que busca reescrever a história dos processos que levaram à emancipação política brasileira, há muito que avançar, principalmente quando o objetivo de análise é o seu desenrolar em outras regiões da antiga colônia lusitana que não sejam a capital. De acordo com João Paulo Pimenta, “a independência do Brasil nos é ainda praticamente desconhecida em muitas partes”, como, por exemplo, no Ceará (2008, p. 90). Nesse caso, como notam Almir Oliveira e Keile

Felix, percebe-se o quanto a capitania foi marcada pela falta de consensos e como os grupos locais tomavam por base o debate nacional, buscando legitimações a partir da defesa de projetos políticos próprios (OLIVEIRA, 2009. p. 20-21. FELIX, 2010. p. 15). A construção do novo Estado e da nacionalidade brasileira foi atravessada por intensas disputas de poder e marcada por diferentes projetos para o Brasil em conflito, com reflexos diretos na legislação que se formava no nascente país.

Relacionada a acontecimentos internacionais e às novas ideias defensoras dos conceitos de autonomia, liberdade e cidadania, a independência do Brasil trouxe consigo polêmicas que extrapolaram o âmbito das discussões políticas e legais e atingiram de forma intensa o cotidiano dos setores sociais subalternos. Para Gladys Ribeiro, o “ser livre” era pensado pelas classes dominantes a partir do direito à propriedade. Ou seja, nesta “igualdade da liberdade [...] obviamente todos excluía[m] os escravos e [negros] libertos dos direitos de cidadãos” (RIBEIRO, 2002, p. 29-30). Em relação à população indígena, o debate político à época girava em torno do estatuto legal desses indivíduos e do lugar que ocupavam – ou deveriam ocupar – no quadro social brasileiro: se na legislação colonial portuguesa os índios, enquanto aliados, eram súditos do rei luso, agora também seriam do monarca brasileiro? A cidadania os alcançaria?

Mary Karasch observa que, em Goiás no início dos oitocentos, os “paternalistas governadores portugueses perderam sua influência sobre a política indigenista, que foi sendo assumida por goianos” (1992, p. 401), ou seja, pelos potentados locais da região. A tendência deve ter se repetido em todo o Brasil, com a ocupação dos cargos de governo pelos poderosos locais, além da continuidade da característica da política indigenista joanina de integrar uma série de práticas diferenciadas, a partir das distintas situações no país. A própria condição das províncias, enquanto unidades autônomas, era perceptível nas falas dos deputados presentes nos trabalhos da Constituinte em Lisboa, formando “um conjunto disperso” como peças do mosaico brasileiro, que apenas com o tempo cediam lugar à ideia de um país unificado (JANCSÓ; PIMENTA, 2000. p. 431-432). Separadas entre si em relação ao ainda disforme sentimento de unidade nacional, os poderes nas províncias amalgamavam aspectos, interesses e desafios particulares às suas elites, inclusive sobre as ações voltadas para os índios.

Como observa Kenneth Maxwell, a independência brasileira foi constituída por uma “sociedade de colonos que se implantou no Novo Mundo”, miscigenada, mas marcada pela tradição do Antigo Regime, na qual os brancos assumiram majoritariamente as posições governativas e excluía[m] índios, negros e mestiços dos lugares de poder (2000, p. 181-182). Ainda segundo Maxwell, a “base social predisposta a enfrentar

mudanças radicais era mais forte em Portugal, na década de 1820, do que no Brasil” (Ibid., p. 189). As mudanças empreendidas, portanto, se deram a partir das conveniências dessa mesma elite político-econômica, como as que levaram, por exemplo, à progressiva deterioração das garantias dadas aos povos indígenas pelos reis portugueses.

A conjuntura legal desses primeiros anos de independência, entretanto, não pode ser simplesmente caracterizada enquanto um “paradoxo”, quando se buscava “modernizar o país e preservar, em nome da estabilidade do império, estruturas arcaicas”, como faz Ivone Barbosa (2009.p. 34). Como explicam Carlos Garriga e Andrea Slemian, os mecanismos jurídicos tradicionais não foram simplesmente herdados após a crise do Antigo Regime, tratando-se, antes, de uma “ação para sua reprodução” (2013. p. 220).¹ Nesse sentido, a presença de leis no Brasil anteriores à separação de Portugal não representavam continuidades uniformes. Tais leis passaram a ser operacionalizadas pelas elites políticas do país com objetivos específicos em um novo contexto, ainda que, como destaca Elías Palti, o “emaranhado corporativo do Antigo Regime” tenha permanecido após as independências na América (2010. p. 22).

A própria vigência do Diretório dos Índios² em muitas províncias – como a do Ceará – foi exemplo da operação de práticas coloniais a despeito da formação nacional, como aspecto característico do arcabouço legal do Primeiro Reinado, segundo Fernanda Sposito. É questionável, por outro lado, se realmente havia uma “necessidade de se resolver o problema através de uma política geral”, já que, além da infrutífera Comissão de Catequese, Colonização e Civilização dos Índios da Assembleia Constituinte de 1823 e do Plano Geral de Civilização dos Índios de 1826, poucas propostas de grande porte legislativo de âmbito nacional apareceram até 1845 (2012. p. 111). A falta de uma “resolução imediata para o problema das populações autóctones” foi devida não só aos “inúmeros conflitos e embates políticos próprios à construção do Estado” (Ibid., p. 71-72), mas também à já citada característica desse período de permanência de aspectos próprios do Antigo Regime.

1 Os autores vão bem além de proposições como a de José Reinaldo de Lima Lopes, segundo o qual a transição do direito colonial para o nacional fosse “um misto bastante particular de ruptura e continuidade”. Para ele, “a revolução da independência é mesclada, portanto, com a sobrevivência do Antigo Regime” (LOPES, 2003. p. 200-201).

2 Promulgado inicialmente para o Grão-Pará em 1757 e estendido ao resto do Brasil no ano seguinte, o Diretório visava regulamentar as leis de liberdade de 1755, fazendo dos índios uma importante ferramenta de povoamento e exploração de terras não desbravadas na colônia, sem restringir seu emprego como mão-de-obra para os colonos e o Estado. Dentre as medidas mais marcantes estavam a elevação das antigas aldeias religiosas a vilas, a criação de cargos de câmara ocupados pelos próprios índios, a obrigatoriedade da execução de trabalhos de aluguel em lavouras próprias e na de particulares e a presença do diretor, principal representante do poder temporal da Coroa e responsável pela distribuição dos trabalhadores (Diretório, 1758).

1 LEGISLAÇÃO INDIGENISTA NO 1º REINADO

Segundo Maria Regina de Almeida, após os anos 1820 a questão indígena “se tornou competência das Assembleias Legislativas Provinciais, tendo prevalecido os interesses das oligarquias locais” (2012, p. 29), situação que perdurou até 1845. Contudo, a primeira determinação legal indigenista do império brasileiro foi a decisão do Conselho de Estado tomada durante a sessão n.º 16 de 23 de setembro de 1822, por meio da qual o imperador e demais conselheiros e ministros de Estado ordenaram que “se mandasse extinguir a Diretoria dos índios e se lhes avivasse a execução das leis de abril de 1755 – e 6 de julho do dito ano que instaura a de 1º de abril de 1680, e 10 de novembro de 1647”.³ Como aponta Patrícia Sampaio, a determinação surpreendentemente não é mencionada pela historiografia (2009, p. 183). Uma explicação possível é, primeiramente, o fato de que algumas províncias, ignorando a sessão do Conselho que confirmava a liberdade não tutelada dos índios, continuaram aplicando a lei pombalina por pelo menos uma década, como foi o caso do Ceará. Em segundo lugar, o Conselho foi extinto no ano seguinte, reforçando a tendência de descentralização na política indigenista imperial indicada por Almeida. A decisão, portanto, não teve consequências significativas, e nos anos que se seguiram não chegou sequer a ser mencionada pelo legislativo cearense.

O marco inicial dessa conjuntura foi a lei da Assembleia Geral Constituinte (que substituiu o Conselho de Estado) de 20 de outubro de 1823, ao dar “nova forma aos governos das províncias, criando para cada uma delas um presidente e conselho”. Em seu artigo 24, §9, previa que seriam tratados pelo “presidente em conselho todos os objetos que demand[assem] exame e juízo administrativo”, como “promover as missões e catequese dos índios”.⁴ Manuela Carneiro da Cunha aponta que o projeto constitucional da Assembleia apenas se “contentou com declarar a competência das províncias para promoverem missões e catequese”. Indica que, nos anos seguintes, os governos provinciais legislaram por conta própria sobre a questão indígena de seus territórios, por se ressentirem da “ausência de diretrizes gerais sobre a política indigenista”, caracterizando o que ela denomina de vácuo legal e que explicaria o reestabelecimento do Diretório no Ceará em 1843 (CUNHA, 1992. p. 10-11).

3 Sessão n.º 16 do Conselho de Estado do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1822 (ATA, 1973, p. 53).

4 Lei de 20 de outubro de 1823 (Coleção, 1887, parte I, p. 13).

Não é possível caracterizar como «vazio legislativo»⁵ um período composto de um emaranhado de leis sobre os índios apenas pela inexistência de uma que fosse direcionada exclusivamente para esta questão e aplicada em todo Brasil. Também é de se questionar se as tentativas de gerar um grande plano de civilização dos índios são realmente indícios de que todas as províncias se ressentiram da “ausência de diretrizes gerais”, já que bem maior era a vontade de autonomia na condução de suas decisões, especialmente no trato com a população indígena, cujas características demográficas, sociais e econômicas eram bastante variadas. Além disso, ainda que só relegasse uma pequena parte para mencionar as “missões e catequeses” aos nativos, a lei de 20 de outubro de 1823 não deixava de ser uma lei geral.

Sua vigência, contudo, também não durou muito. O golpe impetrado por dom Pedro I em março de 1824, segundo Fernanda Sposito, foi uma demonstração da ameaça que sentia das expressões políticas à época, contempladas com as leis promulgadas pela dissolvida Assembleia Geral Constituinte. Apresentando um novo texto constitucional, o imperador “concentrou em si o poder de legislar” (SPOSITO, 2012. p. 71), buscando minar a descentralização política e a autonomia das províncias. Como bem observa Cunha, a “Carta outorgada de 1824, nossa primeira Constituição, sequer menciona os índios” (1992. p. 10). Mas mesmo que nela “não tenha constado uma única linha que se referisse às populações autóctones”, Sposito lembra que diversos “projetos, ideias, intenções e estratégias com relação a esses povos faziam parte da realidade daquele território que se pleiteava agora como nacional” (2012. p. 72). A fragmentada legislação indigenista, portanto, não foi pobre, como afirma Julio Gómez, pela inexistência de determinações comuns para todo império, justamente por estar pulverizada em várias instâncias legisladoras (2009. p. 275). No caso cearense, por exemplo, é impossível falar em vácuo até a década de 1830, quando o Diretório ficou em vigor.

Apesar de dissolvida a Assembleia e imposta uma Constituição centralizadora em 1824, diversos aspectos do sistema jurídico anterior permaneceram. Continuou a tendência das províncias de legislar a questão

5 Manuela Carneiro da Cunha caracterizou de “vazio legislativo” o período entre 1798 e 1845 (quando se criou o Regulamento das Missões), por não ter havido neste intervalo uma lei geral para regular a política indigenista no Brasil. Segundo ela, a legislação “do século XIX, sobretudo até 1845, é flutuante, pontual, e como era de se esperar, em larga medida subsidiária de política de terras”. Com a revogação do Diretório, criou-se, segundo ela, “um vazio que não seria preenchido”; sua anulação só ocorreu “por falta de diretrizes que o substituíssem” e, mesmo assim, “parece ter ficado oficiosamente em vigor. No Ceará [...] permanece [como] um parâmetro de referência” (CUNHA, 1992, p. 9).

indígena por conta própria e executar políticas particulares,⁶ assim como o costume de se interpretar distintamente a lei: ainda que não mencionasse nominalmente os índios, o §1º do artigo 6º da Constituição considerava como cidadãos brasileiros “os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação” (BRASIL, 1824).

Manuela Carneiro da Cunha, Andreia Slemian e Fernanda Sposito, trabalhando com as discussões da Assembleia Constituinte e com o texto constitucional de 1824, concluíram que os índios estariam excluídos das categorias de cidadãos e brasileiros (CUNHA, 1987. p. 63. SLEMIAN, 2005, p. 843. SPOSITO, 2012). Mas, como observa André Roberto Machado, a supressão dizia respeito apenas àqueles que viviam nas florestas, “fora do convívio dos ditos ‘civilizados’”. E a respeito dos que “conviviam com os brancos, mas continuavam a ser considerados como índios”, se havia alguma indefinição durante a Constituinte, a situação passou a ficar mais clara após a promulgação da Carta Magna (MACHADO, 2015, p. 439-440). Ao contrário do que afirmam Cunha, Slemian e Sposito, os índios, a rigor, especialmente os nativos das vilas, eram cidadãos brasileiros, subordinados aos mesmos direitos e deveres como qualquer outro. As formas como o §1º do artigo 6º da Constituição era interpretado pelas comunidades indígenas, pelos legisladores provinciais e até pelo próprio imperador, como mostra Vânia Moreira (2011. p. 11-12), foram variadas, especialmente em situações quando era preciso definir a permanência ou não de certas garantias coletivas.

A nova nação que se constituía, liderada majoritariamente por brancos descendentes da antiga elite colonial, “deliberadamente rejeitava identificar-se com o todo corpo social do país, e dotou-se para tanto de um Estado para manter sob controle o inimigo interno”. Além dos escravos, que causavam temor pelas notícias de Santo Domingo como bem apontam Jacsó e Pimenta (2000. p. 440), os índios também eram inimigos em potencial, cuja conexão já havia sido feita pelo bispo José Joaquim de Azeredo Coutinho no início do século.⁷ O estabelecimento das cidadanias ativa e passiva, que dividia aqueles que tinham ou não direito de voto e acesso à burocracia do Estado, dificultava ainda mais que as paupérrimas comunidades indígenas participassem de decisões e ocupassem cargos

6 A exemplo do “Regulamento para civilização dos índios botocudos das margens do rio Doce”, vigente no Espírito Santo de 1824 a 1845 (MARINATO, 2007. p. 72-79).

7 “Aqueles índios [não-aldeados habitantes da fronteira entre Ceará e Pernambuco], ainda que poucos em número, [...] conservando-se na sua rebelião entre serras e brenhas incultas, seriam de terríveis consequências para o Estado [...]; os negros da ilha de Santo Domingo acabam de dar ao mundo um exemplo terrível destas surpresas: aqueles índios seriam o ponto de ajuntamento e apoio dos negros fugidos, e ainda dos brancos descontentes, se eles existissem por muito tempo em sua rebelião” (CARTA, 1897. p. 124-128).

políticos. A tomada de poder cada vez maior dos potentados provinciais fez com que os índios, de maneira geral, fossem vistos como incapazes e pouco civilizados, intensificando sua subordinação como mão-de-obra.

2 O DEBATE INDIGENISTA NO CEARÁ

Exemplos de tal postura foram as resposta dos poderes legislativo e executivo do Ceará à ordem do ministério do império, de julho de 1826, para que várias províncias remetessem informações suficientes à montagem do Plano Geral de Civilização dos Índios.⁸ O Conselho de Governo cearense, atendendo ao que foi exigido pelo presidente Antônio de Sales Nunes Barford, apresentou um parecer acerca das causas “que tem baldado os esforços feitos para sua civilização”. Segundo os conselheiros, o insucesso das “sábias leis deste império” com os nativos não se deu por conta da ação de governadores e diretores. A razão estava na “conduta dos costumes gentílicos dos seus pais”, o que tornava “muito difícil poderem eles tomar a boa disciplina de seus mestres e capelães, os exemplos dos homens brancos, cristãos verdadeiros e amigos da sociedade e bem público” (ou seja, os próprios conselheiros). O melhor meio para se conseguir a civilização dos indígenas, portanto, seria

a dispersão geral da aldeação deles, queremos dizer, suspender o Diretório, ficando os mesmos índios sujeitos à política como os demais cidadãos do Império, por isso mesmo que se unindo em parentesco por afinidade franca, e livremente com quem lhe aprouver, por isso mesmo que tratando e sociando[*sic*] com os mais mudarão de conduta, como a experiência tem mostrado com aqueles que, apartados da aldeia são mui diferentes do que eram: uteis a si e à sociedade, principalmente caindo sobre si o rigor da polícia, que tanto temem e respeitam.

Os conselheiros acreditavam ter sido justa a concessão em outros tempos de suas terras sem a obrigação de pagamento. Mas, com a sugestão da dispersão, as mesmas passariam ao domínio das câmaras municipais, podendo aforá-las “a quem quiser ser útil à província pela sua cultura, não ficando, deste modo, incultas, como tem sucedido no poder dos índios, que nem cultivavam todas nem deixavam os extranaturais cultivar”.⁹

8 De José Feliciano Fernandes Pinheiro a Antônio de Sales Nunes Barford. Rio de Janeiro, 3 de julho de 1826. Arquivo Público do Estado do Ceará (APEC), fundo Ministérios (MN), Ministério do Império (MI), livro 89.

9 Parecer do Conselho de Governo da Província do Ceará, 22 de setembro de 1826 (DOCUMENTOS, 1963. p. 323-324).

O presidente Barford emitiu sua resposta em novembro. Segundo ele, os indígenas apresentavam uma “índole inteiramente má” por serem “propensos à ociosidade, e, por conseguinte, necessitados de furtar para poder subsistir”, de forma semelhante ao que expusera o Conselho de Governo. Trabalhavam apenas em “alguma pesca e em alguma lavoura, à que mostram grande aversão, e em que aliás poderiam ser muito úteis”. Apresentariam costumes “inteiramente grosseiros” pela “pequena civilização” que adquiriram “debaixo dos diretórios [ou seja, nas vilas]”, agravada pelas “perturbações das continuadas revoltas desde 1821, e já pelo desastroso e completo transtorno que tem causado a fome e a peste de 1824”. De tão reduzidos à época em quantidade demográfica, sugeria serem suficientes as povoações de Soure, Almofala e Vila Viçosa para agregá-los por serem próprias para a agricultura. A primeira tinha como vantagem sua “proximidade à capital”, onde os índios poderiam “ser empregados utilmente e debaixo das vistas do governo”. Para o presidente, os esforços para a civilização dos índios fracassaram pela

imperfeição dos regulamentos e instruções dadas para os diretores, [...] que até pela pequenez de seus ordenados nunca cuidaram de cumprir à risca com os deveres de um diretor, e pelo conseguinte ou se ocuparam inteiramente de seus negócios com inteira abstração de um emprego, que lhes não dava para subsistência, ou se aproveitaram do trabalho dos índios, reduzindo-os aos seus escravos e sem os tratar com aquela brandura e caridade com que deveriam tratar homens livres e necessitados de educação.

Caso os índios fossem reunidos nos “aldeamentos” liderados por diretores probos, instruídos e que ganhassem o suficiente, poderiam ser muito úteis para “diminuir-se nesta província a necessidade da população escrava”.¹⁰ Inúteis em si mesmo, os índios eram potencialmente vantajosos, como diz Izabel Mattos (2002, p. 115).

A conclusão da análise de Barford seguiu caminho diferente ao que fora sugerido pelo Conselho de Governo. Como parte da elite fundiária do Ceará, os conselheiros isentaram de qualquer culpa aqueles que até então haviam trabalhado na administração dos índios, muitos deles membros dos potentados ambiciosos pelo trabalho e as terras indígenas. Através dos argumentos de uma natural incapacidade e inutilidade, os membros do legislativo cearense buscaram, na primeira oportunidade que tiveram logo após a independência do Brasil, acabar com o estatuto diferenciado

10 De Antônio de Sales Nunes Barford a José Feliciano Francisco Ribeiro. Fortaleza, 3 de novembro de 1826 (NAUD, 1971, p. 306).

dos índios. Submetendo-os à igualdade com os demais habitantes do país, por meio da cidadania, poderiam utilizar “mecanismos de controle [como a polícia] para limitar suas ações e, mormente, explorar sua força de trabalho” – como coloca Maico Xavier sobre o parecer do Conselho (2015, p. 109) – e tomar posse definitivamente de suas terras e dos cargos municipais em suas vilas. Para este intento, a abolição do Diretório era peça chave.

Barford compartilhava com os conselheiros a opinião de que havia nos indígenas uma natural repulsa ao trabalho, que os tornava inúteis diante do Estado, mesmo com as várias ações empreendidas pelos próprios nativos para garantir suas terras e proteger suas lavouras contra a ganância dos proprietários. Durante os conflitos da época da independência, confirmam-se as duras consequências sofridas pelas comunidades (COSTA, 2016).

Por outro lado, na visão do presidente, a culpa do “fracasso civilizatório” era dos diretores, ainda que a eles se somassem os efeitos devastadores da seca e das revoltas de 1821. Como sugere Barford, o próprio Diretório era imperfeito nas instruções dadas a eles e no insuficiente ordenado que estabeleciam para seu sustento. Admitiu a quase escravidão em que viviam esses “homens livres”, mas justamente por necessitarem de educação, ainda devessem se submeter ao trabalho, tanto para sua civilização quanto para uma economia pobre e carente de mão-de-obra escrava como a do Ceará. Apesar de criticar os “regulamentos e instruções” direcionados aos diretores, as opiniões e quase inconclusivas sugestões dadas pelo presidente em suas informações defendiam a diretriz pombalina. Tanto na lei quanto no texto de Barford os índios eram livres, mas, incivilizados, e precisavam, portanto, de pessoas competentes que os instruissem e obrigassem a trabalhar, educando-os e dinamizando o comércio na região. Além disso, a defesa da manutenção do Diretório, ainda que colocasse suas imperfeições, pode ter sido uma tentativa de frear a ambição dos potentados representados no Conselho de Governo, cujas consequências nefastas aos índios já eram bem previsíveis.

3 A EXCLUSÃO DOS ÍNDIOS DOS ESPAÇOS POLÍTICOS

De fato, a lei pombalina não foi abolida no mandato de Barford e, mesmo após a recepção de suas informações¹¹ e de outros presidentes pela Corte, pouco se fez em termos de mudança na política indigenista brasileira. Mesmo falho, o Diretório ainda seria a melhor opção para lidar com os índios e como alternativa à mão-de-obra escrava no Ceará, segundo Xavier

11 Do marquês de Caravelas a Antônio de Sales Nunes Barford. Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 1826. APEC, MN, MI, livro 89.

a respeito do texto de Barford (2015, p. 105). Como mostra a análise de John Monteiro das respostas dos outros presidentes de província para a criação do Plano de Civilização – que nem chegou a ser feito – as posturas eram bastante variadas, indo desde “aqueles que defendiam políticas filantrópicas e outros que subscreviam a práticas agressivas e intolerantes” (2001, p. 142). Diante de realidades tão distintas, as políticas indigenistas permaneceram funcionando a partir das discussões legislativas provinciais e da vontade dos potentados locais.

Acerca de tal “mosaico de situações”, Fernanda Sposito acredita que “a falta de consenso não estava no conteúdo do projeto indigenista em si, mas no desacordo sobre este projeto ser realmente uma prioridade”, já que competia ao mesmo tempo com as questões escravistas (com as propostas para o fim do tráfico negreiro), de propriedade territorial e de colonização estrangeira. No caso do norte do Brasil, como afirma Julio Gómez, a indiferença em relação à situação dos índios passou a ser ainda maior pela grande necessidade de sua força de trabalho (2009, p. 275). Por isso que, segundo Sposito, a indefinição de projetos amplos e gerais não impedia “soluções localizadas, na periferia do império, longe do crivo dos dirigentes centrais” (2012, p. 87), mostrando que, ao menos a nível local, a questão indigenista não deixava de ser prioritária.

Tais ações, comandadas pela elite econômica, geralmente visavam excluir o quanto podiam os índios dos espaços políticos. Os governantes nas províncias brasileiras e nos municípios se amparavam das antigas opiniões de que os povos nativos eram incapazes. Eram movidos pela ambição de se apoderar das terras e dos cargos das vilas de índios, que na década de 1820 já contava com uma população bem mais reduzida e que sofreu um golpe ainda mais duro com a lei imperial de 1º de outubro de 1828, promulgada por dom Pedro I para dar “nova forma às câmaras municipais”. Os artigos 3º e 4º diziam: “Têm votos na eleição dos vereadores os que têm voto na nomeação dos eleitores da paróquia na conformidade da constituição, art. 91 e 92”, e “Podem ser vereadores todos os que podem votar nas assembleias paroquiais, tendo dois anos de domicílio dentro do termo” (BRASIL, 1828). Os citados artigos constitucionais regulavam os votantes em eleições primárias (cidadãos brasileiros e estrangeiros naturalizados) e os excluídos do voto nas assembleias paroquiais. Dentre estes estavam os que não tinham de “renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego” (BRASIL, 1824).

Segundo José Murilo de Carvalho, a “limitação de renda era de pouca importância”, já que a “maioria da população trabalhadora ganhava mais de 100-mil-réis por ano [...]. O critério de renda”, portanto, “não excluía a população pobre do direito de voto” (CARVALHO, 2014, p. 35-36). As

fontes pesquisadas não nos permitem saber quantos índios possuíam tal patrimônio em 1828, e se, conseqüentemente, eram eliminados dos papéis de eleitores e vereadores. Os indígenas oficiais de ordenanças no Ceará, por exemplo, geralmente não recebiam soldo.¹² Além disso, é possível supor que uma parcela significativa dos índios estivesse passando por sérias dificuldades financeiras no período, a julgar pelo processo de esvaziamento de suas vilas e as migrações para o Piauí que ocorreram durante toda a primeira metade do século XIX.¹³

Ao final da lei de 1828, em seu artigo 90, revogava-se “todas as leis, alvarás, decretos e mais resoluções que dão às câmaras outras atribuições, ou lhes impõem obrigações diversas das declaradas na presente lei, e todas as que estiverem em contradição à presente” (BRASIL, 1828). O Diretório, que elevava as aldeias religiosas a vilas e regulamentava suas câmaras constituídas pelos índios, seria, teoricamente, anulado por tal legislação. A preferência que deveria ser dada aos indígenas na escolha de cargos honoríficos prevista pela lei pombalina (DIRETÓRIO..., §84, p. 34) já não seria mais considerada, principalmente pelos brancos, cuja população aumentava nas vilas de índios nesse período.

Tal como a Constituição, a lei de 1º de outubro de 1828 não fez qualquer menção aos índios, mas foi uma determinação que no reinado de dom Pedro I atingiu diretamente todas as comunidades indígenas que ainda viviam em vilas regidas pelo Diretório. A respeito da referida norma, José Reinaldo de Lima Lopes esclarece que, por meio dela, partia-se da concepção de que “o direito deve ser em princípio territorial, e não pessoal, ou seja, de que todos os habitantes de um território submetem-se a um só ordenamento” (2003, p. 209). Sua promulgação era mais uma medida que acabava com o estatuto diferenciado dos índios. Ainda assim, as interpretações de seus artigos, bem como do texto constitucional, foram múltiplas, inclusive se eles realmente aboliam a norma pombalina, já que também não foi citada pela lei em questão.

12 Nas assinaturas da ata da sessão de adesão do Ceará à Confederação do Equador em 1824, o capitão-mor indígena Vitorino Correia da Silva, de Arronches, e o sargento-mor indígena João da Costa da Anunciação, de Vila Viçosa, se identificaram como “eleitores” (ATA, 1911. p. 295-299). De acordo com a nomeação de Anunciação e a carta patente de Silva, os dois não recebiam soldo pelo posto. Cf. Nomeação de João da Costa da Anunciação como sargento-mor de Vila Viçosa. Fortaleza, 4 de fevereiro de 1807. APEC, fundo Governo da Capitania (GC), livro 67, p. 116. Registro de patente de capitão-mor de Arronches a Vitorino Correia da Silva. Fortaleza, 26 de dezembro de 1823. APEC, GC, livro 72, p. 120.

13 Um índio que se identificou por Vitorino Soares Barbosa, natural de Arronches, denunciou em 1816 a intensa migração indígena para o Piauí, Rio Grande do Norte e Paraíba em decorrência da opressão que atrapalhava suas lavouras. Cf. Requerimento anexo ao ofício de Manuel Ignácio de Sampaio ao Marquês de Aguiar. Fortaleza, 19 de agosto de 1816. Arquivo Nacional (AN), série Interior – Negócios das Províncias (AA), IJJ9, 168. De acordo com a câmara de Granja, em 1843, frequentemente os índios da Ibiapaba se mudavam para o Piauí. Cf. Da câmara da vila de Granja para José Maria da Silva Bittencourt. Granja, 23 de setembro de 1843. APEC, fundo Câmaras Municipais (CM), câmara de Granja, pacotilha 1843-1845.

A confusão ficou expressa em uma proposta de posturas da câmara de Messejana em 1829. A resposta do presidente da província Joaquim Pereira da Silva para a maioria dos pontos foi negativa por “ser contra as disposições do Diretório”. Mas o comentário feito ao artigo 5º da postura dizia que sua requisição não tinha lugar “porque seu objeto é da competência do foro contencioso por leis anteriores e pela lei regimental das câmaras de 1º de outubro de 1828”.¹⁴

Chama atenção, primeiramente, o fato de a câmara de Messejana ainda ser de índios em 1829 e, em segundo lugar, não se poder regular as posturas do município desobedecendo a lei pombalina. Mas não era ignorada pelo governo do Ceará a recém-promulgada legislação das câmaras municipais: ao contrário, as duas diretrizes são citadas no mesmo comentário. Os índios, por um lado, pareciam querer se livrar da antiga norma e “dirigir” seu espaço com autonomia. Por outro, o governo provincial parecia buscar a conciliação das duas coisas: a subordinação dos indígenas ao trabalho e as limitações a eles infringidas nos cargos políticos e nos lugares de poder. O segundo tópico não demorou a se efetivar, e, poucos anos após as tentativas dos nativos de Messejana de instituir códigos de postura que os favorecessem, o Diretório foi abolido pela primeira vez no Ceará. Mas, diferentemente do que queriam, foram também juntas sua esperança de autonomia e suas antigas garantias dos tempos dos reis portugueses.

4 CONCLUSÃO

Como alerta Marta Amoroso, é preciso acrescentar à análise das apropriações fundiárias novos olhares sobre as intenções “de utilização dos índios como força de trabalho» (1998, p. 9). De fato, o avanço territorial não ignorou seus antigos donos, mas que deveriam ser destituídos de uma vez por todas de suas antigas garantias e estatutos diferenciados. As políticas governamentais posteriores atuaram mais em congregar trabalhadores do que proteger os indígenas ou garantir seus direitos políticos.

Com o Brasil independente, a posição dos índios diante da Coroa poderia ser garantida juntamente com suas prerrogativas. A permanência do Diretório no Ceará durante o primeiro reinado, portanto, foi consequência da relação de dom Pedro I com esta população reconhecidamente fiel e economicamente importante. A manutenção da lei, neste sentido, significava a inviolabilidade de conquistas adquiridas pelos índios desde, pelo menos, o reinado de dom José I e o ministério do marquês de Pombal, como a

14 De Joaquim Pereira da Silva e Francisco Esteves de Almeida à câmara de Messejana. Fortaleza, 6 de julho de 1829. APEC, fundo Governo da Província (GP), Correspondências Expedidas (CO EX), livro 13, p. 70.

posse das terras e cargos políticos. A Constituição de 1824, em si, não alterava essa realidade. Por outro lado, o Diretório vigente era sinal tanto do período de redefinições políticas quanto da operacionalização do sistema legislativo do Antigo Regime nesse novo contexto liberal, em uma sociedade ainda corporativa.

Pouco antes da abdicação, dom Pedro I promulgou a lei de 1828 que, em teoria, limitava o acesso dos índios aos cargos de câmara e abolia leis anteriores referentes aos municípios, como era o caso do Diretório. Sofrendo pressões das elites locais, o imperador deixou o trono para o seu filho. Foi neste contexto que as patentes de oficiais de ordenanças foram extintas e que se decidiu abolir a antiga lei indigenista do século XVIII no Ceará. As situações negativas posteriores à independência, especialmente no período regencial, vieram para todos os índios, resultado das políticas indigenistas do novo país que visavam a extinção do *status* jurídico específico e das proteções, fruto também do liberalismo e da individualização de suas terras. Não foi à toa que, cerca de 20 anos depois do restabelecimento do Diretório no Ceará, declarou-se que não havia mais índios em seu território (XAVIER, 2010, p. 167. XAVIER, 2015. SILVA, 2011).

Vimos, portanto, que a permanência do Diretório no Brasil tinha motivações diferentes, a depender da época ou da região. No Ceará do período joanino, a vigência da lei fazia parte dos planos da Coroa, não destoando do funcionamento legislativo da monarquia portuguesa. No primeiro reinado, tinha a ver, como disse acima, com a utilização de leis antigas nesse novo contexto e com os interesses do rei em manter os benefícios indígenas e o usufruto de sua mão-de-obra. O que se seguiu – a abolição e a posterior reativação – era decorrente dos interesses das elites cearenses. As especificidades do Ceará – uma economia essencialmente agrícola com poucas regiões a povoar, com elites locais em disputas e ambiciosas por terra e trabalho e uma significativa população de índios e mestiços – podem iluminar a complexidade dos processos de crise do Antigo Regime português e de formação do Estado nacional brasileiro, sem estar necessariamente desvinculada de questões mais gerais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. Os índios na história do Brasil no século XIX: da invisibilidade ao protagonismo. *Revista História Hoje*, v. 1, n. 2, 2012.

AMOROSO, Marta Rosa. Mudança de hábito: catequese e educação para os índios nos aldeamentos capuchinhos, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, n. 37, 1998.

ATA da sessão extraordinária e grande conselho provincial. Fortaleza, 27 de agosto de 1824. Apud. Confederação do Equador. *Revista do Instituto do Ceará*, Fortaleza: Tipografia Minerva, tomo XXV, 1911.

ATA do Conselho de Estado. Brasília: Senado Federal/Arquivo Nacional, 1973.

BARBOSA, Ivone Cordeiro. Cidadania em construção: a legislação provincial do Ceará. Apontamentos para uma história social do Estado brasileiro. In: OLIVEIRA, Almir Leal de. BARBOSA, Ivone Cordeiro (Org.). *Leis provinciais: Estado e cidadania (1835-1861)*. Compilação das leis provinciais do Ceará – compreendendo os anos de 1835 a 1861 pelo Dr. José Liberato Barroso [Ed. Fac-similadã]. Fortaleza: INESP, tomo I, 2009. p. 34.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março 1824. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2014.

BRASIL. *Lei de 1º de outubro de 1828*. Dá nova forma às câmaras municipais, marca suas atribuições e o processo para sua eleição, e dos juízes de paz. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 7 fev. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2014.

COLEÇÃO de leis do império do Brasil de 1823. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887, parte I.

COSTA, João Paulo Peixoto. *Na lei e na guerra: políticas indígenas e indigenistas no Ceará (1798-1845)*. Tese (doutorado) – Universidade de Campinas, 2016.

CUNHA, Maria Manuela Carneiro Ligeti da. Prólogo. *Legislação indigenista no século XIX: uma compilação: 1808-1889*. São Paulo: Universidade de São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

_____. *Terra indígena: história da doutrina e da legislação. Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DIRETÓRIO que se deve observar nas povoações dos índios do Pará, e Maranhão, enquanto sua Majestade não mandar o contrário. Lisboa: Oficina de Miguel Rodrigues, 1758.

DOCUMENTOS sobre os nossos indígenas. *Revista do Instituto do Ceará*, Fortaleza: “Instituto do Ceará”, tomo LXXVII, 1963.

FELIX, Keile Socorro Leite. “*Espíritos inflamados*”: a construção do Estado nacional brasileiro e os projetos políticos no Ceará (1817-1840). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, 2010.

GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andreia. “Em trajes brasileiros”: justiça e constituição na América Ibérica (C. 1750-1850). *Revista de História*, n. 169, 201.

GÓMEZ, Julio Sánchez. Invisibles y olvidados: indios e independencia de Brasil. *Studia Historica. Historia Contemporánea*, n. 27, 2009. p. 275.

JANCSÓ, Istvan; PIMENTA, João Paulo Garrido. Peças de um mosaico, ou apontamentos para o estudo da emergência da identidade nacional brasileira. *Revista História das Ideias*, v. 21, 2000. p. 431-432.

KARASCH, Mary. Catequese e cativo: política indigenista em Goiás: 1780-1889. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP: 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). *Brasil: formação do estado e da nação*. São Paulo: Hucitec; Unijuí; Fapesp, 2003.

MACHADO, André Roberto de Arruda. *O Conselho Geral da Província do Pará e a definição da política indigenista no império do Brasil (1829-1831)*. Almanack, n. 10, 2015.

MARINATO, Francieli Aparecida.: os botocudos, os militares e a colonização do Rio Doce (Espírito Santo, 1824-1845). Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2007. p. 72-79.

MATTOS, Izabel Missagia de. “*Civilização*” e “*revolta*”: povos botocudos e indigenismo missionário na província de Minas. Tese (doutorado) – UNICAMP, 2002.

MAXWELL, Kenneth. Por que o Brasil foi diferente? O contexto da independência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Viagem incompleta*. A experiência brasileira. Formação: histórias. São Paulo: SENAC São Paulo, 2000. p. 181-182.

MONTEIRO, John Manuel. *Tupis, tapuias e historiadores*: estudos de história indígena e do indigenismo. Tese (Concurso de Livre-docência), 2001.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. Indianidade, territorialidade e cidadania no período pós-independência – Vila de Itaguaí, 1822-1836. Diálogos Latinoamericanaria Cardoso. Documentos sobre o índio brasileiro (1500-1822): 2ª parte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29. 1971. p. 306.

OLIVEIRA, Almir Leal de. A construção do Estado nacional no Ceará na primeira metade do século XIX: autonomias locais, consensos políticos e projetos nacionais. In: OLIVEIRA, Almir Leal de. BARBOSA, Ivone Cordeiro (Org.). *Leis provinciais: Estado e cidadania (1835-1861)*. Compilação das leis provinciais do Ceará – compreendendo os anos de 1835 a 1861 pelo Dr. José Liberato Barroso [Ed. Fac-similada]. Fortaleza: INESP, tomo I, 2009.

PALTI, Elías. Entre a natureza e o artifício: a concepção de nação nos tempos da independência. *Lua Nova*, n. 81, 2010. p. 22.

PIMENTA, João Paulo Garrido. A independência do Brasil e o liberalismo português: um balanço da produção acadêmica. *Revista de História Ibero-americana*, v. 01, n. 01, 2008.

RIBEIRO, Gladys Sabina. O desejo de liberdade e a participação de homens livres pobres e “de cor” na independência do Brasil. In: *Caderno Cedes*. Campinas: UNICAMP, v. 22, n. 58, 2002.

SAMPAIO, Patrícia Melo. Política indigenista no Brasil imperial. In: GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (Org.). *O Brasil imperial*, volume I: 1808-1831. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

SILVA, Isabelle Braz Peixoto da. O relatório provincial de 1863 e a expropriação das terras indígenas. In: João Pacheco de Oliveira. (Org.). *Presença indígena no Nordeste: processos de territorialização, modos de reconhecimento e regimes de memória*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2011.

SLEMIAN, Andréa. Seriam todos cidadãos? Impasses na construção da cidadania nos primórdios do constitucionalismo no Brasil (1823-1824). In: JANCSÓ, Istvan. *Independência: história e historiografia*. São Paulo: Hucitec, 2005.

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.

XAVIER, Maico Oliveira. *Cabôcullos são os brancos: dinâmicas das relações sócio-culturais dos índios do termo da Vila Viçosa Real – século XIX*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, 2010.

XAVIER, Maico Oliveira. *Extintos no discurso oficial, vivos no cenário social: os índios do Ceará no período do império do Brasil – trabalho, terras e identidades indígenas em questão*. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, 2015.

A APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO “MARCO TEMPORAL” NOS PROCESSOS DEMARCATÓRIOS E A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO DO “VAZIO DEMOGRÁFICO” NA REGIÃO PLATINA BRASILEIRA PELO JUDICIÁRIO

*THE APPLICATION OF THE JURISPRUDENCE OF
“TEMPORAL LIMIT” IN THE DEMARCATION PROCESSES
AND THE LEGITIMATION OF THE DISCOURSE OF THE
“DEMOGRAPHIC VOID” IN THE REGION OF THE PRATA IN
BRAZIL BY THE JUDICIARY.*

Leandro Ferreira Bernardo

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR, especialista em Direito Ambiental pela UNB, especialista em Direito Constitucional pela PUC-PR. Professor em cursos de graduação e pós graduação. Procurador federal em Maringá/PR, na Procuradoria Seccional Federal em Maringá/PR (PGF/AGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Povos indígenas na região platina; 2 Judiciário e demarcação; 3 jurisprudência do marco temporal e legitimação do discurso do vazio demográfico na região platina; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicação e os impactos da jurisprudência ou teoria do “marco temporal” pelo judiciário como fundamento para a negação à demarcação de terras indígenas, em especial na região platina brasileira. A análise da problemática na referida região se justifica diante das peculiaridades regionais e que permitem apontar de forma mais evidente para a inadequação daquela teoria para a referida realidade. Para tanto, serão trazidos exemplos de casos concretos em que o judiciário anulou processos já findos ou impediu a continuidade de demarcações em trâmite na esfera administrativa tão-somente com base naquele fundamento e deixou de reconhecer a tradicionalidade da ocupação indígena em áreas que não se encontravam sob a posse indígena por ocasião da promulgação da Constituição da República de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Temporal. Mito do Vazio Demográfico. Região Platina. Demarcação. Povos Indígenas. Judiciário. Direitos Humanos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the application and impacts of the jurisprudence or theory of the “temporal limit” by the judiciary as a basis for denying the demarcation of indigenous lands, especially in the Brazilian platinum region. The analysis of the problem in that region is justified by the local peculiarities and allow to point more clearly to the inadequacy of that theory for the said reality. In order to do so, it will analyze concrete cases in which the judiciary annulled already closed processes or prevented the continuation of demarcations in the administrative sphere only on the basis of that foundation and failed to recognize the traditionality of indigenous occupation in areas that were not under the Indigenous possession on the occasion of the promulgation of the Constitution of the Republic of 1988, despite the fact that these indigenous occupations have been proven in recent times and that their cessation has occurred for reasons beyond their control.

KEYWORDS: Temporary Limit. Myth of the Demographic Blank. Platinum Region. Demarcation. Indian People. Judiciary. Human Rights.

INTRODUÇÃO

A região platina brasileira se tornou na atualidade palco de graves casos de violações de direitos humanos dos povos indígenas. Verifica-se naquela localidade, em especial no estado do Mato Grosso do Sul, a concentração de altos índices de homicídios e outros crimes contra a pessoa, invasões de terras, omissão do poder público, dentre outros, praticados contra aqueles povos (CIMI, 2017).

Os conflitos e a violência ali existentes decorrem, em grande medida, de disputas territoriais entre indígenas e não indígenas ainda pendentes de solução. Dentre outros fatores, a violência ali existente é insuflada pela atuação ou omissão do judiciário.

No presente estudo, buscar-se-á enfatizar, em especial, as áreas localizadas na bacia do Prata brasileiro em que mais se observa a ocorrência de conflitos fundiários envolvendo direitos territoriais disputados pelos povos indígenas na atualidade, que coincide com as regiões localizadas na porção mais ocidental do Paraná, (segundo e terceiro planaltos) e o sul do estado do Mato Grosso do Sul (GREGORY; SCHALLENBERGER, 2008, p. 237), que concentram ocupações não indígenas mais recentes, sobretudo a partir de algumas décadas.

Além disso, tais regiões se aproximam – em que pese pertencerem a áreas localizadas em diferentes estados da federação – em razão de características naturais, da presença de etnias indígenas submetidas a processos históricos de desenvolvimento parecidos e, sobretudo, diante da emergência de uma realidade contemporânea que não permite uma distinção que leve em conta apenas limites formais criados convencionalmente por ocasião da formação do Estado brasileiro.

As regiões possuem identidade geográfica, caracterizada pela existência de uma região planáltica, e também, compartilham de aspectos culturais comuns, embora as áreas sob estudo tenham sido convencionalmente separadas pelo Estado ao longo da formação e consolidação do país e tal aspecto tenha trazido repercussão sobre a vida dos povos ali presentes (CARVALHO, S., 1992, p. 457).

O enfoque do estudo na referida região se justifica, em especial, diante do fato de que são áreas ocupadas historicamente por povos indígenas que, já sob a vigência plena do atual regime constitucional, começam a sofrer nos últimos anos, indevidamente, as consequências da jurisprudência fundadas na teoria ou doutrina do marco temporal, teoria esta que impõe uma interpretação restritiva em relação à garantia de direito originário em favor dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas e que caminha a se espalhar por todo o país.

1 POVOS INDÍGENAS NA REGIÃO PLATINA

A chamada bacia do Prata ou platina é uma bacia hidrográfica localizada no sul da América do Sul, e abrange Brasil, Paraguai, Argentina, Bolívia e Uruguai e se subdivide em 3 sub-bacias hidrográficas, quais sejam, Bacia do Paraguai, Bacia do Paraná e Bacia do Uruguai (GREGORY; Schallenberger, 2008, p. 37). Trata-se de região historicamente com forte presença indígena e que acumula uma grande riqueza histórico-cultural ou, nas palavras de Silvia M. Schmuziger Carvalho (1992), é possuidora de um “*melting pot* cultural”.

A presença indígena na região pode ter se dado há mais de 13 mil anos (GUIDON, 1992, p. 50). Os povos da etnia guarani, embora não sejam os únicos indígenas localizados atualmente na área, possuem ali grande presença (RIBEIRO, 1996, p. 105-106; URBAN, 1992, p. 91; CARVALHO, M., 2013, p. 92). Da mesma forma, os Kaingang, mais fortemente presentes nos estados do sul do país, Terena, Ofayé Xavante, no Mato Grosso do Sul, Xoklém em Santa Catarina e remanescentes de indígenas da etnia Xetá no Paraná.

A ocupação europeia e os consequentes impactos sofridos pelos povos existentes na região platina se fizeram sentir desde o primeiro século da colonização. Inicialmente pelo colonizador espanhol, em especial com a formação da Província de Guairá – que coincidia, em grande medida, com o atual estado do Paraná –, e, posteriormente, sobretudo a partir do século XVIII, com a assinatura do Tratado de Madri (1750) e a consequente redefinição da região de fronteira, por Portugal (CUNHA, 1992, 136-137; RIBEIRO, 1996, p. 126; PRADO JR., 2000, p. 58; GREGORY; Schallenberger, 2008, p. 131-132).

Ao longo dos séculos, mesmo após o fim da colônia, as terras localizadas na região platina continuaram a ser objeto de interesse e de usurpação pelos detentores de poder econômico ou político e sem qualquer respeito às populações indígenas ali localizadas. Esses grupos indígenas, assim, se viram forçados, cada vez mais, a reduzirem seus espaços de ocupação e a se deslocarem para as áreas mais a oeste (PAULETTI *et al.*, 2000, p. 47; GOMES, 2013, p. 156).

Exerceu grande impacto, em período mais recente, às populações indígenas brasileiras na bacia do rio da Prata, ora sob análise, o programa levado a cabo pelo governo federal, durante a administração Getúlio Vargas e que ficou conhecida como “Marcha para o Oeste (GARFIELD, 2016, p. 15-42). Tinha por finalidade tal política a ocupação das áreas mais ocidentais do país, a fim de permitir uma distribuição mais homogênea da população nacional – ao invés de concentrá-la no litoral, como até então –,

incentivar a exploração agrícola e de outros bens essenciais para garantir o desenvolvimento da indústria nascente nas regiões mais populosas e para o abastecimento da população mais concentrada nas cidades (GREGORY; Schallenberger, 2008, p. 231-232).

A Marcha para o Oeste consistiu também em uma tentativa de resposta à questão estratégica de defesa nacional, referente à proteção das fronteiras e à criação de dificuldades para a ocupação por estrangeiros advindos de países vizinhos (GREGORY; Schallenberger, 2008, p. 132-141). Inseridos nesse contexto é que foram criados pelo poder público federal, na década de 1940, os Territórios Federais do Iguazu (GREGORY; Schallenberger, 2008, p. 141) e Território de Ponta-Porã, de acordo com o Decreto-Lei 5.812/43 (BRAND, 2000, p. 101).

De acordo com o discurso oficial, a área carecia de uma rápida e ordenada ocupação por nacionais e, para garantir tal objetivo, o fomento à construção de obras de infraestrutura e à ocupação de terras por particulares foi eleita como política essencial pelo poder público (MOTA, 2008, p. 23).

Em relação à situação dos povos indígenas na região, dentro do contexto de Marcha para o Oeste, expõe o relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014, p. 206) a existência de graves casos de espoliação de terras indígenas pelo próprio governo paranaense, em especial durante a gestão de Moysés Lupion, entre os anos 1940 e 1950.

No então estado do Mato Grosso, exemplifica a gravidade dos atentados aos direitos indígenas ali localizados o episódio abaixo transcrito no relatório da CNV (2014, p. 206) relacionado ao povo Kadiwéu:

Em 1958, deputados da Assembleia Legislativa de Mato Grosso aprovaram o Projeto de Lei nº 1.077, que tornava devolutas as terras dos índios Kadiwéu. Em 1961, o Supremo Tribunal Federal decide pela inconstitucionalidade da lei, mas, a essa altura, estava estabelecida a invasão, uma vez que as terras já tinham sido loteadas. Além das invasões propriamente ditas, eram comuns arrendamentos de terras que não obedeciam às condições do contrato – quando este havia – ocupando enormes extensões de terras indígenas; constituindo, em alguns casos, situação de acomodação das irregularidades (invasões praticadas e posteriormente legalizadas pelo SPI por meio de contratos de arrendamento).

Nas regiões mais ao sul daquele estado, da mesma forma, constatou-se severas violações dos direitos territoriais indígenas por ocasião das concessões de terras, dentro daquele programa de colonização fomentado pelo poder federal (CNV, 2014, p. 207).

Deu-se início nesse período a grandes projetos de colonização de terras naquelas regiões, com a abertura de áreas agricultáveis e para criação de gado. Nessa realidade, as populações indígenas da região platina brasileira aparecem aos olhos do poder público, mais uma vez na história, como preocupante entrave ao avanço econômico (BERNARDO, 2012, p. 92; DAVIS, 1978).

A política expansionista fomentada pelo Estado no período se deu de forma agressiva (GREGORY; Schallenberger, 2008, p. 232). Em consequência, a órgãos estatais, em especial o SPI, restou a incumbência de neutralizar o problema que os indígenas representavam ao desenvolvimento econômico, a fim de possibilitar a marcha (GARFIELD, 2016, p. 25).

A marcha para o Oeste, assim, viabilizou a ocupação de terras indígenas na região por particulares, de forma incentivada pelo poder público central, aspecto que acabou por fomentar e potencializar práticas de esbulho anteriormente já levadas a cabo em âmbito mais reduzido (CNV, 2014, p. 206).

Aponta o relatório da CNV (2014, p. 206), ainda, que aquela ação ordenada, engendrada como política de Estado contra os povos indígenas na região platina a partir daquele período e continuada pelos governos seguintes, teve como resultado a quase extinção do povo Xetá – no Paraná – e de práticas de genocídio de outros tantos grupos (HELM, 1994, p. 105).

Tal processo de ocupação se deu sob o influxo de um discurso que propagava a falsa ideia de um suposto vazio demográfico existente na região, como bem explica Lucio Tadeu Mota (2008, p. 14), ao tratar especificamente de tal fenômeno no Paraná:

[...] na maioria dos discursos oficiais, em livros didáticos, nas obras sobre o pioneirismo no norte do Estado, nos trabalhos acadêmicos que tratam da ocupação da região a partir de 1930, é comum encontrar-se a afirmação de que essas terras eram “devolutas”, “selvagens”, “desabitadas”, “estavam abandonadas”, “virgens”, “selváticas”, “sertão bravo”. As terras do setentrião, do oeste e sudoeste paranaense, para o colonizador dos anos de 1920 aos anos de 1950 estavam desabitadas, vazias, prontas para serem ocupadas e colonizadas. É o mito do vazio demográfico.

Referido mito do vazio demográfico possibilitou, em consequência, nas novas áreas de colonização do Paraná e sul do Mato Grosso do Sul, por várias décadas ao longo do século XX, a construção de um profundo sistema de invisibilização dos povos indígenas ali existentes e, portanto, sua marginalização dentro do processo de colonização (MOTA, 2008, p. 19–20).

2 JUDICIÁRIO E DEMARCAÇÃO

A legislação indigenista tem previsto a garantia do direito territorial sobre as áreas ocupadas pelos povos indígenas ao longo de séculos, embora sua aplicação nem sempre tenha se dado de forma efetiva (CUNHA, 2012, p. 127; RIBEIRO, 1996, p. 218; GUIMARAES, 1981, p. 16; MENDES JR., 1912, p. 58). Ao tempo da promulgação da atual Constituição da República, já estava em vigor o Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que determinava a demarcação das terras indígenas pela administração pública federal.

A Constituição da República de 1988, por sua vez, inaugurou um novo paradigma jurídico na proteção dos direitos indígenas. Pela primeira vez uma Constituição dedicou um capítulo inteiro com vistas a criar garantias às populações indígenas, com destaque especial à exigência de demarcação das terras indígenas pelo poder público. Sua aprovação deu início a um período de grandes expectativas de consolidação dos direitos dos povos indígenas (DALLARI, 1991, p. 317). Nas palavras de José Afonso da Silva (2009, p. 853) a nossa atual Constituição da República “revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o fez num limite bem razoável”.

Embora seja inegável a ação da administração pública federal, ao longo do período imediatamente posterior à promulgação da Constituição da República, no sentido de demarcar diversas terras reconhecidas como indígenas, observa-se que a política demarcatória passa, na atualidade, por um período de grandes riscos, decorrentes das mais variadas ameaças – sejam elas internas à própria administração pública ou decorrentes da atuação do judiciário, de fatores políticos, econômicos.

Em relação mais precisamente à ameaça trazida à política de demarcação de terras a partir da atuação do poder judiciário, chama a atenção, em especial, a ausência de garantia de efetividade plena ao texto constitucional decorrente de uma limitação interpretativa que vem sido dada aos direitos territoriais indígenas a partir da criação, mais recentemente, de uma interpretação restritiva do texto constitucional no sentido de que a constatação da tradicionalidade da ocupação indígena em determinada área para fins de demarcação de terra estaria sujeita a um “marco temporal” coincidente com a época da promulgação da Constituição da República de 1988.

Tal entendimento surgiu, inicialmente no âmbito do STF, por ocasião do julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 1º/7/2010, no conhecido processo envolvendo a demarcação da terra indígena Raposa

Serra do Sol. De acordo com o entendimento ali acatado, somente pode ser considerada terra indígena passível de demarcação aquela ocupada por indígenas no momento da promulgação da atual Constituição da República, ou seja, em 05 de outubro de 1988.

Por outro lado, o próprio STF tem flexibilizado a tese do “marco temporal” diante da constatação da ocorrência de “esbulho renitente”, que consiste, nas palavras do Ministro Teori Zavaski, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no RE com Agravo 803.462, sob sua relatoria, em acórdão publicado em 09-12-2014, na

Situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Como se sabe, o processo demarcatório possui um caráter meramente declaratório, de reconhecimento de uma realidade preexistente por parte dos entes e órgãos da administração pública federal (SOUZA FILHO, 2008, p. 151). Dessa forma, a homologação da demarcação por decreto expedido pelo Presidente da República, que se dá ao final de um complexo processo com seus passos rigidamente fixados por leis e atos infralegais (SOUZA FILHO, 2008, p. 151), não constitui qualquer direito novo, embora não se possa negar que sua aprovação tenha importantes reflexos na prática¹.

A conclusão do processo demarcatório não envolve, necessariamente, a existência de fase judicial. Por outro lado, é inegável que, com base no princípio constitucional do livre acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição da República), a quase totalidade das demarcações levadas a cabo na região platina sob análise – e no país, de um modo geral – acaba sendo levada à apreciação do judiciário.

Em consequência, o judiciário acaba sendo responsável, em grande medida, pelo resultado final das demarcações de terras indígenas e, mais do que isso, pelas consequências que venham a favorecer a pacificação social ou acirrar a violência na região onde se dá a demarcação, a depender do modo e da duração da lide sob sua apreciação.

A adoção da doutrina ou teoria do “marco temporal” tem se replicado em diversos julgados a partir daquele precedente do STF, em especial

1 Efeito prático consiste na possibilidade, a partir da homologação, do registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda (art. 6º do Decreto 1.775/96). A partir da homologação se torna proibida, nos termos do art. 19, § 1º da Lei 6001/73, a concessão de interdito possessório contra as comunidades indígenas interessadas.

na área objeto do presente texto, sem considerar questões peculiares à formação da sociedade na região platina.

Apenas a título exemplificativo, cite-se os seguintes casos concretos de terras indígenas localizadas na região platina e que tiveram recentemente decisões judiciais contrárias à demarcação a partir do acatamento da referida teoria do marco temporal: a) *Terra Indígena Guyraroká*, na região de Caarapó em Mato Grosso do Sul, a partir de decisão do STF, em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29087²; b) *Terra indígena Herarekã Xetá*, na região conhecida como Serra dos Dourados, oeste paranaense, a partir de sentença proferida nos autos de ação judicial sob o número 5000382-10.2011.4.04.700, pelo juiz da Vara Federal de Umuarama/PR; c) *Terra Indígena Boa Vista*, na região de Laranjeiras do Sul/Pr, como se observa de acórdãos proferidos nas Apelações cíveis 5006473-76.2012.404.7006, 5006463-32.2012.404.7006 e 5005976-62.2012.4.04.7006; d) *Terra indígena Panambi – Lagoa Rica – MS*, entre os municípios de Douradina e Itaporã (MS), como se constata nos autos de ação judicial sob o número 0001665-48.2012.403.6002, na Vara Federal de Dourados/MS.

3 JURISPRUDÊNCIA DO MARCO TEMPORAL E A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO DO VAZIO DEMOGRÁFICO NA REGIÃO PLATINA

A recente tendência de consolidação dentro do judiciário da jurisprudência do “marco temporal” representa claro exemplo de interpretação/aplicação restritiva sobre os direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas previstos no sistema normativo brasileiro.

A partir dos precedentes do STF, juízes de primeiro grau e tribunais inferiores também têm replicado a aplicação daquele entendimento e repellido a posse indígena em ações possessórias e reconhecido a nulidade de

² Assim restou ementado o r. julgado: *DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES.* A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: *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.* **2.** A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). **3.** Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). **4.** No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. **5.** Recurso ordinário provido para conceder a segurança (STF, RMS 29087/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, D.J., 16 set. 2014

atos da administração federal editados pela FUNAI, Ministério da Justiça e mesmo da Presidência da República (BRAGATO; Neto, 2017, p. 165).

Tal interpretação, que não respeita os balizamentos constitucionais e muito menos o histórico da legislação indigenista existentes ao longo da consolidação da sociedade brasileira, tem tido grande grau de responsabilidade no aumento da insegurança jurídica e, também, no aumento da violência no campo na região sob análise (BUZATTO, 2014, p. 14).

A garantia constitucional do direito dos povos indígenas em ver suas terras demarcadas acaba, assim, limitada em decorrência da interpretação que do texto constitucional faz os integrantes da Corte Constitucional e, por reflexo, os demais integrantes do sistema judiciário. Ocorre, assim, aquilo que Marcelo Neves (1996, p. 322) chama de mudança do sentido normativo do texto constitucional em função da variação interpretativa. Em consequência, a garantia prevista no texto constitucional, após seu esvaziamento na prática pela interpretação que dela faz o judiciário, passa a ter, em grande medida, um valor meramente simbólico, sem a existência de instrumentos e meios de tornar-se efetiva (NEVES, 1996, p. 322).

No que diz respeito à região platina, a prevalência daquela tese do “marco temporal” redundaria na legitimação de recentes ocupações ilegítimas de áreas tradicionalmente habitadas por povos indígenas até épocas avançadas do século XX, ocupações estas que se originaram, em grande medida, a partir da retirada forçada de grupos indígenas e construídas sobre um falso mito do “vazio demográfico” da região, que, conforme exposto anteriormente, invisibilizou o índio nos discursos oficiais (MOTA, 2008, p. 23).

Ao se manter tal interpretação do texto constitucional sobre a questão do marco temporal, ver-se-á, na prática, a dificuldade de demarcação de diversos territórios indígenas dentro do atual regime constitucional, paradoxalmente diante de um sistema, reconhecidamente, mais garantista aos direitos dos povos indígena do que as anteriores, e dentro de um sistema de justiça que, em princípio, tem buscado garantir à Constituição uma força normativa maior do que receberam os textos do passado ((BARROSO; BARCELLOS, 2005, p. 273).

Acerca dos direitos garantidos em favor dos povos indígenas sobre seus territórios é necessário reconhecer, na esteira do que aponta Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2004, p. 692), a mesma estatura dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição da República, pouco importando, para essa finalidade, sua localização topográfica no texto constitucional. Assim posto, devem os direitos indígenas ocupar especial posição na atividade de interpretar/aplicar a legislação pelo intérprete oficial.

A flexibilização da normatividade de partes do texto constitucional, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal – como se deu no caso acima apontado referente ao “marco temporal” – traz graves prejuízos à eficácia e unidade da ordem jurídica (NEVES, 1996, p. 327-328; ALEXY, 1993, p. 24). Dito de outra forma, tal expediente concorre para retirar de direitos fundamentais previstos no texto constitucional sua “força normativa” (FERRAJOLI, 2012, p. 791-813).

A construção de interpretações e aplicações do texto constitucional que caminhem no sentido de, paulatinamente, restringir o alcance do texto expresso da Constituição, como se deu em relação à teoria do marco temporal, constitui um exemplo claro daquilo que Marcelo Neves (1996, p. 323) rotula como uma verdadeira “degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização”, que, segundo o referido autor, é fato social recorrente em países mais pobres economicamente.

De fato, o alcance dado pelo STF à norma constitucional estampada no art. 231 da Constituição da República representa situação de interpretação/aplicação da norma constitucional de forma limitada, sem respaldo em critérios objetivos e confiáveis e que sejam passíveis de replicação para outras situações de interpretação do texto constitucional (SILVA, V., 2011, p. 368; SOUZA FILHO, 2008, p. 196.).

Assim, espera-se que a referida teoria do “marco temporal” seja definitivamente afastada pelos nossos tribunais, sob pena de se limitar a força normativa da legislação indigenista construída ao longo do tempo, em especial a partir do atual regime constitucional. A insistência na referida tese, nesse aspecto, corrobora as graves dúvidas existentes à época da aprovação da atual Constituição da República a respeito do papel do poder judiciário diante daquele texto garantista, como muito bem retratado por em 1988 pelo sociólogo e deputado constituinte Florestan Fernandes (1989, p. 381):

O Judiciário é um enigma e uma esperança. Se ele cumprir suas tarefas de reconstrução da sociedade civil e de instauração dos dispositivos constitucionais, daremos um salto histórico qualitativo. Mas pairam dúvidas a respeito.

4 CONCLUSÕES

Um dos graves problemas passíveis de constatação nos litígios judiciais envolvendo disputa de direitos territoriais entre indígenas, poder público e demais particulares, consiste na ausência de clareza nos limites interpretativos da Constituição e legislação indigenista do país por parte do intérprete/aplicador, em especial o juiz (GRAU, 2017, p. 18).

Exemplo mais recente dessa indefinição interpretativa diz respeito ao apontamento, em julgados, de um possível marco temporal para a constatação da tradicionalidade da ocupação indígena em determinada área para fins de demarcação de terra em seu favor e que tem ameaçado a consolidação de uma jurisprudência favorável aos povos indígenas que vinha se formando nas últimas décadas (DALLARI, 1994, p. 109).

A adoção da referida jurisprudência fundada na teoria ou doutrina do marco temporal se torna ainda mais facilmente refutável quando aplicada na região platina, em razão das peculiaridades que naquela localidade se apresentam, conforme exposto anteriormente. Nesse sentido, a prevalência daquela tese do “marco temporal” pelo judiciário representaria a validação de recentes ocupações ilegítimas de áreas tradicionalmente habitadas por povos indígenas até o século XX, ocupações estas que se originaram, em grande medida, a partir da retirada forçada de grupos indígenas e construídas sobre um falso mito do “vazio demográfico” da região, que, conforme exposto, invisibilizou o índio nos discursos oficiais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e Prevenção. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, 2017, p. 156-195.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e Prevenção. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, 2017, p. 156-195.

BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: *Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul*. Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região (Org). São Paulo: Palas Athena, 2000.

BUZATTO, Cleber César. Paralisação das demarcações, discursos racistas e decisões judiciais fundamentalistas: Um rastro de violências contra os povos indígenas. In: *Conselho Indigenista Missionário: Relatório – Violência contra os*

povos indígenas no Brasil. Dados de 2014. Disponível em: <<http://cimi.org.br/pub/Arquivos/Relat.pdf>>; Acesso em: 20 jan. 2016.

CARVALHO, Maria Lucia Brant de. *Das Terras dos Índios a Índios sem Terras. O Estado e os Guarani do Oco'y. Violência, Silêncio e Luta*. 2013. 834 f. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

CARVALHO, Silvia M. Schmuziger. Chaco: encruzilhada de povos e o “melting pot” cultural. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1992.

CIMI - Conselho Indigenista Missionário: *Relatório – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015*. Disponível em: <<http://cimi.org.br/relatorioviolencia2015>>. Acesso em: 30 maio 2017.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento antropológico e linguagem jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio et al. (Org.). *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994.

_____. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 111, a. 28. Brasília, jul./set. 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175909>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

DAVIS, Shelton H. *Vítimas do milagre: O desenvolvimento e os índios do Brasil*. Tradução de Jorge Alexandre Faure Pontual. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

DORATIOTO, Francisco. *O Brasil no Rio Prata (1822-1994)*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2014. Disponível em: <<http://funag.gov.br/loja/download/1089-O-Brasil-no-Rio-da-Prata.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2016.

FERNANDES, Florestan. *A Constituição inacabada*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. El constitucionalismo entre principios y reglas. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), pp. 791-813. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun. 2004.

GARFIELD, Seth. As raízes de uma planta que hoje é o Brasil: os índios e o Estado-nação na era Vargas. In: *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 20, n° 39, p. 15-42. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-0188200000100002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 18 dez. 2016.

GOMES, Laurentino. 1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil. 1. ed. São Paulo: Globo, 2013.

GRAU, Ero Roberto. *Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

GREGORY, Valdir; SCHALLENBERGER, Erneldo. *Guáira: um mundo de águas e histórias*. Marechal Cândido Rondon: Germânica, 2008.

GUIDON, Niéde. As ocupações pré-históricas do Brasil (excetuando a Amazônia). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1992.

GUIMARAES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

HELM, Cecília Maria Vieira. Os Xetá: a trajetória de um grupo tupi-guarani em extinção no Paraná. In: *Anuário Antropológico*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, n. 92, p. 105-12, 1994.

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

MOTA, Lúcio Tadeu. A Guerra de Conquista nos Territórios dos Índios Kaingang do Tibagi. *Revista de História Regional*, (Departamento de História – Universidade

Estadual de Ponta Grossa). Ponta Grossa, 1997, v. 2, n. 1, p. 187-207. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2030/1513>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. *As guerras dos índios Kaingang: a história épica dos índios Kaingang no Paraná (1769-1924)*. 2. ed. revisada e ampliada, Maringá: Eduem, 2008.

MURA, Fábio. Conflitos fundiários, conflitos de saberes e produção de conhecimento: uma reflexão a parti do caso dos Guarani Kaiowá. In: OLIVEIRA, João Pacheco de *et al.* (Org.). *Laudos antropológicos em perspectiva*. Brasília: ABA, 2015, p. 109.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496861/RIL129.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

PAULETTI, Maucir; FEENEY, Micheal; SCHNEIDER, Nereu; MANGOLIM, Olívio. Povo Guarani e Kaiowá: uma história de luta pela terra no Estado de Mato Grosso do Sul. In: *Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul*. Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região (Org.). São Paulo: Palas Athena, 2000.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Malheiros editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005: 273-316.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 363-380.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1. ed. (ano 1998), 5 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

URBAN, Greg. A história da cultura brasileira segundo as línguas nativas. Trad: Beatriz Perrone-Moisés. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1992.

A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL NO INTERESSE DOS POVOS INDÍGENAS: ESTUDO PARA O CASO GAVIÃO DA MONTANHA

*JUDICIAL EXPROPRIATION IN THE INTEREST OF INDIGENOUS
PEOPLES: A STUDY FOR THE GAVIÃO DA MONTANHA CASE*

Lise Tupiassú

*Doutora em Direito pela Université Toulouse 1 Capitole. Mestre em Direito Tributário
pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne*

*Mestre em Direito Público pela Université Toulouse 1 Capitole. Mestre em Instituições
Jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará. Professora da Universidade
Federal do Pará (UFPA) e do Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa)
Procuradora Federal.*

Patrícia da Cruz Sales

*Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB. Procuradora
Federal responsável pelo Núcleo de matéria finalística indígena, ambiental e agrária
da Procuradora Federal no Estado do Pará.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A controvérsia judicial envolvendo a área do povo Gavião da Montanha; 2. Problemas da desapropriação por interesse social para realocação de indígenas; 3. A nova desapropriação judicial do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil; 4. A concepção ampliativa da desapropriação judicial sob a perspectiva indígena de posse; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Os problemas causados pela remoção de indígenas de seus territórios em razão da construção de empreendimentos hidrelétricos no final do século passado vêm se eternizando, frequentemente, em entraves jurídico-processuais relativos aos procedimentos de desapropriação, os quais ignoram as especificidades da questão indígena. Este trabalho, em estudo exploratório a partir de discussão ventilada no caso do povo Gavião da Montanha, busca analisar a utilização do instituto previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, para, numa perspectiva de abertura hermenêutica pluralista, abarcar a posse dentro da concepção culturalista indígena, conferindo-se maior celeridade procedimental na efetivação dos direitos territoriais assegurados a esses povos pela ordem constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação Judicial. Posse. Povos Indígenas. Direitos Territoriais. Pluralismo. Gavião da Montanha.

ABSTRACT: The problems caused by the removal of indigenous peoples from their territories due to the construction of hydroelectric projects at the end of the last century have been perpetuated in legal problems, which, in many cases, come from legal and procedural obstacles to expropriation procedures that ignore specificities of the indigenous people. This work, as an exploratory study based on a discussion for the Gavião da Montanha case, seeks to analyze the use of the institute foreseen in art. 1.228, §§ 4 and 5 of the Civil Code, in a perspective of pluralistic hermeneutic openness, encompass possession within the indigenous culturalist conception, conferring greater speed and effectiveness to the territorial rights assured to these peoples by the constitutional order.

KEYWORDS: Judicial Expropriation. Ownership Rights. Indian People. Territorial Rights. Pluralism. Gavião da Montanha.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 231 e parágrafos, regula os direitos indígenas originários sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas.

Ainda que inadmissível dentro da ordem jurídica atual, pautada no art. 231, § 5º da Constituição Federal, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) previa a possibilidade de remoção dos grupos indígenas para áreas diversas a fim de viabilizar, entre outras hipóteses, a realização de obras públicas voltadas ao desenvolvimento nacional. Nesses casos, imprescindível seria a plena compensação dos prejuízos causados às comunidades.

Diante disso, tendo em vista a orientação imperante nas políticas públicas desenvolvimentistas nacionais, obras de grande porte foram implementadas em detrimento dos interesses indígenas, principalmente para a construção de usinas hidrelétricas – UHEs, não restando às comunidades outra opção além da busca de compensações, ainda que os prejuízos oriundos da remoção de comunidades indígenas de suas áreas tradicionalmente ocupadas sejam incomensuráveis e dificilmente compensáveis dentro dos parâmetros adotados pela perspectiva econômica atualmente dominante.

O Estatuto do Índio traz várias modalidades de caracterização de territórios indígenas, prevendo, além das terras tradicionalmente ocupadas, as reservas indígenas e as terras sob o domínio das comunidades indígenas.

As comunidades desalojadas pela construção de usinas hidrelétricas, vêm sendo, portanto, compensadas com terras indígenas constituídas através de procedimentos específicos distintos da demarcação prevista no art. 231 da Constituição Federal, buscando-se assegurar, porém, os direitos indígenas previstos na ordem constitucional e internacional atual.

A remoção dos indígenas para além de seus territórios tradicionais e as compensações devidas em decorrência do desalojamento das comunidades para a construção de usinas hidrelétricas encontram-se, porém, na origem dos mais acirrados conflitos e discussões judiciais envolvendo comunidades indígenas, concessionárias públicas e poderes públicos na atualidade. Celeumas se constroem em torno de quem seria o responsável pelas compensações devidas às comunidades indígenas e sob que modalidades tais compensações devem ser implementadas e operacionalizadas.

A desapropriação pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI às expensas das concessionárias dos empreendimentos hidrelétricos é uma opção por vezes utilizada para a reconfiguração da propriedade indígena. Tal modalidade, porém, vem acarretando graves problemas práticos.

Diante disso, tendo por pano de fundo a controvérsia envolvendo os indígenas da Comunidade Gavião da Montanha, este texto analisará a

possibilidade de utilização da desapropriação judicial por interesse social prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil com vistas à realocação de indígenas em áreas compatíveis com suas necessidades, a partir de uma reconfiguração aberta do conceito de posse adotado pelo instituto.

Nesta perspectiva, analisar-se-á, primeiramente, a controvérsia judicial envolvendo a Comunidade Gavião da Montanha, os problemas causados quando a solução envolve a desapropriação por parte da FUNAI e a opção em se utilizar a desapropriação judicial por interesse social prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil a partir da abertura hermenêutica da concepção de posse.

1 A CONTROVÉRSIA JUDICIAL ENVOLVENDO A ÁREA DO POVO GAVIÃO DA MONTANHA

A denominação Gavião foi atribuída por viajantes do século XIX a diferentes grupos Timbira que tinham como característica marcante o uso de penas de gavião na fabricação de flechas a serem usadas contra os colonizadores. Eram conhecidos também por seu caráter beligerante (LICHTENTHALER, 2007).

De acordo com Ferraz (1984), o etnógrafo Curt Nimuendajú qualificou os Gavião entre os “ocidentais” também chamados “Gaviões do Oeste”, os quais viviam na bacia do Tocantins, e os chamados Pukôbjê e Krinkatí, que habitavam o Estado do Maranhão.

A partir do sec. XX, os chamados “Gavião do Oeste” se dividiram em três grupos, passando a ser denominadas conforme a posição que ocuparam na bacia do rio Tocantins. Assim, foram denominados Parkatejê, o povo à jusante; Kikatejê, o povo de montante; e Akratikatêjê, o povo da montanha, que habitava as cabeceiras do Rio Capim (FERRAZ, 1984), e cuja área, com cerca de 3,6 mil hectares, foi reconhecida como de ocupação tradicional indígena pelo governo do Estado do Pará, por meio do Decreto-Lei nº 252/45 (RIBEIRO JÚNIOR, 2017).

Os Akratikatêjê, também conhecidos como povo “Gavião da Montanha”, figuram entre os primeiros atingidos pela construção de grandes empreendimentos na Amazônia, dentro do planejamento estratégico do governo militar na década de 70, que visava o desenvolvimento regional baseado na exploração das riquezas minerais e na realização de grandes obras de infraestrutura. (LICHTENTHALER, 2007).

Dentre os empreendimentos da época, a Usina Hidrelétrica – UHE de Tucuruí foi, sem dúvida, o que trouxe maiores prejuízos ao povo Gavião da Montanha. A vasta área pertencente aos indígenas, reconhecida como de ocupação tradicional desde 1945, foi desapropriada para a construção

da UHE por meio do Decreto nº 78.659/76, sem considerar quaisquer dos direitos que o povo detinha sobre o seu território (RIBEIRO JÚNIOR, 2017).

Assim, mesmo sem qualquer compensação pelo território perdido, os Akratikatêjê foram obrigados a deixar suas terras, tendo sido, por determinação da FUNAI, removidos para a Terra Indígena Mãe Maria, já habitada pelo povo Gavião Parkatejê, a qual, posteriormente, também veio a ser ocupada pelo povo Gavião Kikatejê (LICHTENTHALER, 2007. p. 53)¹.

Aquela época, sem qualquer legislação que exigisse a realização de Estudos e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) como pré-requisito para o início das obras, as comunidades indígenas atingidas pelo empreendimento não obtiveram qualquer compensação ambiental pelo alagamento de seus territórios. Em relação ao povo Gavião da Montanha houve a celebração de um acordo com a Eletronorte (empresa responsável pela execução da obra) em janeiro de 1984, que resultou no pagamento de uma indenização irrisória pela suposta cessão da terra.

Com a edição da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da capacidade índios de ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses², o povo Gavião da Montanha ingressou com ação judicial buscando obter reparação pela perda territorial provocada pela construção da UHE de Tucuruí³, a qual resultou na condenação da Eletronorte em adquirir e entregar aos Akratikatêjê área de extensão e de condições ecológicas semelhantes às daquela de onde foram os índios forçados a se afastar.

Seguindo imposição do Poder Judiciário, a comunidade indígena indicou à Eletronorte pelo menos duas áreas de interesse, as quais foram consideradas ambiental e antropológicamente adequadas para a fixação dos Gavião da Montanha. Não obstante, a aquisição das áreas acabou esbarrando em diversos entraves, seja pela dificuldade de negociação entre

1 Deve-se ressaltar que essa remoção forçada de diferentes grupos de Gavião para a Terra Indígena Mãe Maria tem gerado uma série de conflitos interétnicos. Como exemplo, cite-se o trecho do laudo antropológico produzido pela FUNAI: “No período em que passei entre os Akratikatêjê diversos membros do grupo narraram situações em que se manifestam formas de exclusão e discriminação que sofrem por parte dos Parkatejê. Entre os exemplos arrolados eles alegam que na hora de se distribuir cargos são preteridos; quando se distribuem bolsas de estudo para a formação superior são excluídos da lista; são proibidos de fazer roça ou criação de animais para produção própria, além de sofrerem comentários jocosos e ofensivos que os deixam humilhados.” (LICHTENTHALER, 2007. p. 53).

2 Constituição Federal - Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

3 Informações sobre os fatos e sobre a controvérsia jurídica constantes neste tópico foram obtidas mediante consulta a peças do processo judicial n. 89.00.01377-7 em trâmite na Seção Judiciária Federal do Pará.

os proprietários e a Eletronorte, seja por problemas na documentação dos imóveis escolhidos.

Após anos de discussão, o Poder Judiciário determinou a realização de perícia para avaliação do valor do imóvel pretendido pelos Akratikatêjê. Porém, fixado o valor da indenização pelo perito, o proprietário da terra a ser adquirida informou não ter interesse em vender a área pelo valor fixado na avaliação, tendo a Eletronorte, por sua vez, se posicionado no sentido de impossibilidade de pagamento de valor superior, por constituir-se como concessionária de serviço público e, por isso, vinculada aos princípios da Administração Pública.

Em razão do impasse nas negociações e a inexistência, *a priori*, de mecanismos jurídicos que obriguem o proprietário a vender suas terras de forma compulsória pelo preço da avaliação judicial e, considerando, ainda, a crescente insatisfação dos Akratikatêjê face o não cumprimento da condenação imposta à Eletronorte pelo Poder Judiciário, cogitou-se a possibilidade de resolver a questão na seara administrativa, por meio da desapropriação da área por interesse social através da FUNAI, às expensas da Eletronorte.

2 PROBLEMAS DA DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA REALOCAÇÃO DE INDÍGENAS

A desapropriação operada pela FUNAI para fins de realocação e compensação de indígenas afetados pela construção de usinas hidrelétricas vem se mostrando problemática. Exemplo patente neste sentido é o caso da Comunidade indígena Tuxá, de Rodelas, na Bahia⁴.

A Comunidade indígena Tuxá foi alvo de remoção compulsória por ocasião da construção da Usina Hidrelétrica Luiz Gonzaga, que inundou parcelas de vários municípios nos Estados da Bahia e Pernambuco, desalojando mais de 200 famílias indígenas.

A Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF comprometeu-se a realocar as famílias e, após anos de insucesso em tal desiderato, foi firmado, em 2004, um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - TAC estabelecendo a responsabilidade de Companhia em implantar projeto agrícola contemplando com parcelas de terra cada uma das famílias até então desalojadas. Tal compromisso, porém, foi ulteriormente substituído por uma indenização em dinheiro paga diretamente aos indígenas, somada à transferência de um valor à FUNAI para aquisição de áreas para a instalação da comunidade.

⁴ Informações sobre os fatos e sobre a controvérsia jurídica constantes neste tópico foram obtidas mediante consulta a peças do processo judicial n. 1999.33.00.010342-0 em trâmite na Seção Judiciária Federal da Bahia.

Nota-se, pois, que a FUNAI culminou por ser responsabilizada a executar procedimento compensatório decorrente de empreendimento sob responsabilidade da CHESF, discussão essa ainda pendente de manifestação definitiva por parte do Poder Judiciário.

A FUNAI vem, então, buscando a aquisição dos imóveis no intuito de assentar as famílias Tuxá. Porém, em uma das hipóteses em que não foi possível operacionalizar a compra do imóvel particular por via amigável – especialmente visando a realocação dos Tuxá de Rodelas –, recorreu-se ao procedimento da desapropriação.

A desapropriação é o “procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.” (CARVALHO FILHO, 2009. p. 774)

Trata-se de uma modalidade de aquisição originária da propriedade, através da qual a administração pública intervém de modo gravoso na propriedade particular, substituindo-a em nome do interesse público, mediante o pagamento de justa e prévia indenização, nos termos do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, submetendo-se a regramento especial em caso de descumprimento da função social da propriedade (art. 182, § 4º, III e 184, da Constituição Federal).

Tradicionalmente a desapropriação se dá a partir de um ato do Poder Executivo que, ao emitir Decreto expropriatório, inicia a chamada fase administrativa.

Nessa perspectiva, em 22/12/2009 foi publicado Decreto que declarou de interesse social para fins de desapropriação uma área para assentamento de famílias da Comunidade Indígena Tuxá de Rodelas.

Tal ato foi objeto de Mandado de Segurança n. 28.751 perante o Supremo Tribunal Federal. Alegava-se que, pelo art. 2º, § 8º, do Decreto n. 1.775/96, a FUNAI não poderia ter dado início à demarcação de novas terras sem a oitiva dos potenciais prejudicados pelo procedimento administrativo que culminou no Decreto expropriatório.

Em que pese a não concessão de medida liminar por parte do Supremo Tribunal Federal - STF, ações violentas por parte de proprietários e posseiros, somados à dificuldade de fixação e insuficiência do valor a ser pago pelo imóvel, ocasionaram excessiva demora, de modo que o Decreto expropriatório foi fulminado pela caducidade.

Novo Decreto expropriatório foi publicado, em 14/03/2014. Tal Decreto teve, porém, seus efeitos suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar monocrática nos autos do Mandado de Segurança n. 33.069.

O argumento acatado pelo Ministro Relator considerou falho o fundamento adotado pelo Decreto. Isso porque, motivou-se a desapropriação

para fins de assentamento de indígenas no art. 2º, *caput*, inciso III, da Lei 4.132/62, que prevê a possibilidade de desapropriação por interesse social para “o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola”.

Entendeu o STF, contudo, que a desapropriação não visaria ao assentamento de cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, mas sim ao assentamento de comunidade indígena em terreno que não constitui área tradicionalmente ocupada. Considerou, ainda, o Ministro Relator, que as terras objeto do Decreto expropriatório seriam ocupadas e plenamente produtivas, o que impediria sua desapropriação com o fundamento no art. 185, II, da Constituição.

No caso envolvendo a Comunidade Tuxá de Rodelas, portanto, a CHESF resumiu sua obrigação compensatória à entrega de valores monetários, restando à FUNAI a responsabilidade de empreender os esforços materiais no intuito de operacionalizar a aquisição das terras e sua disponibilização aos indígenas, estando, no momento, impossibilitada de prosseguir em tal desiderato diante da celeuma jurídica construída em torno da desapropriação da área pretendida.

Os imbróglios jurídicos causados pela pulverização das responsabilidades quanto à compensação dos indígenas fizeram com que, passados mais de 30 anos, os membros da etnia Tuxá ainda se encontrem desprovidos de meios para garantir sua dignidade e suas condições culturais de existência.

A desapropriação tradicional, portanto, envolvendo a necessidade de Decreto por parte do Presidente da República, a elaboração de estudos e procedimentos administrativos por parte da FUNAI e o pagamento de valores por parte de concessionárias padece de larga complexidade e falta de sincronia, importando, ao final, em um prejuízo cada vez mais crescente aos indígenas.

Diante disso, importa considerar se o procedimento simplificado de desapropriação previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil não se constituiria em meio mais célere e eficaz de atender os interesses indígenas em determinados casos, evitando a excessiva pulverização de responsabilidade e retardamento nos procedimentos de expropriação e assentamento.

3 A NOVA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO ART. 1.228, §§ 4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL

Muito embora a clássica concepção civilista consagre a propriedade como sendo um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, não há dúvidas que, a partir do novo paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988, tais características passam a ser relativizadas ante o choque com outros direitos fundamentais. (ALMEIDA FILHO, 2016. p. 3)

Nesse sentido, a Carta Federal de 1988, ao mesmo tempo em que alça a propriedade ao patamar de direito fundamental (art. 5º, XXII) condiciona o seu exercício ao cumprimento da função social (arts. 5º, XXIII; 170, III; 184) inclusive, autorizando o Estado a suprimir a propriedade particular com vistas a atender necessidade ou utilidade pública ou interesse social (art. 5º, XXIV).

Essa constitucionalização do direito civil permite que o direito de propriedade, outrora focado no modelo individual-liberal, seja visto também sob a ótica da socialidade, o que gera significativas mudanças na interpretação deste instituto.

De acordo com Carneiro (2009, p. 67):

A socialidade representaria a superação do modelo individual-liberal que conformou o Direito Civil em sua gênese e que edificou antigo código de 1916. Isso não quer dizer que o Direito Civil tenha perdido o foco das relações individuais, mas que a partir delas não se pode perder o valor social de tais relações. Sob o ponto de vista constitucional, trata-se de um desdobramento do princípio da solidariedade e de todas as “funções sociais” que dele se desdobram, a exemplo da função social da propriedade, da livre iniciativa, da empresa e do contrato.

Embalado por essa novel visão social da propriedade, o Código Civil de 2002 introduziu na ordem jurídica uma nova modalidade de perda de propriedade, a chamada “desapropriação judicial” (ZAVASCKI, 2004), cujos requisitos estão previstos nos §§ 4º e 5º do art. 1.248:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4.º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5.º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Trata-se de verdadeira modalidade de alienação compulsória do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade, desde que preenchidos determinados requisitos previstos pelo legislador, e que traz como regra a possibilidade de o proprietário ser privado da coisa por sentença judicial (LOUREIRO, 2010, p.1203).

Os requisitos previstos pelo legislador para a aplicação do instituto são os seguintes: a) imóvel reivindicado com área extensa; b) a posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos; c) a ocupação por um número considerável de pessoas; d) a realização, em conjunto ou separadamente, de obra ou serviço considerado pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Cumprido ressaltar que “a análise acerca dos referidos requisitos requer uma atuação integradora, capaz de dar vida aos institutos constituídos a partir de cláusulas abertas, através do caso concreto.” (SANTIS, 2013, p. 101).

Assim, caberá ao juiz, na apreciação do caso concreto e tendo em conta os princípios que norteiam a aplicação do instituto, interpretar cada um dos requisitos legais, buscando a real função da propriedade perante o ordenamento jurídico.

Sobre a discricionariedade do juiz nas demandas que envolvem o instituto da desapropriação judicial, assim comenta Tasca (2014, p. 215):

É certo que diante das circunstâncias apresentadas, fica notório o poder discricionário do juiz nas causas que impliquem a demanda dos §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, tendo total liberdade e convicção para formar sua opinião, se pensar a função social como um princípio e não, simplesmente, como uma real necessidade inspiradora de um ordenamento, levada pelo seu positivismo legal.

A partir do momento em que o juiz, levar em consideração os elementos norteadores, baseados em princípios, para poder avocar os conceitos dos dispositivos em estudo, e fazendo ordem hermenêutica no sentido axiológico e ontológico, com certeza, chegará a uma ordem social justa.

Os §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil inserem-se, portanto, na perspectiva constitucional e aberta a partir da qual vem sendo aplicado o Direito Civil na atualidade, oferecendo instrumental dinâmico a fim de que as problemáticas reais sejam contempladas ante a dialeticidade existente entre as noções de posse e propriedade.

Ao permitir a desconstituição da relação de direito firmada entre o proprietário e o bem, o instituto presta-se à praticabilidade e funcionalidade do imóvel no intuito de atender aos desígnios constitucionais (SANTIS,

2013). Deve, portanto, ser aplicado mediante uma interpretação ampliativa voltada para a efetivação *in totum* dos direitos fundamentais albergados pelo ordenamento jurídico.

A desapropriação judicial surge como um instituto simplificado de submissão da propriedade à posse. A partir de uma utilização ampla da apreciação judicial, os valores da dignidade da pessoa humana e do interesse público permitem ao poder judiciário, fazendo valoração própria, impor ao particular a venda compulsória de sua propriedade.

Em que pese os requisitos para a aplicação do instituto serem bastante restritos, é possível verificar que sua inscrição no Código Civil implica, por si só, uma nova configuração dos estatutos tradicionais de Direito Civil em consonância com a tessitura aberta do ordenamento jurídico diante da interrelação entre espécies de normas e ordens normativas (DELMAS-MARTY, 2004) vigente na atualidade.

Nesse contexto, pois, o antigo conceito de posse é revisto e atualizado em consonância com os fins sociais da propriedade, sendo a posse coletiva içada a verdadeiro requisito ensejador da propriedade, a partir da previsão dos §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil (REALE, 1999) e, nessa perspectiva, deve-se analisar sua aplicação no resguardo da concepção cultural conferida à posse pelas comunidades indígenas.

4 A CONCEPÇÃO AMPLIATIVA DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA INDÍGENA DE POSSE

Conforme mencionado anteriormente, as empreitadas levadas a cabo em nome do ideal desenvolvimentista importaram em grave violação dos direitos indígenas, tornando imperiosa a reparação às comunidades. Os direitos dos indígenas aviltados pela ocupação de terras em proveito de empreendimentos de interesse nacional não conseguem, passados mais de 30 anos, ser restaurados ou reparados através de estratégias jurídicas tradicionais e seguem olvidados pelas políticas públicas baseadas em integracionismo e colonialismo (SANTOS, 2015, p. 263).

Vislumbrou-se no caso dos Tuxá, por exemplo, que as soluções expropriatórias tradicionais para a garantia da territorialidade indígena apenas implicam retardo e deterioração da situação dos membros da comunidade, em razão, principalmente, da falta de sincronia entre as fases do procedimento previsto na legislação extravagante.

Tal questão vem se reproduzindo no caso do povo Gavião da Montanha, com a iminência de se enveredar pela mesmo labirinto jurídico dos confrades baianos, visto que, na hipótese de recusa do proprietário em vender a área almejada pelos indígenas, é ventilada, tão somente, a

utilização da desapropriação por interesse social a ser implementada pela FUNAI após Decreto presidencial, com recursos limitados repassados pela Eletronorte.

Diante de tais problemas, necessário, pois, “situar os direitos indígenas como alteridade jurídico-normativa frente ao direito estatuído pela sociedade” (SANTOS, 2015, p. 265), vislumbrando-se a possibilidade de utilizar a desapropriação judicial como opção voltada à implementação dos direitos indígenas. Tal modalidade permitiria evitar os longos trâmites do Decreto presidencial, permitindo, ainda, que os recursos sejam versados diretamente pela Eletronorte ao expropriado, resguardando os interesses indígenas diante do real detentor da obrigação compensatória.

Os §§4º e 5º art. 1.228 do Código Civil exigem, entre outras coisas, a posse ininterrupta de extensa área por um número considerável de pessoas que nela tenham realizado obra ou serviço considerado pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Por certo, uma interpretação literal do dispositivo legal não vislumbrará aplicação do instituto ao caso específico de indígenas que sequer encontram-se ocupando fisicamente as áreas almejadas.

Faz-se imperativo ao *Direito*, porém, efetivar os *direitos* (GRAU, 1998) dos povos lesados, proporcionando condições para a implementação dos mandados constitucionais e internacionais, através da expansão das possibilidades hermenêuticas. Necessário, então, fornecer-se soluções jurídicas abertas e pluralistas (HABERLE, 2002; HESSE, 1992), de modo a conferir efetividade ao valor maior, constitucionalmente garantido, que é assegurar as condições de vida digna aos indígenas, dentro de suas concepções culturais.

É certo que a configuração da posse pauta-se tradicionalmente em elementos de ordinária exteriorização. Tais elementos, contudo, não são capazes de ter em conta todas as circunstâncias futuras, fazendo necessária a intervenção ampliativa do poder judiciário, no intuito de fazer valer os princípios que se encontram na essência do instituto.

Neste sentido, esclarecedora a doutrina de Zavascki (2004, p. 10):

A lei, criada para atuar no futuro, nem sempre consegue intuir os múltiplos fenômenos de colisão de princípios, até porque a vida é dinâmica, apresentando a cada dia novidades que o legislador, que atuou no passado, não imaginava pudessem surgir. Ora, nesses casos, em que há falta ou insuficiência de regra legal de harmonização de princípios colidentes, cumpre ao juiz, ele próprio, criar a norma apta eliminar o conflito.

Dentro dessa ideia de abertura da função jurisdicional, o instituto da desapropriação judicial introduz a perspectiva da posse-trabalho (REALE, 1999, p. 82) a ser valorada pelo juiz ao apreciar o art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

Tal noção, porém, precisa ser adaptada às múltiplas realidades a respeito do tema, diante da pluralidade de situações existentes da esfera continental do Brasil. Nessa perspectiva o instituto da posse tem passado por uma evolução hermenêutica ao longo do tempo, buscando-se uma “correção dos desequilíbrios do passado, a partir de uma aplicação atualizada dos institutos possessórios” (FREITAS JÚNIOR, 2004, p. 3)

A noção de posse impõe, portanto, ampliação capaz de abarcar as distintas realidades e visões culturais em que se insere. Nesse sentido surge a reconfiguração da posse à dinâmica de ocupação evidenciada na região amazônica, origem da moderna concepção de posse agroecológica (BENATTI, 2003). Na mesma sistemática se impõe a adequação da concepção de posse, da propriedade e de sua função social aos interesses das comunidades indígenas, os quais precisam ser concretizados a partir da perspectiva do diálogo das fontes (MARQUES, 2004) e do pluralismo jurídico.

Nesse sentido, a Declaração Internacional dos Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 13 de setembro de 2007 pela Assembleia Geral da ONU, menciona expressamente o direito que assiste a essas comunidades de manter e desenvolver seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais (art. 20), fortalecer sua própria relação espiritual com as terras e territórios (art. 25), sendo-lhes assegurando 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 (art. 26).

A fim de conferir efetividade a tais formulações, o mesmo diploma determina expressamente que:

Artigo 26 [...]

3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos 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.

Artigo 27

Os Estados estabelecerão e aplicarão, em conjunto com os povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, no qual sejam devidamente reconhecidas as leis, tradições, costumes e regimes de posse da terra dos povos indígenas, para reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas sobre suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente possuem, ocupam ou de outra forma utilizem. Os povos indígenas terão direito de participar desse processo.

A Convenção 169 da OIT ressalta, por sua vez, com maior força cogente, no art. 13.1, a necessidade de respeito à importância especial do território para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, respeitando-se suas próprias formas de uso.

Igualmente, o Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Cíveis e Políticos impõe a necessidade de resguardo das concepções culturais das minorias étnicas, possuindo, além de tudo, status constitucional.

Tais concepções normativas vêm sendo concretizadas, no que tange aos interesses dos povos indígenas, em diversas manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressaltando-se o teor da decisão no caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS. Nicarágua*:

A relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

No caso do *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador* a Corte Interamericana manifestou-se no sentido de que a:

Vinculação entre o território e os recursos naturais que os povos indígenas e tribais usaram tradicionalmente e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural, bem como para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, deve ser protegida pelo artigo 21 da Convenção para garantir que possam continuar vivendo de acordo com seu modo de vida tradicional, e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintas sejam respeitados, garantidos e protegidos pelos Estados

A relação existente entre os indígenas e o território reveste-se, pois, de caráter totalmente diverso daquele tradicionalmente seguido pela sociedade moderna e, à tal carga valorativa fica o Estado adstrito, sendo obrigado a adotar ações positivas no intuito de fornecer concretização material a tal desiderato, vez que a implementação dos direitos indígenas não pode se limitar aos meandros do direito processual e à visão estática da ordem jurídica, ignorando a “temporalidade e a cosmologia indígena quanto à liquidez e certeza dos direitos territoriais subtraídos” (SANTOS, 2015, p. 278).

A posse indígena, portanto, conforme bem expõe Freitas Júnior (2004, p. 9), “não pode ter sua proteção subordinada a existência de uma aparência de propriedade ou confundida meramente com a posse civil ou ocupação geral”. Em consequência disso, conforme prossegue o autor, é apenas a partir do seu modo de vida e do seu modo de ver “que se pode dizer que uma terra está na posse dos silvícolas”.

Como bem expõe Ribeiro Júnior (2017, p. 95), relacionando-se especificamente ao caso sob análise:

É nesse contexto de luta que a definição de território pelos indígenas, está diretamente associada à constituição da identidade do grupo, pois ao materializar o pedido de reposição do território, os Akrãtkatêjê, estão também se remetendo ao pedido de reconhecimento do seu modo de vida, da sua cultura; através do seu território, assumem, portanto, a identidade enquanto um grupo entre os “Gavião”, com sua liderança e práticas sociais.

Nesse sentido, verifica-se que a relação possessória indígena se estrutura por requisitos culturais e espirituais que abrangem a representação que os povos fazem do território, abarcando, ainda, a imprescindibilidade das áreas para a própria existência da comunidade indígena em sua essência e, sob esse fundamento, então, deve ser aplicado o instituto previsto nos art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, propiciando dialeticidade entre a ordem normativa tradicional e o contexto da questão indígena.

5 CONCLUSÃO

O estudo ora apresentado evidencia que a garantia dos direitos indígenas à territorialidade que lhe assegure manutenção de seu modo de vida, ancestralidade e sobrevivência cultural encontra óbice na leitura literal, integracionista e restritiva dos institutos jurídicos.

A exemplo dos casos dos indígenas Tuxá de Rodelas e Gavião da Montanha, observa-se que celeumas diversas abarrotam a justiça com lides

que duram várias décadas, perdurando de forma estática e insensível aos efetivos interesses constitucionalmente protegidos que visam implementar. Os indígenas, deslocados de suas áreas de ocupação tradicional em razão da construção de usinas hidrelétricas, se veem desprovidos e compensação e impossibilitados de exercer seu modo de vida em áreas que lhes sejam próprias, muito por conta da complexidade dos procedimentos tradicionais de desapropriação.

Conferindo-se flexibilidade e efetividade às soluções tradicionais dos conflitos entre posse e propriedade surge o instituto da desapropriação judicial previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil. Tal instituto, permitiria, sob o controle e comando do judiciário, que as áreas necessárias ao assentamento das comunidades indígenas fossem expropriadas de forma mais célere – sem a burocracia que reveste a emissão dos Decretos presidenciais –, com a transferência de recursos diretamente por parte dos responsáveis pelos empreendimentos hidroelétricos – evitando que a FUNAI, desprovida de recursos, seja responsável pela aquisição das áreas.

A posse prevista pela Lei Civil como requisito para a aplicação do instituto, porém, em sua perspectiva literal, não teria o condão de abranger a concepção que dela fazem os indígenas.

Diante disso, através da análise pautada em abertura hermenêutica, diálogo das fontes e pluralismo jurídico, os requisitos formais para a utilização de tal instituto devem ser operacionalizados com o intuito de conferir materialidade aos direitos territoriais indígenas.

Uma concepção cosmológica de posse, considerando a tradicionalidade cultural e espiritual dos povos indígenas deve ser valorada e, conseqüentemente, utilizada para possibilitar a aplicação dos institutos jurídicos de modo a garantir o interesse dessas comunidades, assegurando-lhes a territorialidade imprescindível à sua existência.

Deve-se, portanto, prezar pela superação dos entraves processuais e procedimentais que ignoram a temporalidade indígena e, através da valorização da concepção simbólica, ancestral e cosmológica da posse, utilizar a desapropriação judicial em nova perspectiva para promover maior celeridade na efetiva concretização dos direitos desses povos tão amplamente menosprezados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto Souza de; ISHIKAWA, Lauro. A regularização fundiária pela desapropriação judicial privada por posse-trabalho. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n.66, p. 273 - 290, abr./jul. 2016.

- BENATTI, J. H. *Posse agroecológica e manejo florestal*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. O novo Código Civil e as políticas públicas - Uma análise da desapropriação judicial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte: Sec. Tribunais, v.23, n.145, p. 66-86, jan./fev. 2009.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DELMAS-MARTY, M. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.
- FERRAZ, Iara. *Os Parkatejê das matas do Tocantins: a epopeia de um líder Timbira*. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas, 1983.
- FREITAS JÚNIOR, Luís de. Hermenêutica constitucional da posse indígena. *Revista da AGU*, a. VII, n 15, p. 129-148, mar. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LICHTENTHALER, W. B. *Laudo Antoprológico em que se avalia a adequação das terras pretendidas pelos Akratikâtejê como indenização pelo antigo território que perderam por conta das obras da Usina Hidrelétrica de Tucuruí, de responsabilidade da Eletrorte*. Marabá: FUNAI, 2007 (mimeo).
- LOUREIRO, Francisco et. al. *Código Civil Comentado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010.
- MARQUES, C. L. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.
- REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO JÚNIOR, Ribamar. Akratikâtejê: a luta pelo reconhecimento do seu território. *Revista Confronteiras*, a. 1, n. 01, p. 77-102, abr. 2017.

SANTIS, Paula Ramos Nora. *Desapropriação judicial e dignidade da pessoa humana*: a prevalência da função social da posse agrária. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2013.

SANTOS, Jorge Luis Ribeiro dos. Povos indígenas, direito e estado: rompendo cânones do integracionismo jurídico. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 1, p. 256-283, jan./abr. 2015.

TASCA, Jocimar Antonio. Desapropriação judicial diante da realidade contemporânea. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 28, n. 176, p. 199-229, mar./abr. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Direito e Democracia*, v. 5, n. 1, p.7-28, 1. semestre, 2004.

JURISDIÇÃO E CULTURA INDÍGENAS NO MARCO LEGAL BOLIVIANO

*INDIGENOUS JURISDICTION AND CULTURE IN THE
BOLIVIAN LEGAL LANDMARK*

Marcelo Kokke

Pós-doutorando em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela (ES). Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Especialista em processo constitucional. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Especializado em Matéria Ambiental. Professor de Direito Ambiental. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil – APRODAB. Membro da Academia Latino Americana de Direito Ambiental.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Significado de minoria; 2 Pluralismo jurídico boliviano; 3 Jurisdição indígena e jurisdição constitucional; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo desenvolve abordagem da relação entre cultura e jurisdição na Bolívia, especificamente, em relação à jurisdição indígena. A autodeterminação dos povos indígenas na Bolívia é reconhecida constitucionalmente. Esse reconhecimento é caracterizado pela existência de um tipo específico de pluralismo jurídico. No sistema boliviano, os povos e comunidades indígenas contam com uma jurisdição indígena própria com autoridade para aplicar penalidades. Entretanto, quando as penalidades violam as normas constitucionais, é possível submeter a decisão da jurisdição indígena à jurisdição constitucional. O artigo analisa um desses casos, a Sentença Constitucional Plurinacional n. 1422/2012. No caso tratado, a jurisdição indígena puniu com expulsão da comunidade indígena toda família da pessoa que cometeu o ato ilícito. A metodologia adotada consiste em revisão normativa da legislação boliviana e sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais. O exame do tema será executado com suporte na teoria crítica da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralismo Jurídico. Jurisdição Indígena. Jurisdição Constitucional. Bolivia. Teoria Crítica da Sociedade.

ABSTRACT: The current article develops an approach to the relationship between the culture and jurisdiction in Bolivia, especially regarding indigenous jurisdiction. The self-determination of indigenous people in Bolivia is recognized by Constitution. This recognition has been characterized by a special kind of legal pluralism. In the Bolivian system, indigenous peoples and communities rely on their own indigenous jurisdiction with the authority to apply penalties. However, when the penalties breach constitutional rules, the indigenous decision may be submitted to constitutional jurisdiction. This article analyzes one of these cases, the Plurinational Constitutional Sentence n. 1422/2012. In the case under consideration, indigenous jurisdiction punished with expulsion from the indigenous community the entire family from the one who committed the unlawful act. The adopted methodology consists of a normative revision of the Bolivian law and its enforcement by judicial organs. The examination of the subject will be carried out with the support of critical theory of society.

KEYWORDS: Legal Pluralism. Indigenous Jurisdiction. Constitutional Jurisdiction. Bolivia. Critical Theory of Society.

INTRODUÇÃO

A abordagem da dinâmica plural de vida e regência de organização jurídica de um povo ou comunidade demanda a conjunção entre práticas sociais e padrões jurídicos reguladores. A problemática que surge quando se tematiza o pluralismo jurídico, ou seja, a convivência em um âmbito social de sobrepostas e paralelas regências normativas institucionalizadas, é justamente o potencial de choque jurídico. Esse potencial de choque corresponde à confrontação entre a qualificação jurídica que uma prática social recebe de mais de um marco regulador presente na comunidade ou comunidades que se mantém aglutinadas. A questão reveste o sociológico e o jurídico em uma dimensão reflexiva e crítica.

O tema desenvolvido no presente artigo é justamente a confrontação normativa que recebe uma prática social indígena em um regime de pluralismo jurídico institucionalizado e constitucionalizado. Para situar o tema proposto, selecionou-se caso decidido pelo Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, Sentença Constitucional Plurinacional – SCP - n. 1422/2012, no qual, em um ambiente constitucional de pluralismo jurídico, analisa-se reforma de penalidade imposta pela jurisdição indígena. O caso consiste em decisão da jurisdição indígena boliviana que veio a aplicar penalidade de expulsão a toda uma família, incluídos pais e filhos, por delito praticado por um dos filhos menores. Segundo a compreensão da jurisdição indígena, o delito, apesar de cometido somente por uma pessoa, revelava um caráter vinculador de toda a família, donde não seria possível individualizar a responsabilidade diante de um quadro de cosmovisão do mundo e que envolve o indivíduo.

O percurso de análise da decisão da jurisdição indígena e sua reforma procedida pelo Tribunal Constitucional demanda suportes referenciais. O primeiro deles remete ao quadro definidor de minorias e do pluralismo. O segundo determina análise da configuração jurisdicional boliviana, inclusive em grau constitucional. A metodologia adotada para abordagem do tema consistirá em revisão normativa da legislação boliviana coordenada com sua aplicação prática pelos órgãos jurisdicionais, perfazendo a avaliação do tema a partir do marco da teoria crítica em sua vertente de análise da sociedade, evitando déficits sociológicos na apreciação do tema.

Os principais questionamentos a que se visa responder são referentes à disciplina do pluralismo jurídico boliviano e, em especial, da conformação da jurisdição indígena. A isto alia-se a abordagem da conciliação e revisão de posicionamentos plurais de comunidades indígenas tendo em consideração o suporte de direitos e garantias fixados na Constituição. Busca-se assim confrontar em uma dinâmica constitucional a interculturalidade quando ela

se manifeste em confrontações aparentemente inconciliáveis de apreensão de contextos por marcos normativos diversos e paralelos.

1 SIGNIFICADO DE MINORIA

A proteção da diversidade e afirmação da identidade labora com um tema angular para definição do panorama discursivo que envolve comunidades sujeitas a culturas abrangentes. Trata-se da configuração de minoria. A identificação de minorias está sujeita ao risco de interpretação vinculada ao conceito matemático. Esse risco consiste na apreciação meramente quantitativa de grupos sociais, aferindo o que seja minoria por uma apreciação aritmética do quantitativo de pessoas em um grupo social e assim o relacionando com o total da coletividade. Ceder ao risco aritmético de apreciação da minoria cega a apreciação de práticas sociais sob um patamar crítico-social. A questão envolve, portanto, uma primária interrogação. Quem é minoria?

O debate envolve questões de filosofia política, ligadas à teoria da justiça, com efeitos decisivos na esfera jurídica, principalmente tendo em conta padrões de correção de distorções sociais e o primado da construção de uma sociedade plural grifada pelo respeito mútuo em sua diversidade. Importante referencial teórico para abordar o tema é a construção desenvolvida por Gilles Deleuze (2010). Maioria e minoria não se determinam pelo quantitativo de pessoas, mas sim pela posição ocupada perante o modelo de ser, de estar, de apresentar-se perante o todo da sociedade. A minoria é formada por aqueles que devem adequar-se a um modelo de ser ou estar em sociedade, é formada por aqueles que são arrastados a conformar-se a dados modelos de existência produzidos ou forjados a imperar sobre sua própria manifestação de autenticidade. Portanto, o suporte que afirma a tutela das minorias é a afirmação da emancipação, consistente em superação de padrões e práticas sociais de opressão ou homogeneização.

A minoria é aquela que se vê sujeitada por padrões não justificados perante a igualdade e autenticidade a assumir uma forma de ser ou conduzir-se para se sintonizar ao modelo imperante. É sob esse prisma que se situa a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. Não tutela ela uma população, mas sim pessoas ligadas a uma configuração de povo, delineadas por pertencerem a um núcleo cultural e institucional de vida que se conforme como potencialmente ameaçado por padrões de homogeneização. A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais situa-se, ao lado da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNESCO, 2005),

como instrumento internacional de proteção das minorias. A Convenção, elaborada na Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura, expressa o caráter contra-hegemônico que caracteriza a tutela da diversidade, das minorias. Um dos princípios diretores é a igual dignidade e deferência recíproca, de modo a promover e proteger a diversidade a partir do pilar de reconhecimento de equivalente dignidade e respeito entre os povos e suas culturas, “incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas” (UNESCO, 2005, p. 3).

O norte definidor de minoria remete a um patamar maior: a tutela da minoria não pode projetar novas opressões em núcleos setorizados de pessoas dentro da própria comunidade minoritária. Se o suporte que afirma a tutela das minorias é a afirmação da emancipação, consistente em superação de padrões e práticas sociais de opressão ou homogeneização, releituras internas em uma comunidade que impeçam o propagar da opressão e homogeneização estão a favor, e não contra, a própria dimensão afirmadora do pluralismo. Não obstante toda a conformação normativa de tutela da identidade das minorias, afirmada pela teoria do reconhecimento como expressão de respeito na formação do ser perante o outro, não se pode recair em um coletivismo, expressão do multiculturalismo que sufoca e absorve o indivíduo em face do todo social comunitário.¹

2 PLURALISMO JURÍDICO BOLIVIANO

O fator de maior expressão na tomada do regime jurídico indígena na Bolívia diz respeito ao pluralismo jurídico, caracterizado pela presença de instituições jurídicas próprias da comunidade, garantidas e inseridas pela Constituição como parte do próprio exercício jurisdicional. O pluralismo jurídico é marca determinante no modelo boliviano na medida em que se faz como fonte das construções jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, que permitem, por exemplo, a configuração de níveis diversos de ordenamentos jurídicos, ligados por sua vez a povos e comunidades diferentes. A denominação da Carta boliviana se faz emblemática ao apresentar-se como Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia. É possível aqui falar de uma verdadeira função jurisdicional indígena, como destacam Dan e Nascimento (2016, p. 356). O Estado Plurinacional manifesta-se assim tanto politicamente quanto na organização judiciária, afirmando que as “nações indígenas exercem suas funções jurisdicionais e de competência através de suas autoridades, aplicando seus valores culturais, princípios, normas e procedimentos próprios”. (DAN; NASCIMENTO, 2016, p. 356).

1 A questão é tratada de forma profunda por Benhabib (2002).

O paradigma de realização dessa interação jurídica e política está ligado à atribuição de significado da natureza e sua interlocução com o ser humano. Inserindo-se desde o Preâmbulo constitucional, o paradigma da *Madre Tierra* expressa um objetivo de integração dos seres humanos entre si e destes últimos com a natureza, envolvidos em harmonia e equilíbrio. Essa cosmovisão social e, pode-se dizer, existencial, ganha concretude na *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, Lei n. 300, de 15 de outubro de 2012, quando relaciona dentre seus princípios os direitos coletivos e individuais das populações indígenas,² integrando o modo de vida e a percepção de interação indígena para com o meio ambiente à ideia de Viver Bem, pauta de condução humana na vida comunitária. O pluralismo se situa aqui em uma dinâmica escalonada de emancipação e alteridade, pela qual “expressa o reconhecimento de valores coletivos, de práticas e conhecimentos locais, que não podem sofrer limitações de um direito dominante”. (FERREIRA; CAOVIALLA, 2016, p. 33)

A abertura jurídica se faz como via discursiva de manifestação do ser humano em sua diversidade cultural e política, materializada em práticas institucionais sob tutela normativa. O pluralismo jurídico é captado pela concretização jurídica de padrões culturais dissonantes, mas conviventes em um mesmo plano de integração coletiva, em um mesmo Estado. Nesse sentido, Cabrera (2005, p. 151) salienta que a cultura proporciona, ciclicamente, a produção de “mais sociedade” ao fomentar determinado fluxo de comunicação social, donde “como concepto histórico es la ‘memoria de los sistemas sociales y sobre todo, del sistema social llamado sociedad’”. (CABRERA, 2005, p. 151)

O pluralismo jurídico determina a existência, em um mesmo território do Estado, de regimes jurídicos e padrões normativos diversos, institucionalizando diferentes práticas sociais e padrões de conduta vinculados a um suporte cultural e comunicativo próprio. É nesse cenário conceitual que a Constituição boliviana proclama a autonomia e o reconhecimento dos direitos das nações e dos povos indígenas.³ A

2 *Artículo 4. (PRINCIPIOS)*. Los principios que rigen la presente Ley además de los establecidos en el Artículo 2 de la Ley N° 071 de Derechos de la Madre Tierra son: 1. Compatibilidad y complementariedad de derechos, obligaciones y deberes. Un derecho no puede materializarse sin los otros o no puede estar sobre los otros, implicando la interdependencia y apoyo mutuo de los siguientes derechos: b) Derechos colectivos e individuales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas.

3 *Artículo 30*. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 1. A existir libremente. 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión. 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto

autonomia indígena implica competências exclusivas da nação indígena em seu território para diversas atribuições, dentre as quais figura a competência para elaborar o Estatuto da Coletividade, em conformidade com a Constituição e com a lei. O Estatuto é expressão jurídica da autonomia e autodeterminação normativa da comunidade indígena, encontrando ainda regulação paralela pelo Marco de Autonomia e Descentralização, constituído pela Lei n. 31, de 19 de julho de 2010, que estabelece níveis de atribuição e gestão, inclusive com competências próprias do governo indígena.

Entretanto, em ímpar diferenciação, o pluralismo jurídico na Bolívia conta com uma jurisdição especial, a jurisdição indígena, vista como condição indispensável para a real autodeterminação dos povos indígenas e camponeses. Em igual hierarquia e em paralelismo, a jurisdição ordinária está pareada com a jurisdição indígena originária, que se exerce pelas próprias autoridades indígenas.⁴ Albó (2010, p. 356) externa o pano de fundo do pluralismo boliviano e da própria dimensão da jurisdição indígena no fato de que em censo realizado no país 62% da população boliviana se declarou como pertencente a povos indígenas originários. Há aqui um direito de aplicação da norma indígena ao seu próprio território e aos membros da comunidade.

a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal. 4. A la libre determinación y territorialidad. 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios. 7. A la protección de sus lugares sagrados. 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios. 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados. 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo. 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales. 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros. 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado. III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.

4 *Artículo 179.* I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional. IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

A jurisdição indígena, ao contrário da jurisdição estatal, que está ligada ao vínculo político-jurídico, lastreia-se em um vínculo particular das pessoas com a comunidade, possuindo forte caráter comunitário com tendência coletivista. Beltrão e Oliveira salientam que o exercício da jurisdição indígena não se reduz ao campo jurídico propriamente dito, mas sim se manifesta como garantia da “revitalização da própria noção de cidadania, ou melhor, das cidadanias que possam coexistir num mesmo espaço político-territorial”. (BELTRÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 716-717)

O artigo 191, I, da Constituição da Bolívia determina que a jurisdição indígena originária campesina se fundamenta em um vínculo particular das pessoas que são membros da respectiva nação ou povo indígena decorrente de lastros culturais, pessoais e territoriais. Em razão disso, determina a Constituição como jurisdicionados os membros da nação ou povo indígena, em uma relação de sujeição diretamente prevista na norma constitucional, que prevê em seu artigo 192, I, que “toda autoridade pública ou pessoa acatará as decisões da jurisdição indígena originária campesina”. A executoriedade das decisões da jurisdição indígena deve ser garantida pelos órgãos do Estado boliviano, o que remete, portanto, inclusive às medidas de persecução e cumprimento forçado. Os fatos ou os efeitos produzidos em uma comunidade ou nação indígena que se afigurem contrários aos padrões institucionalizados de conduta e ação prescritos pela comunidade podem ser sancionados pela própria jurisdição indígena, apoiada pelo poder coercitivo estatal.

A coordenação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária, assim como sua relação com os órgãos do Estado, é regrada pela *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, Ley n. 73 de 29 de dezembro de 2010, ratifica limites ao exercício da jurisdição indígena. Em seu texto, simultaneamente limita-se e abre-se espaço para punições próprias, aplicadas pelas autoridades indígenas. É possível a perda de terras e expulsão por não cumprimento de deveres comunitários, encargos, contribuições ou trabalhos determinados pela comunidade, embora a lei restrinja a penalidade em caso de pessoas incapazes, conforme prescrito em seu artigo 5º, III, ao lado de proibições de violência física e linchamento, incisos IV e V.⁵ Lado outro, a conformação da jurisdição indígena e da própria organização dos povos originários do

5 *Artículo 5. (RESPECTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES). III. Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales. IV. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema. V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.*

país pode inclusive romper com paradigmas comuns ao plano constitucional ocidental, como a separação de poderes. Neste sentido, salientam Carlos Romero e Xavier Aibó:

Supuesto el estilo holístico o integrador de los pueblos originarios, no será allí preciso que haya una rígida división de poderes. Algunos pueblos originarios dicen, por ejemplo, que sus diversas autoridades “siempre caminan juntas”. Por lo general los casos más graves tienden a ventilarse en la asamblea comunal o incluso intercomunal, con procedimientos que, aun sin estar escritos o ni siquiera fijados de una vez por todas, son reconocidos y acatados por los comunarios. La asamblea funciona así como una especie de corte final de apelación. (ALBÓ; ROMERO, 2009, p. 70)

A interação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária conta com mecanismos de coordenação, voltados, sobretudo, para a manutenção de meios de integração e diálogo, com intercâmbio de experiência e métodos de resolução de conflitos.⁶ Mas, e na hipótese de um conflito entre a jurisdição indígena originária e a jurisdição ordinária? E na hipótese de sanções ou punições aplicadas pela jurisdição indígena que sejam compreendidas como violadoras de normas constitucionais superiores ou que venham mesmo a afetar direitos consagrados ao indivíduo para afirmar sua emancipação e autonomia? Caberá nessa hipótese ao Tribunal Constitucional Plurinacional resolver o conflito, na qualidade de órgão máximo da jurisdição boliviana.⁷

Em decorrência, a jurisdição indígena originária é de titularidade das nações e dos povos indígenas, contando com reconhecimento pelo Estado, cabendo-lhe exercer suas funções jurisdicionais e de competência por meio de suas autoridades e aplicação dos princípios, valores culturais, normas e procedimentos indígenas. Entretanto, o pluralismo jurídico e de jurisdições ganha contornos definidos na própria Constituição, que determina à jurisdição campesina respeitar o direito à vida, o direito à

6 *Artículo 17. (OBLIGACIÓN DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN).* Las autoridades de todas las jurisdicciones no podrán omitir el deber de coordinación y cooperación. Esta omisión será sancionada como falta grave disciplinaria en la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las especiales; y en el caso de la jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios.

7 *Artículo 202.* Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: 11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

ampla defesa e os direitos e garantias previstos na própria Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia.⁸

3 JURISDIÇÃO INDÍGENA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A prática de exercício pelo Tribunal Constitucional veio a expressar o que Romero e Albó denominam como interculturalidade jurídica.⁹ O fenômeno se revela por uma crescente aproximação e intercâmbio entre as vias jurisdicionais ordinárias e as vias indígenas, gerando uma integração discursiva e não homogeneizante. Mas as situações de conflito não podem ser ignoradas. Em confrontação da compatibilidade de decisão da jurisdição indígena para com as normas constitucionais, veio o Tribunal Constitucional a apreciar os limites de de legitimidade da aplicação de penas com suporte na cosmovisão comunitária de responsabilidade por atos ilícitos. A cosmovisão indígena comunitária corresponde à compreensão do mundo e das relações sociais como um todo implicado, donde não é possível fracionar o indivíduo como se fosse um átomo desvinculado da comunidade, do social, da família.

Ao julgar o Caso Huanca (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, 2016, p. 202), a jurisdição indígena, por meio da *Junta Vecinal de Poroma provincia Oropeza del departamento de Chuquisaca*, filho da família Huanca foi processado por furto de valores monetários. No julgamento, embora reparado o valor do furto, veio a ser decidido pela jurisdição indígena que seria devida a expulsão da comunidade de toda a família do infrator, o que incluía pai, mãe e filhos menores. Na cosmovisão indígena, não se pode separar a conduta do infrator de sua pertinência à família como um todo, assim como da aceitação de permanência daqueles como membros da comunidade indígena como um todo já que macularam seu vínculo social. Para a decisão indígena, toda a família, não só o infrator, é responsável por ter rompido com a paz e tranquilidade da comunidade. Em síntese, pela compreensão da jurisdição indígena, o caráter vinculador da família se insere em uma cosmovisão de mundo que torna a família

8 *Artículo 190. I.* Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. *II.* La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

9 “En la práctica cotidiana en casi todos los niveles ocurren también numerosos casos que requieren lo que podríamos llamar interculturalidad jurídica o, si se prefiere, interlegalidad, tanto dentro como fuera de las ETIOC. Ya insinuamos algunas posibles situaciones al comentar el art. 191. Los estudios de caso que se van acumulando, desde los diez volúmenes pioneros del Ministerio de Justicia (1999), muestran permanentes ejemplos de esta aproximación intercultural a las dos fuentes de derecho en la práctica cotidiana de la población. (Albó, Romero, 2009, p. 71)

envolvida no ato de violação à comunidade, contaminando-a em seus antecedentes o ato de um de seus membros. Na decisão, fixou-se que:

[...] también que los hermanos menores de esta familia lamentablemente ya seguían los pasos del hermano mayor y el ejemplo del mismo, aprendiendo a robar y lastimar a la personas el cual es un riesgo permanente para la integridad física de las personas de esta localidad". (sic). QUINTO: aclarar que en caso de no hacerse justicia en este caso, la Junta vecinal del Pueblo de Poroma tomaremos las acciones de hecho, con la intención de proteger a nuestras familias de este tipo de personas que dañan la sociedad. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, SPC n. 1422/2012)

Entretanto, a decisão da jurisdição indígena veio a ser questionada em seu próprio substrato. A punição fixada com base na cosmovisão para expulsão da família, impactando inclusive menores, foi objeto de levante diante do Tribunal Constitucional Plurinacional sob o argumento de que vai de encontro às previsões constitucionais que impedem penalidades excessivas, além de que a família como um todo estava sendo sujeita à violência física e psicológica na comunidade, o que não encontrava cobertura nas normas constitucionais. O Tribunal Constitucional veio a julgar a questão tomando em conta o próprio princípio do Viver Bem.

Aplicou-se expressa restrição à dimensão do poder punitivo indígena justamente pela sujeição às normas constitucionais que tutelam o indivíduo, mesmo que situado em sua comunidade, de atos opressivos ou que lhe afetem gravemente em razão de uma situação de vulnerabilidade, como a infância. O Tribunal, embora respalde em tutela direitos constitucionais em si da família expulsa, não afasta a cosmovisão comunitária para afirmá-los. Pelo inverso, parte da própria cosmovisão para compreender o princípio do Viver Bem e assim afirmar a inadequação da decisão de expulsão para com o próprio suporte conceitual em que se insere a cosmovisão comunitária, inclusive tendo em conta a proteção reforçada devida à mulher, às crianças e aos adolescentes:

Se dijo también en el Fundamento Jurídico IV.6 de la presente Sentencia que en circunstancias en las cuales los actos denunciados como lesivos versen sobre derechos de mujeres o la minoridad en contextos intra-culturales, el control plural de constitucionalidad, deberá asegurar la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión, a través de una ponderación reforzada a la luz de una pauta específica de interpretación: la interpretación intra-cultural favorable, progresiva y

extensiva para estos sectores, a cuyo efecto, se establece la vigencia del paradigma de la favorabilidad para las mujeres y minoridad, al cual debe armonizarse la cosmovisión de todo pueblo y nación indígena originario campesina. En el caso concreto, se tiene que la cosmovisión del pueblo indígena originario campesino de Poroma, contempla la inclusión e igualdad de la mujer y su alto estatus comunitario, ya que de acuerdo a los documentos generados por la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional, en el marco de la cosmovisión del pueblo de Poroma, la ritualidad en la administración de justicia en la comunidad de Poroma, está basada en la dualidad que suministra la autoridad denominada Khariwarmi que regula y equilibra la sanción a imponerse a los infractores. En este contexto, se tiene que Khariwarmi es un término quechua que significa la complementariedad entre la mujer y el hombre en la administración de justicia (fs. 106), este elemento, ejemplifica la cosmovisión de este pueblo en relación a la mujer, por cuanto, a la luz de una interpretación intra-cultural favorable, progresiva y extensiva, se tiene que la decisión ahora analizada, es decir la notificación de 15 de enero de 2012, afecta a la cosmovisión de la comunidad en relación a un grupo en condiciones de vulnerabilidad, sujetas a una protección reforzada como es el caso de las mujeres. Asimismo, esta decisión afecta a otro sector vulnerable, que es el de la minoridad, ya que la sanción de expulsión, se establece también en relación a los hijos menores de edad de los accionantes. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, 2016, p. 203-204)

É relevante notar que o fundamento de afirmação da tutela em face da expulsão não constituiu uma quebra do pluralismo ou mesmo uma exceção da afirmação da minoria comunitária em face do direito Estatal em si. Pelo inverso. O fundamento veio a constituir-se na própria afirmação do eixo justificador da tutela das minorias e afirmação da heterogeneidade indígena, de modo que não se convertam instrumentos de emancipação em fontes internas de opressão a partes vulneráveis de uma coletividade. A jurisdição indígena deve assim seguir as linhas constitucionais que trilham pela afirmação da emancipação em uma pauta ética do Viver Bem sem configurarem como excludentes ao custo de sacrifício de uma tutela superior da individualidade situada.

Em termos de ponderação para com o cenário pátrio, o caso boliviano pode ser posto em contraponto ao “caso Denilson”, decidido pela jurisdição brasileira (SILVEIRA; CAMARGO, 2017). Este último versa sobre feticídio praticado por indígena em que a própria comunidade aplicou penalidade ao homicida, considerando ambos como integrantes

da coletividade. O caso ocorreu na comunidade indígena do Manoá, no Estado brasileiro de Roraima. A diferença substancial entre o caso julgado na Bolívia e o caso brasileiro reside principalmente no fato de estarem, no brasileiro, em comunhão de sentido punitivo tanto a jurisdição do Estado quanto a reputada jurisdição ou poder punitivo da comunidade indígena.

O processo judicial criminal tramitou na Comarca de de Pacaraima, em Roraima, autos n. 0090.10.000.302-0. Em seu curso, como destacam Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo (2017, p. 22), a Advocacia-Geral da União questionou a competência do Judiciário estatal para aplicar punição ao indígena autor do delito em razão da própria comunidade já lhe ter aplicado a penalidade, apoiando-se assim na autodeterminação dos povos indígenas para sustentar a vedação de *bis in idem*. O juízo de primeira instância, ao fundamento do artigo 57 do Estatuto do Índio e artigo 231 da Constituição da República veio a acolher a argumentação a favor de afastar o direito de punir do Estado.

O artigo 57 do Estatuto do Índio, Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe que será tolerada a aplicação pelas comunidades indígenas, a partir de suas próprias normas, de sanções penais ou disciplinares contra seus membros. A limitação fixada diz respeito a penalidades de caráter cruel e infame, sendo vedada a pena de morte. O dispositivo se agrega à previsão constitucional de reconhecimento da organização social, costumes e tradições indígenas, embora a matriz constitucional brasileira não seja explícita ao admitir uma jurisdição indígena.

O Tribunal de Justiça de Roraima veio a confirmar a sentença, argumentando que nova penalização pelo Estado seria equivalente a um *bis in idem*, já que punido o ato ilícito pela comunidade indígena. Não houve recurso, donde não restou a questão apreciada pelos Tribunais Superiores.

O caso externa o reconhecimento no Judiciário brasileiro de um verdadeiro *jus puniendi* da comunidade indígena (SILVEIRA; CAMARGO, 2017, p. 25), remetendo inclusive à Convenção n. 169 da OIT. O artigo 9º da Convenção, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, fixa que “1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto”.

Não obstante o caso brasileiro afaste-se do contexto tratado no caso boliviano, justamente por ser o primeiro visualizado sob a ótica da

vedação do *bis in idem* e o segundo pelo contraste punitivo e seus limites entre a jurisdição do Estado e a jurisdição indígena, é possível inferir que há limites em ambas as nações para o exercício do poder punitivo indígena. Nesse sentido, Silveira e Camargo ponderam que o exercício da jurisdição indígena há de ser considerada “sempre tendo como limite de ‘tolerância’ a nossa pauta universal de direitos humanos e os direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal de 1988.” (2017, p. 27). Aliás, o próprio artigo 9º da Convenção n. 169 externa a possibilidade de fixação de limites do exercício de avaliação punitiva pelas comunidades indígenas.

Individualidade situada, não universalismo do indivíduo. Esse é um ponto de grande relevância. Não se pode visualizar a decisão do Tribunal Constitucional boliviano sob o prisma humanista ou iluminista do indivíduo como ser despreendido. Pelo inverso, a decisão ainda parte do padrão ético de conduta, mas nele avança para afirmar que a decisão de expulsão não se configura como adequada dentro do quadro contextual traçado. Não há aqui um paradigma liberal oposto ao comunitário, mas sim uma leitura do paradigma comunitário que alicerça a autodeterminação indígena e o próprio pluralismo jurídico em sua feição contra-opressiva. O conflito intercultural é solvido pela própria reflexão jurídico-situada da interculturalidade e do significado imprimido aos limites da autonomia e jurisdição para a efetiva realização situada do Viver Bem abstratamente previsto como pauta ética de compromisso social.

4 CONCLUSÃO

A compreensão e afirmação de minorias culturais na Bolívia possui uma acepção ligada à contra-homogeneidade, à afirmação da autonomia e autodeterminação de formas combativas às situações de opressão e absorção majoritárias vivenciadas ao longo do processo histórico. Essa construção permitiu um caráter próprio ao pluralismo jurídico boliviano. Sua feição normativa, prevista constitucionalmente, estabelece a tutela da autodeterminação dos povos e comunidades indígenas, dotando-lhes de uma jurisdição indígena própria e com competências previstas em lei e na própria regência do texto constitucional.

A jurisdição indígena possibilita às autoridades indígenas não somente afirmarem as normas indígenas comunitárias, mas também aplicar punições ou penalidades aos membros da comunidade que se postem em desconformidade com os deveres de conduta fixados a partir de práticas sociais tidas como devidas e institucionalizadas. A dinâmica compreensiva da realidade na construção das normas indígenas e sua aplicação volve-se para princípios e paradigmas próprios, donde se destaca o Viver Bem, em

que a percepção de cosmovisão comunitária é base para a compreensão da própria conduta devida pelos membros da coletividade situada.

Entretanto, quando as punições ou penalidades aplicadas se configurem como excessivas ou violadoras do primado do Viver Bem, interpretado em interculturalidade e em uma matriz constitucional, pelo próprio Tribunal Constitucional Plurinacional, é possível o exercício de jurisdição superior para reformar decisões punitivas proferidas pela jurisdição indígena. Não obstante, a reforma e tutela de direitos não se faz pelo paradigma universal de direitos individuais tidos como abstratos, mas sim em uma análise contextualizada do caso e dos pressupostos situados das pessoas e valores sociais atingidos.

A disciplina constitucional do pluralismo jurídico boliviano não se faz por um coletivismo comunitário, mas por uma afirmação normativa de autodeterminação de comunidades comprometidas com o postulado constitucional da emancipação e confrontação a práticas sociais opressivas. A conciliação e revisão de julgados efetivados pela jurisdição indígena não se afigura como uma quebra dos postulados do pluralismo, mas sim desenvolve em suas premissas próprias de realização. Os direitos e garantias fundamentais são, desta forma, compreendidos a partir de uma pauta ética e de bens juridicamente compartilhados pela sociedade plural.

REFERÊNCIAS

ALBÓ, Xavier. Las flamantes autonomías indígenas en Bolivia. In: GONZÁLES, Miguel; MAYOR, Araceli Burguete Cal y; ORTIZ-T., Pablo. *La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional em América Latina*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador: Cooperación Técnica Alemana – GTZ: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social – CIESAS: Universidade Intercultural de Chiapas – UNICH, 2010.

ALBÓ, Xavier; ROMERO, Carlos. *Autonomías indígenas en la realidad boliviana y su nueva constitución*. La Paz: Vicepresidencia del Estado / GTZ-PADEP, 2009.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Povos indígenas e cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina. *Revista de Antropologia*, São Paulo, USP, v. 53 n. 2, p. 715-744, 2010.

Benhabib, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

CABRERA, Arturo A. Cano. La construcción histórico metodológica de lo indígena: la expectativa política (el tema de lo indígena en el congreso mexicano en el siglo XIX. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 141-153. jan. – jun., 2005.

CARRILLO, Marianela. Reseña de “La Guerra del Agua en Cochabamba, Bolivia: dos lecturas” de Carlos Crespo, Omar Fernández y Gabriel Herbas. In: *Cuadernos del CENDES* [online] 2005, 22 (mayo-agosto): [Date of reference: 4 / agosto / 2015] Available in:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40305919>> ISSN 1012-2508.

CERCEÑA, Ana Esther. De saberes y emancipaciones. In: *De los saberes de la emancipación y de la dominación*. Coordinado por Ana Esther Ceceña. 1a ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2008.

DAN, Vívian Lara Cáceres; NASCIMENTO, Diogo de Carvalho. Análises sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano. In: *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 14, 2016, p. 350-375, p. 356. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/17857/16486>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2010.

FERREIRA, Bruno; CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. Estado plurinacional da Bolívia: a contribuição do Tribunal Indígena para uma ressignificação do sistema de justiça. In: *Teoria constitucional* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto –Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/432>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

MATURANA, Cynthia Silva; SORUCO, Alicia Tejada; ROBLES, Justina. Bolivia. In: *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos*. Programa de Ciudadanía y Asuntos Sociambientales. Coordinación general: Carmen Heck. Edición: Carmen Heck y Jaime Tranca. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014.

Organização Internacional Do Trabalho - OIT. Convenção n. 169, sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/513>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

SCHAVELZON, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz: cejis / Plural editores, 2012.

SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. Jurisdição indígena e o afastamento do direito de punir por parte do Estado brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan./mar. 2017.

Tribunal Constitucional Plurinacional. *Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales*. Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional Plurinacional – 2012-2015. Tomo I. Sucre, 2016, p. 202. Sentencia Constitucional Plurinacional – SCP – n. 1422/2012. Cuando las denuncias sobre vulneración a derechos fundamentales en contextos intra-culturales versen sobre derechos de mujeres o niñas, niños, adolescentes, deberá realizarse una ponderación reforzada de derechos a la luz de paradigma de favorabilidad en virtud del cual las interpretaciones deberán ser lo más favorables, progresivas y extensivas para grupos de atención prioritaria. Sucre, 24 de septiembre de 2012. Sala Tercera. Magistrada Relatora: Ligia Mónica Valásquez Castaños. Acción de libertad. Expediente: 0004-2012-01-AL. Departamento: Chuquisaca. Disponível em: <<http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/images/Tomos%20Jurisprudencia/TOMO%201.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

UNESCO - Organização Das Nações Unidas Para A Educação, A Ciência E A Cultura. *Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais*, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

VILCA, Juan Carlos Merco. *Las formas de propiedad y su registro: las tierras indígenas y recursos naturales*. AECID/Bolivia, 2008. Disponível em: <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/bov_10.html>. Acesso em: ago. 2015.

O COMPARTILHAMENTO DE RESPONSABILIDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL INDIGENISTAS

*SHARING PUBLIC POLICIES RESPONSIBILITIES FOR
INDIGENOUS SOCIAL ASSISTANCE*

Roberta Terezinha Uvo Bodnar

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina . Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Professora da Pós-Graduação em Direito Previdenciário da Universidade do Vale do Itajaí e Procuradora Federal - PF/ SC

Zenildo Bodnar

Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor Interdisciplinar em Ciências Humanas - UFSC, Pós Doutor em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutor em Direito Ambiental na Universidade de Alicante (Espanha), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Atua como docente nos cursos da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

SUMÁRIO: Introdução; 1 A tutela constitucional dos indígenas no Brasil; 2 A gestão e a implementação de políticas públicas de assistência social; 3 A ausência de competência da FUNAI em executar a assistência social: atuação na garantia dos interesses dos indígenas; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa o compartilhamento de responsabilidades para a implementação de políticas públicas de assistência social indigenista. A tutela constitucional dos povos indígenas conquistou significativa evolução na perspectiva normativa e também institucional. Diversas são as estratégias de governança solidária e cooperativa, desenvolvidas e implementadas para assegurar os direitos fundamentais dos das comunidades indígenas, inclusive na perspectiva cultural e assistencial. Conclui que há um compartilhamento de atribuições no campo das políticas públicas, tendo a FUNAI o papel de articulação, organização e coordenação. Não é atribuição da FUNAI a implementação direta da política pública de assistência social indigenista, pois esta missão é atribuída aos Estados e aos Municípios, que recebem dotações orçamentárias do Governo Federal especificamente para este fim.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Políticas Públicas. Assistência Social. Indígena. Compartilhamento de Responsabilidades.

ABSTRACT: This article analyzes the sharing of responsibilities for the implementation of indigenist social assistance public policies. The constitutional protection of indigenous peoples has achieved significant evolution from a normative and institutional perspective. There are several strategies of solidarity and cooperative governance, developed and implemented to ensure the fundamental rights of indigenous communities, including the cultural and welfare perspective. It concludes that there is a sharing of attributions in the field of public policies, and FUNAI has the role of articulation, organization and coordination. FUNAI is not responsible for the direct implementation of the public policy of indigenist social assistance, since this mission is attributed to the states and municipalities, which receive budget allocations from the Federal Government specifically for this purpose.

KEYWORDS: Constitutional Law. Public Policy. Social Assistance. Indigenous. Sharing of Responsibilities.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará o compartilhamento de responsabilidades das políticas públicas de assistência social indigenistas com o objetivo de constatar o papel da Fundação Nacional do Índio – FUNAI nesta missão.

A distribuição de tarefas entre os entes públicos nas mais diversas áreas dos direitos sociais prestacionais é de fato um dos temas que desencadeia constantes controvérsias. No campo das políticas indigenistas tal quadro, também, é constatado. Esta problemática enseja intensa judicialização e justifica estudos para maior aprofundamento.

Um dos maiores desafios da política indigenista brasileira é melhorar a integração e a sinergia das ações do Governo Federal em parceria com Estados, Municípios e Sociedade, com objetivo a maior eficiência e eficácia dessas políticas, segundo a Fundação Nacional do Índio – FUNAI¹. Situação que é verificada, inclusive, nas decisões dos Tribunais Pátrios.

Assim contextualizado, o presente texto analisa, inicialmente, um panorama geral da tutela constitucional dos indígenas no Brasil; avança com o tratamento dedicado à gestão e a implementação de políticas públicas de assistência social, por fim, constata a ausência de competência da FUNAI em executar a assistência social: atuação na garantia dos interesses dos indígenas.

1 A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS INDÍGENAS NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se revela como a primeira Constituição que identifica os indígenas de acordo com a sua cultura e que passa a tutelar seus direitos nessa condição. Em seu Capítulo VIII trata especificamente da tutela dos indígenas, conforme expressa o artigo 231:

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.

No § 1º do referido dispositivo constitucional, define-se quais são as terras ocupadas pelos indígenas, sendo consideradas como tais:

¹ BRASIL. *Fundação Nacional do Índio – FUNAI*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista?start=3>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

[...] aquelas 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.

O § 2º atribui aos indígenas o direito de usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas, as quais destinam-se a sua posse permanente.

No §3º assegura-se aos indígenas a participação no resultado final das lavras quanto ao “aproveitamento dos recursos hídricos incluídos os potenciais energéticos”, sendo que “a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional”.

O § 4º trata da inalienabilidade e indisponibilidade das terras indígenas, bem como da imprescritibilidade dos direitos sobre elas.

Ainda, o § 5º veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, exceto “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País”, mediante “deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”.

O constituinte preocupou-se, também, em determinar a nulidade ou extinção, tornando sem efeitos jurídicos, nos termos do § 6º, “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”, salvo “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”.

Pelo fato de tutelar os direitos dos povos indígenas, assegurando-lhes a preservação de sua cultura e a proteção das terras tradicionalmente ocupadas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se tornou diretriz para outras constituições latino-americanas, conforme expressa Santos Filho (2012, p. 50):

A Constituição brasileira de 1988 teve grande influência em cartas constitucionais de países latino-americanos, elaboradas ou revisadas no final do século XX. Seguindo e por vezes ampliando as previsões contidas no modelo brasileiro, diversas constituições passaram a reconhecer, expressamente, a pluriétnia e a necessidade de preservação do patrimônio cultural indígena.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme Souza Filho (2013, p. 2147), rompeu “com a tradição integracionista do continente, garantindo aos índios o direito de continuarem índios”.

Villares (2009, p. 17) afirma que “os grupos étnicos são reconhecidos como tais pelo direito e deverão ter suas culturas protegidas e seus direitos assegurados, devendo-se abandonar qualquer ideia de integração forçada a uma unicidade étnica ou cultural” (consta no original).

Isso porque, nas Constituições anteriores não se reconhecia os índios como tal e seus direitos sobre as terras que ocupavam eram restritos. Sobre as Constituições anteriores, Stefanini (2012, p. 122-123) explica que:

Até o advento da atual Carta Política, conforme discorrido, o País, quanto às terras ocupadas pelos indígenas passou por três estágios distintos: 1º Da incorporação da América aos domínios de Portugal até a Constituição de 1824 quando as terras concedidas aos índios eram de domínio pleno destas comunidades sem qualquer restrição; 2º Da Constituição de 1824 até a Constituição de 1934 quando se reconhecia a posse dos índios (direito particular) sobre suas terras (observada a capacidade), sem o respectivo *ius abutendi*; 3º Daquela Constituição até a de 1967 quando as terras foram formalmente revertidas à União remanescendo a eles apenas o usufruto restrito - restrição entendida segundo as normas de ordem pública que sobre este direito incide.

Por fim, e não menos importante, é assegurada constitucionalmente aos índios, suas comunidades e organizações, a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, com a intervenção do Ministério Público em todos os atos processuais, segundo expressa o artigo 232 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Essa preocupação constitucional com a tutela dos direitos dos povos indígenas provém, também, da necessidade de garantir a proteção das pessoas mais fragilizadas socialmente e a efetividade de seus direitos fundamentais sociais.

Sob essa perspectiva, considera-se que os povos indígenas, assim como os idosos, as crianças e os adolescentes estão inseridos dentre as minorias que merecem uma atenção especial do Estado.

Portanto, por intermédio do reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas, destaca-se também a necessidade de garantia de seu direito à assistência social de forma adequada com o auxílio e com a prestação pelos entes públicos legitimados para a tutela de seus direitos e de seus interesses, conforme se passa a expor.

2 A GESTÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

As políticas públicas passam a ter importância a partir do momento em que o Estado assume a responsabilidade de proporcionar o bem-estar social. Para tanto, o Estado institui diretrizes com a finalidade de garantir a concretização de direitos sociais fundamentais que dependem da intervenção estatal, especialmente do direito à assistência social, a qual integra o objeto do presente estudo.

Sobre o conceito de políticas públicas, no sentido de programa de ação, Comparato (1998, p. 44) explica que:

[...] só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, durante todo o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos dos quais nos servimos habitualmente.

Acrescenta, ainda, o referido autor (1998, p. 45) que “a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.

Estratégias globais de governança diretamente vinculadas com os direitos sociais prestacionais constituem a essência conceitual de políticas públicas. Bucci (2006, p. 39) descreve o conceito de política pública em Direito no seguinte sentido:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Importante destacar que a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o fim da condição de povos tutelados, o compromisso institucional de atender aos povos indígenas, por intermédio

de políticas públicas de assistência social, passa a ser compartilhado entre os três entes federativos.

Nesse sentido, depreende-se do artigo 204 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas Estadual e Municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

[...]

Para atender a intenção do constituinte foi criada a Lei Orgânica de Assistência Social – conhecida como LOAS e instituída pela Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993 –, regulamentando os artigos 203² e 204, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, definindo princípios, diretrizes, competências, reordenamento institucional necessário à implementação dos benefícios, serviços, programas e projetos, bem como as formas de financiamento.

O artigo 1º da Lei n. 8.742/1993 dispõe que a assistência social “direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações da iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

² *Art. 203.* A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

É através do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), que a assistência social é prestada aos cidadãos. O SUAS é composto por Centros de Referência da Assistência Social e por Entidades da Assistência Social, que se dividem para a prestação de Proteção Social Básica e Proteção Social Especial³.

A assistência social integra a Seguridade Social, prevista no artigo 194 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que por sua vez abrange, também, a Previdência Social e a Saúde. Segundo Rocha e Baltazar Júnior (2007. p. 26): “O sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de toda a sua existência, tendo por fundamento a solidariedade humana”.

Escreve Martins (2000. p. 468) que a assistência social se origina:

[...] na assistência pública em que o Estado é que deveria dar condições mínimas de sobrevivência àqueles que não tivessem condições de subsistir, como os menores abandonados, os loucos e os indigentes. Passou-se, posteriormente, à Assistência Social, inclusive com a sua inclusão em nível de dispositivo constitucional.

Ibrahim (2008. p. 11) explica, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, “ou seja, àquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria. Assim como a saúde, independe de contribuição direta do beneficiário. O requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido”.

A dimensão assistencial contida nas normas constitucionais objetiva assegurar a construção de um Sociedade justa, digna e fraterna. Esse ideário formalizado pelo constituinte demanda medidas concretas para a real implementação.

Afirma Krell (2002, p. 31-32), que a grande maioria das normas sociais já existem, porém, “o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios”; o que também ocorre nas políticas públicas voltadas à assistência social.

3 Nos termos da Cartilha Trabalho social com famílias indígenas na proteção social básica: “O Sistema Único de Assistência Social (SUAS) conta, hoje, com 8.286 CRAS, 2.372 Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS). Destes, 574 CRAS e 240 CREAS atendem comunidades indígenas, 21 CRAS se encontram em comunidades indígenas, além da atuação das equipes volantes que totalizam 1.227, em 1.057 municípios. No CadÚnico existem 149.243 famílias indígenas cadastradas. O Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos atende atualmente 9.142 pessoas que se declaram indígenas no quesito cor ou raça no CadÚnico” (p. 7).

Nesta perspectiva, conclui-se que a gestão de políticas públicas de assistência social para fins de tutela das comunidades indígenas, deve ser realizada pela União, a qual possui missão constitucional de coordenar as ações governamentais na área da assistência social, por outro lado, a implementação de políticas públicas de assistência social, inclusive, voltada aos indígenas deve ser realizada pelos Estados e pelos Municípios, conforme se passa a expor.

2.1 DAS AÇÕES DO GOVERNO FEDERAL EM PARCERIA COM OS ESTADOS E COM OS MUNICÍPIOS

Nos termos expressos na Cartilha intitulada: “Trabalho social com famílias indígenas na proteção social básica”, do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, os Municípios têm responsabilidade em promover ações voltadas à garantia dos direitos às populações indígenas; afinal, depreende-se da referida Cartilha (2017, p. 10) que o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS) unidade pública Municipal, é “a porta de entradas” para o Sistema Único de Assistência Social (SUAS): “Sendo assim, a atuação dos técnicos deve ser pautada pelo respeito à diferença como direito assegurado aos povos indígenas. O CRAS deve promover a entrada dessas famílias ao SUAS”.⁴

Além disso, depreende-se do artigo 15 da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n. 8.742/1993) que compete aos Municípios, inclusive, atender às ações assistenciais de caráter de emergência; prestar os serviços assistenciais de que trata o artigo 23⁵ da Lei em referência; cofinanciar o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito local; e, realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social em seu âmbito.

O Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, com a sua publicação “Trabalho Social Com Famílias Indígenas: Proteção Social

4 “O Centro de Referência de Assistência Social (Cras) é a porta de entrada da Assistência Social. É um local público, localizado prioritariamente em áreas de maior vulnerabilidade social, onde são oferecidos os serviços de Assistência Social, com o objetivo de fortalecer a convivência com a família e com a comunidade. [...] Serviços ofertados
O Cras oferta o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (Paif) e o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV). No Cras, os cidadãos também são orientados sobre os benefícios assistenciais e podem ser inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal”. (Disponível em: <<https://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/cras>>. Acesso em: 15 jan. 2017.)

5 O artigo 23 entende por serviços socioassistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos na Lei n. 8.742/1993.

Básica Para Uma Oferta Culturalmente Adequada” (2016, p. 7), esclarece que:

Durante muito tempo, nossas Constituições não reconheceram a sociodiversidade indígena, ao contrário, buscaram sua assimilação numa suposta identidade nacional unificada. Com a Constituição Federal de 1988, essa situação começa a mudar. Ela assegurou aos povos indígenas o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, rompendo com o paradigma assimilacionista e tutelar vigente até então. A partir daí, os povos indígenas passam a ser considerados pela legislação como “sujeitos de direitos” que devem ter direito à terra e a políticas públicas que respeitem suas diferenças.

E, a referida Cartilha de Orientações Técnicas do Trabalho Social com Famílias Indígenas deixa nítida a competência da Secretaria Nacional de Assistência Social e da FUNAI, senão observe-se:

A presente publicação espera estimular o debate e a troca de saberes bem como contribuir com o processo de consolidação e democratização da PNAS e enfrentar o desafio para que o SUAS dê a devida atenção às especificidades dos povos indígena presentes no território brasileiro. Registramos os agradecimentos à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pela colaborativa parceria na construção de ações indigenistas nos serviços ofertados pelo SUAS.

Destaque-se, por fim, a seguinte explicação constante na referida Cartilha (p. 24):

A política pública de Assistência Social deve realizar-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento das desigualdades sócioterritoriais, à garantia do acesso a direitos, com o devido respeito à diversidade étnica e à pluralidade cultural do país. A PNAS objetiva o provimento de serviços, programas, projetos e benefícios sob a ótica das garantias de cidadania, sob responsabilidade do Estado. Sendo assim, é importante conhecer os direitos específicos dos Povos Indígenas com os quais a AS deve interagir no esforço de assegurar a cidadania para este segmento.

Ainda, o Acordo de Cooperação Técnica, celebrado entre a Secretaria Nacional de Assistência Social e a Fundação Nacional do Índio, com vistas ao planejamento, monitoramento, execução e avaliação de ações indigenista

no âmbito da Política Nacional de Assistência Social, não impõe qualquer atribuição à FUNAI para a execução da assistência social, nos mesmos termos que se passa a estudar no próximo item.

3 A AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DA FUNAI EM EXECUTAR A ASSISTÊNCIA SOCIAL: ATUAÇÃO NA GARANTIA DOS INTERESSES DOS INDÍGENAS

O artigo 2º do Estatuto do Índio é nítido em descrever a responsabilidade solidária entre a União, o Estado, o Município e as respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat , proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;

VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;

IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

À FUNAI compete estabelecer as diretrizes e as garantir o cumprimento da política indigenista, nos termos da Lei n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967, não tendo, por exemplo, qualquer atribuição referente à execução de programas ou quaisquer outros equipamentos próprios do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), ainda que os destinatários sejam indígenas⁶.

Com relação às atribuições da FUNAI, estabelece o artigo 2º do Decreto n. 9.010/2017, as finalidades da Autarquia Indigenista⁷, contudo, entre elas não consta a execução de assistência social.

Assim, todos os órgãos estatais que prestam serviços públicos devem atuar em favor dos indígenas, ainda que sob a coordenação da FUNAI, a quem caberá preparar tais órgãos para as particularidades de cada povo indígena.

6 Referente a este exemplo, cite-se o processo n. 5030065-13.2016.4.04.7200, que tramita perante a Justiça Federal de Santa Catarina para o qual se dará ênfase neste artigo.

7 *Art. 2º A FUNAI tem por finalidade:*

I - proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União;

II - formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:

a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;

b) respeito ao cidadão indígena e às suas comunidades e organizações;

c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;

d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contactá-los;

e) garantia da proteção e da conservação do meio ambiente nas terras indígenas;

f) garantia da promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e

g) garantia da participação dos povos indígenas e das suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas públicas que lhes digam respeito;

III - administrar os bens do patrimônio indígena, conforme o disposto no art. 29, exceto aqueles cuja gestão tenha sido atribuída aos indígenas ou às suas comunidades, podendo também administrá-los na hipótese de delegação expressa dos interessados;

IV - promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas, visando à valorização e à divulgação de suas culturas;

V - monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas;

VI - monitorar as ações e os serviços de educação diferenciada para os povos indígenas;

VII - promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena;

VIII - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e

IX - exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas.

Nesse sentido, transcreve-se a decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 5001305-86.2017.4.04.0000, interposto pela FUNAI perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Aqui cabe abrir parêntese. Destaco que a proposição veiculada na ação civil pública em análise, deduzida pelo Ministério Público Federal e fulcrada no artigo 2º da Lei nº 6.001/73, labora no mínimo em equívoco em propalar como inscrita no referido enunciado normativo a responsabilidade solidária dos entes da federação. Isso porque, consoante acima grifado, os deveres atribuídos na regra transcrita aos referidos entes são balizados pelos *limites de sua competência*, notadamente na forma da lei, que não tem, como é bem sabido, por critério único a solidariedade.

Nesse toar, a decisão atacada ao imputar obrigações comuns à União, ao Estado de Santa Catarina, ao Município e à FUNAI com gravame de solidariedade merece reparos porquanto, a atribuição a cada um deles deve, reposito, estar adstrita às competências de cada um deles, inexistindo previsão constitucional do gravame de solidariedade eis que cada ente é pessoa jurídica distinta que só deve submissão à Constituição Federal. Qualquer lei que se venha a invocar para efeito de solidariedade - que desconheço que exista - não resiste a um crivo constitucional federal.

Ao ignorar as competências e ao atribuir a todos os entes os encargos com manto de responsabilidade solidária a decisão atacada ignorou preceitos constitucionais e agarrou-se a cânones processuais para busca de efetividade de suas decisões a partir de acoima de multas e bloqueios de recursos juntos às pessoas físicas dos dirigentes estatais em franca dissonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ) e deste Regional e em afronta a garantias constitucionais como se verá adiante. No mesmo equívoco, incidiu a requisitar prédios de propriedade do ente federado ou de pessoas jurídicas a ele vinculadas incidindo, de fato, na figura da requisição/encampação somente admitidos *manu militari* em tempos de guerra ou de calamidade pública por eventos da natureza.

Assim, tenho por imprópria a fixação da responsabilidade entre os réus na condição de solidária. [grifo do autor]

Assim, percebe-se que não cabe à FUNAI providenciar toda a atuação Estatal em relação aos povos indígena; afinal, não se coaduna

com a ordem Constitucional vigente, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece as especificidades dos povos indígenas, contudo, não excepciona de serem destinatários dos serviços públicos prestados aos não indígenas pelos diversos órgãos estatais.

Quanto às especificidades dos povos indígenas, colhe-se do Supremo Tribunal Federal:

Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.)

Conforme se constata dessa decisão, bem como do estudo do item 1, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura aos indígenas algumas especificidades, porém, em momento algum excepciona às comunidades indígenas de serem destinatários dos serviços públicos prestados aos não indígenas pelos diversos órgãos estatais.

Logo, conclui-se que não incumbe à FUNAI a missão de executar à assistência social em prol dos indígenas – tarefa essa ao encargo dos Estados e dos Municípios, como constatado no item acima –, mas sim garantir os seus interesses perante o responsável pela execução das políticas públicas de assistência social.

4 CONCLUSÃO

A tutela constitucional dos povos indígenas conquistou significativa evolução na perspectiva normativa e também institucional. Diversas

são as estratégias de governança solidária e cooperativa, desenvolvidas e implementadas para assegurar os direitos fundamentais dos das comunidades indígenas, inclusive na perspectiva cultural e assistencial.

O compromisso institucional de atender às comunidades indígenas, por intermédio de políticas públicas de assistência social, passa a ser compartilhado entre os três entes federativos. Incumbe à FUNAI, enquanto órgão indigenista oficial, a missão de articular e de coordenar ações governamentais que garantam o acesso diferenciado aos direitos sociais e de cidadania aos povos indígenas.

Assim, não cabe à Autarquia Indigenista a implementação direta de políticas assistenciais, papel destinado aos Estados e aos Municípios. Cumpre à FUNAI coordenar processos adequados de consulta aos povos indígenas no que diz respeito às suas reivindicações, bem como organizar e articular rede de proteção social entre os órgãos competentes no que diz respeito aos povos indígenas.

Ainda como proposição deste estudo, defende-se que a edição de um marco normativo mais nítido e detalhado e de estudos mais aprofundados seguramente serão mecanismos para que tal compartilhamento seja efetivado.

Para tanto, conclui-se que à FUNAI não compete a implementação direta da política pública de assistência social indigenista; afinal, essa missão é atribuída aos Estados e aos Municípios, que recebem repasse do Governo Federal especificamente para este fim.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 jul. 2017.

_____. *Decreto n. 9.010/2017*. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, remaneja cargos em comissão, substitui cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE e revoga o Decreto nº 7.778, de 27 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9010.htm#art9>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Fundação Nacional do Índio – FUNAI. *Política Indigenista*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista?start=3>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

_____. *Lei n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe sobre o Estatuto do Índio.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. *Trabalho social com famílias indígenas na proteção social básica.* Brasília, DF: MDS, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2017. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/cartilhas/OrientacoesTecnicas_TrabalhoSocialcomFamiliasIndigenas.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. *Trabalho social com famílias indígenas: proteção social básica para uma oferta culturalmente adequada.* Disponível em: <http://conpas.cfp.org.br/wp-content/uploads/sites/8/2014/11/OrientacoesTecnicas_TrabalhoSocialcomFamiliasIndigenas.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 3.388-RR, Relator Ministro Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.*

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Ação Civil Pública n. 5030065-13.2016.4.04.7200-SC.* Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50300651320164047200&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=S&hdnRefId=e7ffcb00b2add14e3805ade2f548bda8&txtPalavraGerada=OvBj&txtChave=>>. Acesso em: 19 jul. 2017

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento n. 5001305-86.2017.4.04.0000-SC.* Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=5001305-86.2017.4.04.0000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=e7ffcb00b2add14e3805ade2f548bda8&txtPalavraGerada=OvBj>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.31.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 15 jul. 2016, p. 39-48.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indígenista*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA FILHO. In: CANOTILHO, Gomes J.J. et al. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2147.

STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

O REGIME CONSTITUCIONAL DAS
TERRAS TRADICIONALMENTE
OCUPADAS PELOS POVOS INDÍGENAS:
ASPECTOS DA DEFESA PELA AGU
PERANTE A CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS

*CONSTITUTIONAL PROVISIONS REGARDING INDIGENOUS
PEOPLE'S TRADITIONAL LANDS IN BRAZIL: ASPECTS OF
THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE'S DEFENSE BEFORE
THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

Fernanda Menezes Pereira

Doutora em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogada da União, Diretora Substituta do Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União.

Taiz Marrão Batista da Costa

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Georgetown University. Advogada da União no Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e O Direito de Posse Permanente e Usufruto Exclusivo sobre as Terras Tradicionalmente Ocupadas: Um Direito ao Território; 2. A Defesa pela AGU da Compatibilidade do Direito ao Território previsto na Constituição com os Parâmetros para a Propriedade Coletiva Indígena traçados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece o direito originário dos povos indígenas ao território, criando situação especial de proteção às terras indígenas, que as subtrai dos tradicionais conceitos de propriedade e posse civis. Neste artigo, objetivou-se cotejar o regime constitucional e a proteção especial por ele conferida aos territórios indígenas com os parâmetros para a propriedade coletiva indígena contidos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, através da análise do conceito de propriedade coletiva das terras ancestrais a que chegou a jurisprudência da Corte, foi possível concluir que os ditames da Constituição brasileira de 1988 são compatíveis com os parâmetros internacionais para a propriedade coletiva indígena. A compatibilidade entre a Constituição brasileira e a jurisprudência da Corte Interamericana na matéria foi recentemente demonstrada pela Advocacia-Geral da União no primeiro caso sobre direitos indígenas envolvendo a República Federativa do Brasil na Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Território. Posse Permanente. Usufruto Exclusivo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs Brasil*.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution recognizes indigenous peoples' primary rights to their ancient territory and establishes a special juridical regime for the protection of indigenous territories that substantially differs from traditional property rights. In this paper, we have aimed at comparing said special juridical regime for the protection of indigenous territories to the international standards for indigenous collective property as outlined in the Inter-American Court of Human Rights' case law. Through the analysis of the concept of indigenous collective property adopted by the Court, it was possible to conclude that the Brazilian constitution is compatible with international standards for

indigenous collective property. The Brazilian Attorney General's Office has recently argued such compatibility before the Court in the first case involving indigenous peoples' rights in Brazil.

KEYWORDS: Rights to the Ancient Territory. Permanent Possession. Exclusive Right to Use. Inter-American Court of Human Rights. Case of Xucuru Indigenous People and its Members v. Brazil.

INTRODUÇÃO

[...] a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor sem o seu território, está ameaçado de perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo (SOUZA FILHO, 2006, p. 120).

O regime constitucional das terras indígenas no Brasil está previsto nos artigos 231 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e representa verdadeiro reconhecimento do direito originário dos povos indígenas ao território. A análise acurada das normas constitucionais que regem a matéria revela que o conceito de território é o substrato do regime jurídico das terras indígenas no Brasil.

A Constituição brasileira inovou ao criar, a partir de institutos jurídicos existentes e complexos, como a posse e a propriedade, uma situação especial de posse permanente e usufruto exclusivo para os povos indígenas e seus territórios.

A solução jurídica adotada na Carta de 1988, ao prever situação especial de posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes na terra ancestral conjugada com as proteções de que gozam os bens públicos é, contudo, de difícil compreensão para “aqueles acostumados à aplicação dogmática do direito” (SOUZA FILHO, 2006, p. 122).

Esta incompreensão se deve ao fato de que a Constituição reconheceu, pioneiramente, aos povos indígenas um direito de profundidade superior ao direito de propriedade tipicamente civilista. A terra indígena, pela Constituição, é “indisponível ao poder público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, mas tão somente ao uso próprio do povo indígena, segundo seus usos, costumes e tradições” (SOUZA FILHO, 2006, p. 122-123).

A Constituição criou, pois, categoria autônoma que não se enquadra quer no conceito de terras públicas quer no conceito de terras privadas, que não se enquadra no conceito dogmático de propriedade:

[...] o direito indígena à terra no Brasil é reconhecido como direito especial, absolutamente distinto do direito de quaisquer outros cidadãos, não integrando o sistema relativo aos direitos de posse e de propriedade, previstos pelo Código Civil, mas se constitui em direito autônomo, especial e independente do sistema geral. (BARBOSA, 2010. p. 101).

Se é vedado o exercício do direito civil de propriedade dentro das terras indígenas, nelas são cogentes as normas estabelecidas pelos usos, costumes e tradições do povo indígena. A Constituição garante que a apropriação da terra se faça segundo os usos, costumes e tradições indígenas, pelo que: “Dentro deste raciocínio, estamos falando de território [...]”. (SOUZA FILHO, 2006. p. 123).

Observa José Afonso da Silva que a posse permanente delineada pela Constituição de 1988 é uma posse que pode ser compreendida como *habitat*, pois a Constituição brasileira considera as terras *habitadas* segundo os usos, costumes e tradições dos indígenas:

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua *posse permanente*, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre*, ao seu *habitat*. (SILVA, 1993, p. 50).

Neste artigo, iremos explorar o regime constitucional das terras indígenas e verificar a sua compatibilidade com os parâmetros internacionais expressos no *Leading Case Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos delineou o direito de propriedade indígena à luz do artigo 21 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Recentemente, a Advocacia-Geral da União utilizou tais parâmetros de direito internacional para efetuar a defesa do regime constitucional brasileiro aplicável às terras indígenas no caso *Povo Indígena Xucuru vs. Brasil*, o primeiro envolvendo os direitos indígenas na República Federativa do Brasil julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O DIREITO DE POSSE PERMANENTE E USUFRUTO EXCLUSIVO SOBRE AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

[...] a partir da CF/88, houve uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento de sua

organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para sua garantia e efetivação. Percebe-se, assim, visivelmente a profundidade e extensão das mudanças, tudo pelo caminho democrático do processo constituinte (BARRETO, 2011, p. 100).

Os artigos 231 e 232 da Constituição são o cerne do regime constitucional brasileiro sobre as terras indígenas. De sua leitura depreende-se que o panorama lançado pela Constituição brasileira em 1988 estava muito à frente de seu tempo. Inovador, mas concomitantemente o resultado do acúmulo de conceitos progressistas já existentes no direito brasileiro em relação aos direitos indígenas, o artigo 231 da Constituição é “a grande bacia em que desaguam várias tendências de nossa tradição jurídica”:

1) a teoria do indigenato, defendida por *João Mendes Jr.*: Nas famosas conferências de 1902 (em que opôs, oportunamente, o ‘indigenato’ ao ‘colonato’); 2) a noção de que a terra indígena é o habitat de um povo, segundo a fórmula de um julgamento do Supremo Tribunal Federal de 1961, em que Ministro *Victor Nunes Leal* deu mostras de sua intuição jurídica verdadeiramente genial e da mais refinada sensibilidade ética (falarei desse acórdão paradigmático mais adiante); 3) a afirmação do direito à diferença, que remonta aos bravos argumentos de *Francisco de Vitória*, padre dominicano que foi um dos fundadores do direito internacional moderno e que, já no século XVI, se notabilizara pela defesa dos índios contra o invasor espanhol; 4) a indignação de Clóvis Bevilacqua, que, em estudo do começo do século XX, denunciava como a voracidade dos não-índios tinha reduzido e confinado a alguns rincões do país a população nativa brasileira; e 5) a influência determinante exercida pelos próprios índios, que, na Constituinte, souberam não se deixar aniquilar pelos interesses que sempre lhes foram nocivos e contrários (BADIN, 2006, p. 132)

Entendemos que a Constituição de 1988 foi progressista “antes mesmo da evolução do direito internacional”. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) “trouxe normas semelhantes, mas posteriormente à Constituição brasileira”. Nesta toada, o artigo 231 da Constituição brasileira representa “construção jurídica das mais originais”, escapando às definições civilistas tradicionais, o que torna necessário esforço para sua adequada compreensão (BADIN, 2006, p. 133).

Ao analisar o artigo 231, o estudioso deve se despojar de suas concepções civilistas sobre posse e domínio, pois a Carta assim o fez,

utilizando de tais termos tão somente a casca para expressar a relação mais profunda dos indígenas com a terra, enquanto “o *habitat* dos povos” que a ocupam. (BADIN, 2006, p. 141).

O vanguardismo da Constituição foi reconhecido pela Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas no Relatório da Missão ao Brasil ocorrida entre 7 e 17 de março de 2016. Na ocasião, a Relatora felicitou o Brasil pelo estabelecimento de um quadro jurídico e administrativo internacionalmente reconhecido para a proteção dos direitos territoriais indígenas. (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2016, p. 5).

Importante sublinhar que os debates que deram origem à Constituição de 1988, democraticamente gestada, tiveram participação dos indígenas e indigenistas:

Igual como o ocorrido em outros países na América Latina, onde *movimentos indígenas* se mobilizaram e pressionaram as estruturas de poder dos Estados, visando conquistar voz e poder de voto na Assembléia Constituinte e nos parlamentos nacionais, como, por exemplo, na Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela, no Brasil, em meados dos anos 1980, por ocasião do processo político que resultou no atual texto da Constituição Federal de 1988, também houve esforços semelhantes. (VERDUM, 2009, p. 95).

A instituição do direito de posse permanente e usufruto exclusivo como centro do regime territorial das terras indígenas é previsão constitucional que resultou de debates dos quais os povos indígenas, diretamente ou por meio de representantes, participaram:

A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se amparará seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas. Pois, a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil. Por isso mesmo, foi um dos temas mais difíceis e controversos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. (SILVA, 1993, p. 45).

Neste sentido, salienta-se o teor do documento base da Conferência Nacional de Política Indigenista, ocorrida em 2015:

Participaram, ativamente, diversos indígenas, indigenistas, antropólogos e outros atores sociais, em inúmeros debates e manifestações em diversos lugares do Brasil. De todo modo, com a Constituição Federal de 1988, as contradições entre reconhecimento e negação de direitos foram sanadas. Os objetivos de integração e assimilação foram rejeitados. Afasta-se, definitivamente, a noção de que os povos indígenas se acabariam e reconhece-se a esses o respeito e o direito às suas formas próprias de organização social, e o direito originário às terras que tradicionalmente habitam, entendidas como indispensáveis à sua reprodução física e cultural. (FUNAI, 2015, p. 18)

A sensibilidade progressista da Constituição de 1988 se fez sentir na eleição da relação antropológico-cultural dos indígenas com a terra ancestral como o elemento jurídico-normativo central na disciplina das terras indígenas. Esta relação é a base da tradicional teoria do indigenato.

O direito indígena sobre a terra no Brasil se baseia não sobre a posse ou a propriedade civil, mas sobre o instituto do indigenato:

[...] o direito indígena à terra é reconhecido como direito especial, absolutamente distinto do direito de quaisquer outros cidadãos da sociedade brasileira. Não integra o sistema jurídico relativo aos direitos de posse e propriedade previstos no Código Civil brasileiro, mas constitui-se em direito autônomo, especial e independente do sistema geral. (BARBOSA, 2001, p. 66).

O Alvará Régio de 1º de abril de 1680 foi “o primeiro reconhecimento legal e explícito, por parte do Estado, do direito territorial indígena” (BARBOSA, 2001, p. 63). A teoria do indigenato foi primeiro estabelecida pelo Alvará, que reconheceu aos indígenas a condição de primários e naturais senhores de suas terras, independentemente de título (“[...] o título que legitimava a posse do índio não era a ocupação, e sim a apropriação congênita, o *indigenato*.”). (TOURINHO NETO, 1993, p. 14).

Apesar do conceito de *direitos indígenas sobre as terras que ocupam* acompanhar a legislação brasileira desde a época colonial, nunca foi fácil colocá-lo em forma jurídica. Mas, a partir da Constituição de 1934: “O velho indigenato ganhava, finalmente, ares de direito constitucional.” (SOUZA FILHO, 2006, p. 128).

Apesar de histórico, o instituto do indigenato é atual. Marco Antonio Barbosa ressalta sua atualidade e ilustra sua aplicabilidade prática a possibilitar a reivindicação do território:

[...] os Índios Guarani do Estado de São Paulo tiveram que recorrer ao Poder Judiciário, através dos nossos serviços de advogados, para defenderem suas terras. Afora o fato de que o *recurso ao Poder Judiciário por esta nação indígena, na qualidade de pessoa jurídica e de forma independente do órgão federal de tutela indígena*, constitui-se no primeiro caso desta natureza registrado no Brasil, de que temos notícia, houve, no caso da Aldeia do Crucutu, situada na zona rural da Capital do Estado de São Paulo, *reconhecimento explícito, através da sentença proferida em março de 1985 e transitada em julgado, do direito da nação guarani de permanecer nas terras em litígio, fundamentada no indigenato*. Assim, o instituto não é apenas algo guardado na doutrina e no passado, mas de utilização contemporânea. (BARBOSA, 2001, p. 67). (grifo nosso).

O indigenato constitui o fundamento positivado que consagra uma percepção jurídica imaterial, única e essencial à cultura indígena, que não encontra identidade nos institutos de direito civil tradicionais.

O mais importante direito enunciado pela Constituição ao dispor sobre o regime jurídico dos povos indígenas é o direito originário de posse permanente e usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas.

Este direito está fundado em quatro elementos: serem as terras habitadas em caráter permanente; serem utilizadas para as suas atividades produtivas; serem imprescindíveis à conservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; e serem necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo os seus usos, costumes e tradições.

Diferentemente da posse civil, a posse indígena independe de titulação, precede qualquer título outro que haja sobre a terra e se baseia primordialmente em elementos de identificação antropológica e cultural do povo com o território.

As terras tradicionalmente ocupadas são de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível:

[...] a terra tradicionalmente ocupada pelos índios é de posse de toda a comunidade indígena, de maneira indivisível, cabendo a todos os seus membros o usufruto das riquezas nela existentes. A posse indígena é sobre coisa indivisa, e essa indivisão, ao contrário da composses, estabelecida pelo Código Civil Brasileiro (art.1.199), não terá termo com a manifestação da vontade individual de qualquer dos membros da comunidade indígena (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 95)

Ademais, a posse atribuída às comunidades indígenas é considerada direito real, oponível de forma geral (FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 99), e,

desta maneira, sobrepe-se aos demais direitos incidentes sobre a terra, inclusive à propriedade atribuída pelo artigo 20, inciso XI, da Constituição à União Federal.

A posse atribuída pela Constituição à União possui intuito eminentemente protetivo das terras indígenas, de forma que a elas sejam atribuídas todas as prerrogativas que apenas se destinam aos bens públicos.

Decorre da dominialidade pública das terras indígenas a aplicabilidade a elas não só da imunidade tributária prevista pelo artigo 150, inciso VI, alínea a, da Constituição, como também o regime jurídico dos bens públicos, marcado pelas características da inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, não-onerabilidade e intangibilidade.

Por outro lado, a propriedade pública sobre as terras indígenas não confere à União as prerrogativas típicas da propriedade civil de usar, fruir e dispor das terras, exatamente porque cabe exclusivamente aos povos indígenas a posse e o usufruto das riquezas dessas terras:

A União, igualmente, não pode alienar – seja sob que forma for (venda, permuta, doação etc.) – as terras dos índios, ainda que obedecendo às exigências legais para a venda de bens públicos dominiais. As normas que regulam a alienação dos bens públicos, apesar de o patrimônio indígena ser um bem público, não lhes podem ser aplicadas, e por uma razão muito simples: foi a própria Constituição que destinou as terras indígenas, seu patrimônio, à posse permanente pelos índios. A afetação é constitucional. Logo, só por emenda constitucional pode ser desconstituída (TOURINHO NETO, 1993, p. 37).

A titulação das terras indígenas em nome da União é acompanhada de três características jurídicas de proteção à terra indígena: i) inalienabilidade, segundo a qual as terras não podem ser transferidas a terceiros, ser objeto de comércio, arrendamento ou qualquer ação que implique a perda da posse ou do usufruto exclusivo; ii) imprescritibilidade, pela qual o direito sobre as terras pode ser invocado a qualquer tempo pelos indígenas, gerando a anulação de qualquer ato que tenha por objeto ocupação, domínio ou posse por pessoas estranhas à comunidade; e iii) indisponibilidade, que é a garantia de que os indígenas não poderão abrir mão de seus direitos territoriais e de que a União não poderá disponibilizar as terras para função diversa da prevista na Constituição (a garantia da posse permanente e exclusiva dos povos indígenas).

O domínio atribuído à União das terras indígenas deve ser entendido como simples expediente de ordem prática para a garantia e defesa

dos territórios que são indígenas. Equivale dizer: a União não tem direito sobre essas terras que possa alterar a destinação que é exclusiva e perpetuamente para a localização do povo indígena que a ocupa. (BARBOSA, 2010, p. 104).

Sendo a desafetação da terra uma impossibilidade (o que significa proteção para os povos indígenas), por ser a afetação à posse permanente e usufruto exclusivo dos povos indígenas um mandamento constitucional, a possibilidade de perda do direito dos indígenas sobre as terras restringe-se somente à hipótese de abandono voluntário. Nesta linha, é possível concluir que a expulsão dos indígenas de suas terras não descaracteriza a posse indígena sobre o território tradicionalmente ocupado.

Tem-se, portanto, no Brasil, regime jurídico que garante proteção superior às comunidades indígenas ao prever a posse permanente de terra que é inalienável, imprescritível e indisponível, tendo os indígenas o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos, e participação nos resultados da lavra.

Ao contrário do que poderia parecer em uma análise superficial, o fato de o Estado ter adotado uma decisão política de manter para si a propriedade de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas decorre da necessidade de se garantir a proteção integral da finalidade dessas terras, bem como seu gozo em regime comunal, e, por consequência, a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas que as ocupam com exclusividade:

Foram igualmente felizes tanto a atribuição de propriedade à União, dentro dos limites assinalados, como o reconhecimento do direito originário, de maneira explícita, porquanto expurga definitivamente a tentação de muitos de assistirem ao desmembramento futuro dos territórios comunais indígenas em unidades parceladas individualmente ou por famílias. Não faltaram historicamente tentativas de se descaracterizar e destruir a identidade comunitária de sociedades indígenas através do parcelamento do território, atribuindo-se a famílias ou indivíduos, sítios ou lotes, maneira eficaz para, mais cedo ou mais tarde, fazer-lhes perder as terras e negar-lhes a categoria de povo detentor de um território (BARBOSA, 2011, p. 88).

A ancestralidade das terras indígenas é reconhecida pela ordem constitucional brasileira. Neste sentido, o regime de proteção idealizado

pela Constituição de 1988 atende ao princípio do respeito à identidade, à cultura e aos interesses das comunidades tradicionais, reforçado pelo princípio ambiental da solidariedade intergeracional, da solidariedade entre as gerações indígenas presentes e futuras quanto à conservação desses territórios.

Este regime jurídico de reconhecimento e proteção especiais, além de garantir a ocupação permanente e exclusiva das terras tradicionais pelos povos indígenas, permite o uso de mecanismos administrativos e jurídicos de proteção patrimonial típicos daqueles que protegem os bens públicos, em caso de tentativas de esbulhos e ocupações indevidas de qualquer natureza.

Verifica-se que o regime constitucionalmente atribuído às terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas no Brasil é o que melhor permite a proteção da relação mantida entre os indígenas e as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Pode-se dizer que a Constituição brasileira, no capítulo dedicado aos povos indígenas, é exemplar.

Vanguardista, a Carta de 1988 compreendeu a natureza essencialmente coletiva e cultural da posse indígena, bem como a necessidade de seu reconhecimento de forma originária. Como destaca Erick Linhares, “Na propriedade indígena, o titular não é um indivíduo, mas um grupo, uma tribo ou um povo. O vínculo dessa comunidade com a terra não tem feição econômica, mas espiritual” (LINHARES, 2013, p. 48). Ao reconhecer esta relação especial entre os povos indígenas e a terra, a Constituição de 1988 conferiu proteção sem precedentes às terras e às comunidades indígenas.

Em 2015, foi realizada a I Conferência Nacional de Política Indigenista, demanda histórica do movimento indígena, para avaliar e aprimorar os direitos indígenas reconhecidos na Constituição. Foram 142 etapas locais, 26 regionais e a etapa nacional. Participaram do processo conferencial indígenas, gestores, pesquisadores e a sociedade civil de apoio aos povos indígenas.

Na etapa nacional, foram aprovadas 868 propostas, entre os seis eixos temáticos da conferência. No eixo 1 (territorialidade e o direito territorial dos povos indígenas), foram aprovadas e priorizadas 60 propostas. Em nenhuma os representantes dos povos indígenas propuseram mudança no processo de demarcação e na forma de titulação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. As propostas apontaram, ao contrário, para o fortalecimento da política fundiária do Estado, mantendo-se o regime instituído pela Constituição.

Esse resultado parece indicar que o regime constitucional goza de legitimidade interna no que tange aos direitos territoriais indígenas.

2 A DEFESA PELA AGU DA COMPATIBILIDADE DO DIREITO AO TERRITÓRIO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO COM OS PARÂMETROS PARA A PROPRIEDADE COLETIVA INDÍGENA TRAÇADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 21 de março de 2017, a Advocacia-Geral da União, por meio do Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União, integrou a delegação de representantes do Estado brasileiro na 57ª Sessão Extraordinária da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Advocacia-Geral da União apresentou alegações finais orais no caso *Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*, defendendo o modelo constitucional brasileiro de demarcação e titulação de terras indígenas.

Conforme escrito de apresentação do caso de 16 de março de 2016, dentre as supostas violações que teriam decorrido de ações e omissões do Estado brasileiro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte a análise a conduta do Estado em relação ao direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sob os seguintes aspectos:

- Se teria havido violação ao direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru em decorrência de uma demora de sete anos, sob a competência temporal, no processo de reconhecimento do território; e

- Se teria havido violação do direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru em decorrência da falta de regularização total do território com a retirada de todos os não-indígenas.

A CIDH decidiu expressamente não submeter à Corte a questão da titulação das terras indígenas no Brasil. Segundo a CIDH, “os petionários não apresentaram alegações específicas sobre o alcance e natureza do título em si, senão que se concentraram na demora no reconhecimento e na falta de desintrusão oportuna e efetiva” (CIDH, 2015, p. 20).

Apesar da escolha do constituinte originário acerca do regime constitucional das terras indígenas no Brasil não ter sido submetida pela CIDH à análise da Corte, a Advocacia-Geral da União levou os necessários esclarecimentos sobre o regime jurídico constitucional das terras indígenas no Brasil para permitir a melhor compreensão da problemática do caso, bem como garantir a proteção do Estado contra tentativas de ampliação do seu objeto.

Em seus esclarecimentos, a Advocacia-Geral da União demonstrou, como a seguir se explicitará, que a proteção às terras indígenas oferecida pelo ordenamento brasileiro guarda compatibilidade com os padrões estabelecidos pelos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo 231 da Constituição superou os conceitos tradicionais de propriedade e de posse civil para relacionar os direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas com os seus modos próprios de organização, usos, costumes e tradições.

A Constituição de 1988 logrou, assim, antecipar-se à Convenção 169 da OIT, tendo como referencial o elemento antropológico.

A proteção às terras indígenas oferecida pelo ordenamento brasileiro não apenas respeita mas supera a proteção conferida pelo artigo 21 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, mais restrita aos padrões mínimos de proteção à propriedade civil enquanto direito humano de 1ª dimensão.

O artigo 21 da Convenção Americana tão somente reconhece o direito à propriedade privada, prescrevendo que o direito de propriedade que uma pessoa detém sobre determinado bem não pode ser vilipendiado pelo Estado ou por outros cidadãos. Protege, assim, o proprietário de uma atitude arbitrária que lhe prive de seus bens sem o devido processo legal.

Trata-se de garantia basilar dentre os direitos humanos de 1ª dimensão, já expressa na Magna Carta de 1215: *“No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”*.

Percebe-se que a convenção não estabelece um direito de propriedade sobre certos bens individuais ou coletivos, mas se limita a proteger os proprietários no exercício de suas propriedades.

No que tange o regime jurídico das terras indígenas, o ordenamento constitucional brasileiro não adotou o conceito tradicional do direito de propriedade, prevendo um regime jurídico especial baseado na ligação imaterial entre os indígenas e as terras que tradicionalmente ocupam. Vimos que o regime jurídico especial das terras indígenas no Brasil busca atender às especificidades da ancestralidade dessas terras, com vistas a assegurar a posse coletiva permanente pelos membros da coletividade indígena.

Vimos que a titulação das terras indígenas atribuída pela Constituição à União constitui um encargo para o Estado, que deve garantir o direito de posse permanente e usufruto exclusivo do povo indígena. O regime especial cerca o território indígena de proteções que garantem a manutenção

das terras ancestrais em caráter coletivo e em benefício das gerações presentes e futuras.

A proteção às terras indígenas oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro é visivelmente superior àquela conferida pelo artigo 21 da Convenção Americana, restrita aos padrões tradicionais de proteção à propriedade.

Em contrapartida, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos construiu, avançando em relação ao texto da Convenção, um conceito de propriedade coletiva das terras ancestrais.

O direito ao território indígena em acepção ampla foi firmado pela Corte na sentença paradigmática do caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* (Corte IDH, 2001). A Corte fixou que a relação dominial determinada em favor dos povos indígenas se consubstancia na “propriedade coletiva das terras” e na proibição ao Estado de adotar medidas que vilipendiam o domínio permanente pela comunidade indígena.

A Corte ampliou o conteúdo do artigo 21 da Convenção e concedeu proteção à propriedade coletiva indígena, como uma tradição comunitária e como um direito fundamental à cultura, à vida espiritual, à integridade e à sobrevivência (PIOVESAN, 2016, p. 310). Adotou, claramente, uma interpretação evolutiva, em consideração à proibição de interpretação restritiva:

148. Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, *conforme o artigo 29.b da Convenção - que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal*, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua.

149. Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; *a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica*. Para

as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, *inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações* (Corte IDH, 2001, para. 148-149). (grifo nosso).

No âmago da decisão da Corte em *Mayagna (Sumo) Arvas Tingni vs. Nicarágua* estão os direitos à igualdade, ao respeito das opções culturais e às escolhas de meio de vida, que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado:

[...] a opção cultural, a escolha do meio de vida – se como indígena ou não – merece igual respeito das instituições públicas e incumbe ao Estado reconhecer as diferenças e zelar pelo direito do indivíduo de viver conforme sua cultura. Essa isonomia, enquanto regra jurídica, foi examinada no julgado em estudo em seus dois tipos de conteúdo: um negativo, proibindo discriminações e outro de feição positiva, que exige do legislador (*rule making*) e do aplicador da norma (*Law enforcement*) a promoção de um regime de igualdades (LINHARES, 2013, p. 51).

Como salienta Erick Linhares, a Corte, naquele julgado, destacou também o dever estatal de regulamentar de forma clara os processos de demarcação e de titulação das terras indígenas, de forma que a decisão da Corte de condenar o Estado da Nicarágua se baseou fundamentalmente na inexistência de um rito demarcatório no direito interno e na omissão do Estado em efetivar as demarcações (LINHARES, 2013, p. 53).

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, a Corte determinou que o Paraguai havia violado o direito à propriedade comunitária daquela comunidade por não ter garantido o direito de propriedade ancestral, o que afetaria seu direito à identidade cultural. Como salienta Flávia Piovesan, na motivação da sentença, a Corte explicou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas e afirmou que o Estado deve “assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, [...], considerando [...] os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas” (PIOVESAN, 2016, p. 311).

No caso *Povo Saramaka vs. Suriname*, a Corte traçou parâmetros por meio dos quais se deve compreender a devida compatibilidade do regime jurídico nacional com aquele instituído pela Convenção Americana para a proteção dos direitos indígenas:

115. A Corte determinou, em outras ocasiões, que mais do que um privilégio para usar a terra, o qual pode ser despojado pelo Estado ou ofuscado por direitos à propriedade de terceiros, os integrantes de povos indígenas e tribais devem obter o título de seu território *a fim de garantir o uso e gozo permanente desta terra*. Este título deve ser *reconhecido* e respeitado, não apenas na prática, mas *juridicamente*, a fim de salvaguardar sua certeza jurídica. A fim de obter este título, o *território* que os membros do povo Saramaka tradicionalmente usaram e ocuparam deve ser primeiro *demarcado e delimitado*, através de consultas realizadas com este povo e com os povos vizinhos. Sobre este particular, a Corte declarou previamente que “o reconhecimento estritamente jurídico em abstrato das terras, territórios ou recursos dos indígenas perde seu verdadeiro significado quando não se estabelece nem delimita fisicamente a propriedade” (Corte IDH, 2007, para. 115). (grifo nosso).

Tem-se que a relação jurídica estabelecida pelo direito doméstico será incompatível com a proteção convencional quando: a) não ordene que o território seja delimitado e demarcado; b) permita que o Estado despoje o povo indígena do território; c) permita que direitos de propriedade de terceiros se sobreponham ao direito do povo indígena; d) não garanta o uso e o gozo permanentes e exclusivos do território pelos povos indígenas; e f) não atribua juridicamente o direito ao território indígena, mesmo que o faça na prática.

Percebemos que as características indicadas pela Corte como necessárias à afirmação da compatibilidade do regime jurídico doméstico com os parâmetros convencionais de proteção das terras indígenas se verificam no regime jurídico brasileiro, ainda que o *nomen iuris* adotado pela Constituição seja posse permanente e não propriedade e ainda que o título seja em nome da União, já que a afetação à posse permanente e ao usufruto exclusivo da população indígena consta do mesmo, marcando a indisponibilidade das terras pela União.

Com efeito, a) o regime constitucional estabelece posse permanente e usufruto exclusivo em favor dos povos indígenas; b) a legislação brasileira estabelece procedimentos transparentes a cargo do Poder Público para a delimitação e demarcação das terras indígenas; c) a afetação constitucional das terras ao regime de posse permanente e ao usufruto exclusivo em favor dos povos indígenas as torna indisponíveis mesmo em relação à União; d) a eventual existência de títulos de propriedade em favor de terceiros de boa-fé permite-lhes eventualmente o direito à reparação de danos, mas jamais obsta à demarcação e

efetiva utilização exclusiva das terras pela comunidade indígena; e e) a Constituição brasileira confere a segurança jurídica do título aos povos indígenas posto que consta do título da propriedade demarcada como terra indígena a sua afetação à permanente posse da comunidade tradicional.

Por essas razões, o regime jurídico estabelecido pela Constituição brasileira para a proteção dos direitos indígenas está alinhado aos parâmetros insculpidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos tal como reconhecidos na jurisprudência da Corte Interamericana, oferecendo proteção especial e culturalmente adequada, sobrepondo o direito indígena ao território a todos os demais direitos incidentes sobre a terra, inclusive ao domínio da União.

3 CONCLUSÃO

Do exposto, é possível apreender que, por dispositivo constitucional, o Estado brasileiro, muito antes do desenvolvimento do conceito de propriedade coletiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, já tratava as terras ancestrais dos povos indígenas sob categoria especial de posse coletiva.

A sensibilidade progressista da Constituição de 1988 se fez sentir na eleição da relação antropológico-cultural dos indígenas com a terra ancestral como o elemento jurídico-normativo central na disciplina das terras indígenas.

Assim, com base na valorização da relação especial entre a comunidade indígena e o território, que não se restringe a uma questão de posse e produção, a Constituição estabelece um regime jurídico constitucional para as terras indígenas que espelha os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da Corte.

REFERÊNCIAS

BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, a. 51, n. 190, jul./dez. 2006.

BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001. p. 130

BARBOSA, Marco Antonio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. *Revista brasileira de direito ambiental*, v. 6, n. 23, p. 97-125, jul./set. 2010.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. 1 ed. (ano 2003), 6. reimpressão./Curitiba: Juruá, 2011. 152 p.

CIDH. *Caso nº 12.728. Povo Indígena Xucuru Vs. Brasil*. Relatório n. 44, de 28 de jul. de 2015 (Mérito), p. 20, para. 72.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. *Caso Comunidade Saramaka v. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172.

FREITAS JÚNIOR, Luís. *O direito fundamental dos índios à posse das suas terras*. 2010. Dissertação - Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 179 p.

FUNAI. *Documento Base da Conferência Nacional de Política Indigenista*, 2015. Disponível em: <<http://www.conferenciaindigenista.funai.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/Documento-Base-ONLINE.pdf>>.

LINHARES, Erick. A Corte Interamericana e o direito indígena à terra: análise do caso Awas Tingni *versus* Nicarágua. In: SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. *Socioambientalismo de Fronteiras: desenvolvimento regional sustentável na Amazônia*. Volume II. Curitiba: Juruá, 2013. p. 43-54.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogos Jurisdicionais: O Impacto da Jurisprudência da Corte Interamericana e a Emergência de um Novo Paradigma Jurídico. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luis Bolzan; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Nuria Belloso (coord.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. 860 p.

Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her mission to Brazil, A/HRC/18/35/Add.7. Human Rights Council. United Nations General Assembly, 2016.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Brasília. Núcleo de Direitos Indígenas. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993, p. 45-50.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*/1. ed. (ano 1998), 5a tir./ Curitiba: Juruá, 2006. 212 p.

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*. Brasília. Núcleo de Direitos Indígenas. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 9-43.

VERDUM. Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: *Povos Indígenas – Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos e Sociedade Econômicos, 2009. p. 95.

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E OS POVOS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE AND THE
INDIGENOUS PEOPLES: AN ANALYSIS BASED ON THE
DIGNITY OF THE HUMAN PERSON*

Wilson José Vinci Júnior

Doutorando e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor titular concursado da disciplina de Direito Previdenciário na Fundação Santo André (FSA). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Procurador federal da Advocacia Geral da União (AGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conteúdo da dignidade da pessoa humana; 2 A questão da autonomia privada em relação ao indígena; 3 A Advocacia-Geral da União como instituição garantidora de dignidade ao indígena; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca discutir a posição da Advocacia-Geral da União na efetivação dos direitos dos povos indígenas, mediante uma análise construída a partir da autonomia privada e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Será discutido como o índio pode exercer a sua autonomia no modo de agir em um sistema social predominantemente não-indígena. Serão ainda apresentados os conceitos legais de índio e de comunidade indígena, além dos conceitos de dignidade da pessoa humana e de autonomia privada. Ao final, haverá a conclusão de que a Advocacia-Geral da União é instituição pública que, dentre as suas atribuições, tem a missão de auxiliar o índio a exercer a sua autonomia, objetivando conferir-lhe a almejada dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Geral Da União. Povos Indígenas. Autonomia Privada. Dignidade Da Pessoa Humana

ABSTRACT: This article seeks to discuss the position of the Attorney General's Office in the realization of the rights of indigenous peoples through an analysis based on private autonomy and, above all, the dignity of the human person. It will be discussed how the indian can exercise his autonomy in the way of acting in a predominantly non-indigenous social system. It will also present the legal concepts of indian and indigenous community, as well as the concepts of human dignity and private autonomy. In the end, it will be concluded that the Attorney General's Office is a public institution that, among its attributions, has the mission of assisting the indian to exercise his autonomy, aiming to confer on him the desired dignity of the human person.

KEYWORD: Attorney General'S Office. Indigenous Peoples. Private Autonomy. Dignity Of The Human Person.

INTRODUÇÃO

Há muito tempo a questão indígena é discutida no Brasil. Todavia, apesar da discussão travada em ambientes acadêmicos, doutrinários e até mesmo legislativos, não se verifica, com a mesma intensidade, a concretização da dignidade da pessoa humana do indígena.

Diuturnamente são noticiados conflitos envolvendo indígenas, principalmente sobre a questão de demarcação de terras que, não raro, levam à prática de homicídios contra este grupo vulnerável.

Desde já, convém mencionar o conceito legal de índio e de comunidade indígena existentes no ordenamento jurídico brasileiro. É de se observar, assim, a Lei Federal nº 6.001/73, mais conhecida como Estatuto do Índio:

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

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

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

De antemão, cabe esclarecer que não se desconhece que, hodiernamente, há preferência acadêmica na utilização do vocábulo indígena a índio, pelo fato do primeiro estar em consonância com tratados e convenções internacionais sobre a matéria. Todavia, não há como se ignorar o fato de que no ordenamento jurídico brasileiro o conceito legal acima disposto ainda está vigente, ainda que sofra certas críticas pela sua parcial desatualização e pelo fato do Estatuto do Índio ser considerado integracionista, fruto de uma imposição cultural.

É de se notar que, ao se definir o vocábulo “índio”, invoca-se a identificação que o indivíduo possui com algum grupo étnico distinto da sociedade nacional, ao passo que, na definição de comunidade indígena, encontra-se o fato deste grupo não estar integrado com a “comunhão nacional”. Portanto, a questão da distinção cultural do indígena em relação à sociedade nacional está presente em ambas as definições legais.

Destarte, indubitavelmente, pode-se afirmar que os indígenas formam um grupo social com características próprias dentro do chamado sistema social.

Esse grupo social específico, apesar de possuir nuances que o distinguem de outros grupos sociais, não é isolado e imune de influências externas: há verdadeira troca de informações tanto com o ambiente quanto com outros grupos étnicos e culturais. Todos juntos formam um verdadeiro sistema social.

Daí a grande dificuldade em se estudar a perspectiva da dignidade da pessoa humana voltada aos indígenas: sua proteção provém de normas jurídicas elaboradas em um sistema social predominantemente não-indígena para produzir efeitos tanto nos grupos sociais majoritários quanto nas minorias.

Ademais, a análise da questão indígena, sob a perspectiva de um observador externo a esse grupo social específico, deve ser desenvolvida com a maior cautela possível, para que haja o respeito às suas peculiaridades culturais, evitando-se, a todo custo, uma imposição de valores sociais que não se adequam verdadeiramente ao modo de vida indígena.

Assim, o presente artigo analisará a dignidade da pessoa humana do indígena, bem como o papel da Advocacia-Geral da União na concretização deste fundamento da República.

Para tanto, será estudado o conteúdo da dignidade da pessoa humana, bem como a questão da autonomia privada do indígena. Posteriormente, será explicitado como a Advocacia-Geral da União auxilia na concretização da dignidade dos povos indígenas, para, ao final, ser apresentada a conclusão do estudo.

1 CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é expressão cujo conteúdo é discutido há séculos por estudiosos em todo o mundo. Dada a enorme dificuldade de conceituação, a doutrina sempre divergiu a respeito do seu conteúdo.

Um dos estudiosos de maior proeminência em relação a esse tema certamente foi Immanuel Kant. Isso porque o mencionado autor indica algumas balizas indispensáveis ao entendimento do assunto.

Assim, para Kant, a dignidade da pessoa humana passa pela noção de respeito, autodeterminação, pela consideração do ser humano como um fim em si mesmo, e não como meio para a satisfação de necessidades de outros indivíduos. Em suas palavras: *“o homem – e de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade.”* (2003, p. 58). Mais à frente, o mesmo autor conclui:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por

outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (2003, p. 65).

Nota-se, pois, que a noção de dignidade da pessoa humana está fortemente atrelada à autodeterminação, ou seja, à liberdade de atuação do ser humano que, repita-se, é um ser único, devendo ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um objeto/coisa para a satisfação da vontade de outras pessoas.

Em âmbito constitucional, é de se recordar que a dignidade da pessoa humana foi expressamente elencada como um fundamento da República (artigo 1º, inciso III, CF).

Evidentemente, a dignidade da pessoa humana está presente em todos os seres humanos, ou seja, goza do caráter de universalidade. Para Immanuel Kant, *“não pode haver no Estado nenhum homem sem qualquer dignidade, pois ao menos a de cidadão ele tem.”*(2013, p. 136).

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética. (2015, p. 40).

Desta maneira, indubitavelmente os índios possuem dignidade da pessoa humana. E, se a possuem, lhes é deferido agir com a maior autonomia possível, isto é, são livres para se autodeterminarem.

Ocorre que essa autodeterminação não é absoluta, como de fato não o é nenhum direito. A liberdade de atuação de cada ser humano encontra limites no ordenamento jurídico vigente em um determinado Estado.

Assim, a questão que se coloca é como compatibilizar a autodeterminação do indígena com a existência de um ordenamento jurídico que, muitas vezes, não se adapta com perfeição à sua cultura. Pela relevância do tema, a indagação será tratada no próximo tópico.

2 A QUESTÃO DA AUTONOMIA PRIVADA EM RELAÇÃO AO INDÍGENA

Inicialmente, vale ressaltar que, no presente artigo, optou-se pelo uso da expressão “autonomia privada” ao invés de “autonomia da vontade” uma vez que se adere ao entendimento doutrinário de que a liberdade se encontra na pessoa, e não na vontade desta.

A expressão autonomia da vontade traz em si um caráter de relevo da vontade psicológica - prevalência do aspecto subjetivo - , ao passo que a expressão autonomia privada destaca a vontade objetiva resultante da declaração ou manifestação de vontade que produz efeitos jurídicos - aspecto objetivo (MEIRELLES, 2009, p. 68).

Michael Sandel, ao discorrer sobre o tema da liberdade da vontade do sujeito, sintetiza: “*quer meu desejo seja biologicamente determinado, quer seja socialmente condicionado, ele não é verdadeiramente livre.*” (2013, p. 141). Assim, revela-se inegável que, na tomada de decisão, um indivíduo sofre influências tanto internas como externas, ideia essa que, particularmente, não chega a ser uma novidade em termos filosóficos.

Ressalte-se que, etimologicamente, autonomia provém do grego *autós*, que significa próprio e *nomos*, que significa norma. Logo, autonomia privada, nesse contexto, significa a possibilidade de estabelecer as próprias regras, ou seja, de se autogovernar.

Segundo ensina Rose Melo Vencelau Meireles:

Sob o seu prisma técnico, a autonomia privada assegura ao particular o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas. Assim, é a autonomia privada substrato da juridicidade que o ordenamento jurídico reconhece às manifestações da vontade com vistas a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, de qualquer natureza que sejam (2009, p. 74).

Para Rosa Maria de Andrade Nery, a autonomia privada é “[...] a confirmação da evidência de um espaço jurídico livre da ingerência do Estado, destinado à normatividade particular.” (2008, p. 239).

Em linhas gerais, a autonomia privada possibilita ao particular autorregular os seus interesses, mediante sua responsabilidade e dentro dos limites concedidos pelo Estado, objetivando o desenvolvimento de sua personalidade mediante a autodeterminação que, em última análise, compõe a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF).

Em se tratando da questão indígena, a sua autonomia privada adquire contornos ainda mais difíceis de se balizar, afinal, a Constituição Federal protege os seus costumes e tradições, ou seja, eles podem agir livremente, da forma que lhes aprouver, porém não se esquecendo que há limites no ordenamento jurídico que, não raras vezes, não se encontra adaptado ao modo de vida indígena. Assim, indaga-se: como conciliar a proteção dos seus costumes e tradições com as incompatibilidades existentes no ordenamento jurídico?

A autonomia privada, instituto jurídico por meio do qual se procura respeitar o elemento volitivo do sujeito de direito “pessoa”, encontra limites no próprio Direito. Como afirma Niklas Luhmann, *“isso implica dizer que o próprio direito determina onde se encontram seus limites; determina também o que pertence ao direito e o que não lhe pertence.”*(2016, p. 19).

Não há como negar que o reconhecimento e o respeito às tradições indígenas são valores sociais juridicizados pelo ordenamento brasileiro (art. 231 da Constituição Federal). Isso significa que o próprio direito reconhece que se deve respeitar a cultura indígena com suas peculiaridades.

A verdadeira discussão surge quando uma tradição indígena possa ser considerada ofensiva aos direitos humanos. É a clássica divergência entre universalismo e relativismo cultural.

Pelo universalismo cultural, há um padrão mínimo de direitos humanos inerentes a todas as pessoas, independentemente de sua tradição, cultura, crença religiosa, sexo etc. Desta maneira, os direitos humanos seriam universalizáveis, ou seja, deferidos a todas as pessoas, independentemente do Estado em que vivam ou tenham nascido.

O expoente principal do universalismo cultural é a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, a qual, evidentemente, pretendeu ser uma declaração válida para todos os países. E justamente por esse fato há a crítica de que, em verdade, trata-se de uma imposição de valores culturais do lado ocidental para o lado oriental do globo terrestre.

Em razão dessa crítica é que se difundiu o relativismo cultural, pregando o respeito às práticas culturais, religiosas e, enfim, a todo tipo de diversidade, que não poderiam ser cerceadas sob a escusa da existência de direitos humanos universais.

Fácil é perceber que o relativismo cultural também sofre críticas, principalmente a de que a sua adoção irrefletida poderia ser utilizada para justificar a prática de atos ofensivos aos direitos humanos.

O objetivo do presente artigo não é discutir à exaustão ambas as teorias. Todavia, deve ser consignado que, para fins do presente trabalho, adotar-se-á o entendimento de que os direitos humanos possuem um núcleo mínimo de universalização, ao mesmo tempo em que se defende a proteção às tradições culturais dos indígenas na maior medida possível.

Com isso, busca-se conciliar o universalismo e o relativismo cultural: os indígenas possuem autonomia para professarem sua cultura como bem entenderem, respeitando-se um núcleo mínimo de direitos humanos albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A posição ora mencionada é, inclusive, encampada pelo Estatuto do Índio (Lei Federal nº 6001/73), que em seu artigo 57 estabelece que *“será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições*

próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.” Desta maneira, é de se reparar que o próprio Estatuto do Índio preserva a autonomia de atuação das tribos, desde que respeitado um núcleo mínimo de direitos humanos (proibição da pena cruel, infamante ou pena de morte).

3 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO INSTITUIÇÃO GARANTIDORA DE DIGNIDADE AO INDÍGENA

Inicialmente, se se está a falar sobre a Advocacia-Geral da União como instituição promotora de dignidade humana ao indígena, é de se esclarecer a que título ocorre a vinculação entre a pessoa do índio e a AGU.

Diversas são as normas jurídicas que determinam a proteção dos indígenas, em especial a Constituição Federal e o Estatuto do Índio (Lei Federal nº 6.001/73).

É de amplo conhecimento que os indígenas, juntamente com outros tipos de indivíduos, formam um grupo minoritário que necessita de proteção. Essa noção é tão evidente que dispensa maiores divagações. A grande questão que se coloca é saber qual o sentido jurídico da chamada “minoría”.

Uma primeira noção que vem à mente quando se fala em minoria é se pensar no aspecto quantitativo daquele grupo social. E em relação à questão indígena, é verdade que existe uma discrepância entre a quantidade de membros em relação ao resto da população brasileira: segundo o censo demográfico realizado em 2010 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o Brasil possui 896,9 mil indígenas em todo território nacional.¹ Sabendo-se que o mesmo censo de 2010 identificou que o Brasil possuía um total de 190.732.694 habitantes², fica fácil notar que, em termos numéricos, os indígenas representam uma minoria da população brasileira.

Todavia, especialmente para as ciências humanas, a noção de minoria não significa o aspecto numérico da questão: um grupo minoritário é, em verdade, um grupo marcado pela vulnerabilidade, independentemente do número de seus componentes (aspecto qualitativo).

O estudo das chamadas “minorias” está tão difundido hodiernamente que a doutrina nacional já chega a sustentar a existência de um ramo

1 Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomas>. Acesso em: 02 maio 2017.

2 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>. Acesso em: 02 maio 2017.

específico da ciência jurídica denominado “Direito das Minorias” (VITORELLI, 2015, p. 28).

Assim, grupo minoritário é um grupo vulnerável e os indígenas indubitavelmente se encaixam nesse conceito, seja por sua vulnerabilidade física, identificada nas relações sociais que travam diariamente, seja por sua vulnerabilidade jurídica, consistente na falta ou deficiência de conhecimento dos aspectos jurídicos que regem as suas relações jurídicas.

Para Edilson Vitorelli (2015, p. 28), há quatro elementos identificadores das normas que compõem o chamado Direito das Minorias: proteção da existência, não-exclusão, não-discriminação e não-assimilação.

Pela proteção da existência, é dever do Poder Público promulgar leis que possibilitem a autorreprodução do grupo dito minoritário, não apenas em seu aspecto físico, mas também sociocultural.

Por sua vez, a não-exclusão determina que os grupos minoritários não sejam aliados das decisões políticas do Estado, principalmente daquelas que lhes afetam direta ou indiretamente.

Já a não-discriminação prega o tratamento igualitário entre os grupos vulneráveis e os demais membros do corpo social, evidentemente respeitadas as particularidades socioculturais. Não se trata apenas de garantir uma igualdade jurídica, mas sim uma igualdade material, física, implantada por meio de políticas públicas dirigidas, no caso em estudo, aos indígenas.

Por fim, a não-assimilação significa que não pode haver uma imposição cultural aos indígenas, isto é, na implementação de uma política pública que lhes afetem em regra os indígenas devem manifestar o seu consenso, evitando-se assim uma “sobreposição” de culturas. Essa ideia é tão relevante que está disposta, inclusive, no artigo 8º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.³

Passada essa breve alusão, é de se verificar que, a todo momento, foi ressaltada a importância da autodeterminação, da liberdade, do consenso, da autonomia do indígena na tomada de decisões que lhes atinjam direta ou indiretamente. Em suma, foi destacado o aspecto da dignidade da pessoa humana do indígena.

Dentre as várias instituições estatais responsáveis pela implementação de políticas públicas, uma se destaca pela sua especificidade no trato da questão indígena: é a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, fundação pública federal, criada pela Lei Federal nº 5.371/67, responsável pela conservação do patrimônio indígena, promoção de estudos de delimitação e demarcação de terras indígenas, promoção de ações de etnodesenvolvimento,

3 “8.1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.”

exercício do poder de polícia na questão indígena, dentre outras atribuições. Em suma, de maneira sintetizada, cabe à FUNAI proteger e promover os direitos indígenas no Brasil.⁴

Nesta ocasião, convém então explicar o papel da Advocacia-Geral da União (AGU) na promoção dessa dignidade ao indígena. Desde logo convém afirmar que a AGU é instituição responsável pelo assessoramento técnico-jurídico da FUNAI, seja na via administrativa ou judicial.⁵

Para executar toda a sua missão institucional, é evidente que a FUNAI demandará da AGU a elaboração de diversos pareceres jurídicos, sanando dúvidas que possam constituir empecilhos na implementação de políticas públicas indigenistas. Ademais, ao se efetivar as mencionadas políticas públicas, não é incomum que algumas questões sejam judicializadas, exigindo a sua resposta pelo Poder Judiciário, após o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa.

E é justamente no auxílio à implementação de políticas públicas aos indígenas que se dá o trabalho da AGU, seja na fase administrativa, a exemplo da elaboração de pareceres jurídicos, seja na fase judicial, mediante a representação da FUNAI em juízo, nas diversas ações judiciais a que essa fundação está sujeita tanto na condição de autora como de ré.

Além da defesa institucional da FUNAI, cabe lembrar que a AGU também é responsável pela proteção em juízo dos direitos dos índios, seja individual ou coletivamente, isto é, a AGU pode vir a representar os direitos não apenas de uma instituição pública (FUNAI) como também defender um índio acusado, por exemplo, da prática de um suposto ilícito penal ou defender os direitos violados de toda uma tribo. Nesse sentido, é de se observar o teor dos artigos 1º, parágrafo único e 2º da Portaria AGU nº 839 de 18 de junho de 2010:

Art. 1º A Procuradoria-Geral Federal, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais, os Escritórios de Representação e a Procuradoria Federal Especializada junto à Fundação Nacional do Índio - PFE/FUNAI atuarão, obrigatoriamente, na orientação jurídica e na defesa

4 Observe-se o teor do artigo 35 da Lei Federal nº 6.001/73 (Estatuto do Índio): “*art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.*”

5 Vide os artigos 9 e 10 da Lei Federal nº 10.480/2002: “*Art. 9º É criada a Procuradoria-Geral Federal, à qual fica assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União.*
Parágrafo único. Incumbe à Advocacia-Geral da União a supervisão da Procuradoria-Geral Federal.
Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.”

judicial de todos os direitos e interesses coletivos indígenas, entre os quais:

[...]

Parágrafo único. Os direitos e interesses que afetem, ainda que de forma reflexa, direitos coletivos indígenas, terão obrigatoriamente a atuação da Procuradoria Geral Federal e seus órgãos de execução.

Art. 2º A Procuradoria-Geral Federal, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais, os Escritórios de Representação e a PFE/FUNAI atuarão, obrigatoriamente, na orientação jurídica e na defesa judicial dos direitos e interesses individuais indígenas, sempre que a compreensão da ocupação territorial, da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições for necessária ao deslinde da controvérsia jurídica.

Assim, a atuação da AGU influenciará a implementação de políticas públicas indigenistas, sejam elas efetivadas na via administrativa ou, excepcionalmente, na via judicial. Nesse ponto, cabe tecer uma breve explicação: é cediço que não cabe ao Poder Judiciário, precipuamente, a implementação de políticas públicas, assunto este já extremamente debatido tanto na doutrina quanto na jurisprudência. As políticas públicas, ordinariamente, devem ser definidas pelo Poder Legislativo e executadas de ofício pelo Poder Executivo. Todavia, já se encontra pacificado o entendimento de que, mormente em casos de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário, quando provocado, deverá decidir sobre a questão envolvendo uma política pública determinada constitucionalmente, sem que tal atuação configure indevida intromissão nas esferas de independência dos dois primeiros poderes.

Vale ressaltar que essa proteção conferida pela AGU aos direitos indígenas não pode significar um incentivo à prática de atos ilícitos e nem uma imposição de valores culturais aos indígenas. Se tal fosse feito, haveria, em verdade, uma ofensa à dignidade humana do índio, e não a sua concretização. Assim, o membro da AGU atuante em um processo que envolva uma questão indígena deve estar em constante alerta e, se necessário, exercer uma autocontenção, para que os seus valores sociais não sejam impostos a um ser humano que, muitas vezes, possui valores diversos. Em outras palavras, deve-se evitar olhar o outro ser humano

de acordo com os filtros sociais do observador, afinal, não há uma cultura certa ou errada, mas sim diferentes modelos culturais existentes.

Especificamente em relação à autodeterminação dos indígenas e à atuação da AGU na promoção de sua dignidade, há acórdão paradigmático prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR), abaixo colacionado, em um caso envolvendo homicídio praticado por um indígena contra outro. Em primeira instância, o juízo singular deixou de apreciar o mérito da denúncia do Ministério Público, para declarar a ausência de *jus puniendi* estatal, uma vez que o autor do homicídio já havia sido julgado pela comunidade indígena, recebendo sanções pelo fato praticado, a exemplo de deslocamento compulsório para outra comunidade indígena por um certo prazo, proibição de comercializar produtos sem a permissão da comunidade, participação obrigatória no trabalho comunitário, dentre outras. Houve recurso do Ministério Público, sob a alegação de transgressão ao monopólio da ação penal pública incondicionada e violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, postulando a reforma da sentença para prosseguimento do feito. Em contrarrazões, a Advocacia-Geral da União, enfatizando a necessidade de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, requereu a manutenção da sentença. Ao final, o TJRR acabou por manter a sentença, uma vez que eventual punição estatal prolatada após a punição já imposta pela comunidade indígena indicaria ofensa ao princípio do *non bis in idem*. Observe-se a ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.
- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art.

- 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.
- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio *non bis in idem*.
 - O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.
 - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.
 - Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do *jus puniendi* de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.
 - Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.
 - Apelo desprovido.

(TJRR – ACr 0090.10.000302-0, Rel. Des. MAURO CAMPELLO, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016, p. 13)

Repare que, no caso mencionado, houve expressa intervenção da Advocacia-Geral da União pleiteando a manutenção da sentença que reconheceu a autodeterminação da comunidade indígena para compor os seus conflitos internos, o que traduz um bom exemplo de conciliação entre a autodeterminação indígena (a qual inegavelmente conduz à dignidade humana) e o ordenamento jurídico brasileiro. Essa é uma das mais importantes funções da AGU envolvendo a questão indígena: orientar e auxiliar os indígenas a se autodeterminarem na maior medida possível permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, se necessário, defendendo judicialmente as escolhas realizadas pela comunidade.

O respeito à diversidade etnocultural vai ao encontro da dignidade humana: o ser humano somente será um fim em si mesmo, com verdadeira autodeterminação, se tiver os seus valores culturais respeitados, sem imposição de culturas diversas.

4 CONCLUSÃO

Os indígenas inegavelmente fazem parte do sistema social, ainda que, por vezes, se encontrem à margem da sociedade, tratados com descaso e menosprezo.

O grupo social indígena possui características próprias que permitem traçar uma diferenciação com outros grupos sociais existentes. Todavia, isso não significa que eles formam um grupo social estanque ou imune de influências: em verdade, há constante troca de comunicações entre os diversos grupos sociais existentes, excepcionando-se, evidentemente, os chamados “grupos isolados”, os quais ainda não tiveram contato com outras culturas.

Além da comunicação entre grupos sociais, há comunicações entre o grupo social indígena e o ambiente em que vivem. Assim, com base na teoria luhmanniana, é correto afirmar que o ambiente produz irritações no sistema social, que podem ou não levar à sua alteração. Desta maneira, o ambiente no qual está situado um determinado grupo social pode levar à modificação deste grupo.

As diferenças socioculturais que marcam o modo de vida do indígena por vezes podem gerar dúvidas acerca de como agir ou, até mesmo, responsabilização jurídica perante outros grupos sociais diversos do seu.

Destarte, uma atuação do indígena realizada dentro da sua comunidade poderia ser considerada correta de acordo com os seus valores culturais, ao passo que a mesma conduta realizada no seio de outro grupo social poderia ser considerada ofensiva não apenas a esta outra cultura, mas também ao ordenamento jurídico vigente. Assim, a atuação do indígena, que pode parecer livre dentro do seu grupo, não o é perante outros grupos sociais diversos do seu. Logo, há uma evidente limitação da sua autonomia privada, o que, não raras vezes, acaba limitando a dignidade humana do indígena, justamente por deficiência no requisito da autodeterminação.

Para auxiliar na transição entre esses grupos sociais é que o legislador previu a existência de instituições públicas capazes de ajudar o indígena na tomada de decisões. Assim, com o advento da Lei Federal nº 5.371/1967, surgiu a FUNAI, responsável pela implementação de políticas públicas voltadas aos índios. E para a defesa extrajudicial e judicial destas políticas públicas é que existe a Advocacia-Geral da União (AGU).

Logo, fácil é se concluir que a Advocacia-Geral da União, em última análise, garante a concretização da dignidade da pessoa humana do indígena, mediante a proteção às escolhas feitas pelo indígena, orientando-o e até mesmo defendendo-o quando tais escolhas pareçam afrontar o ordenamento jurídico vigente.

No entanto, uma ressalva deve ser feita: orientar e defender as escolhas efetuadas pelo indígena não pode significar o apoio às práticas ilícitas e muito menos uma imposição de valores institucionais da própria AGU sobre os valores culturais indígenas. Caso tal fosse feito, haveria uma ofensa à dignidade humana, e não a sua proteção.

Desta maneira, o indígena somente é verdadeiramente livre para se autodeterminar se ele possui o conhecimento das consequências das suas decisões em diferentes grupos sociais, ainda que se saiba que esse objetivo se encontre no plano ideal, dada a quase impossibilidade humana de se conhecer todas as normas jurídicas em diferentes tipos de sociedade. Daí a importância da Advocacia-Geral da União: ser um instrumento facilitador nesse processo hercúleo. Ao possibilitar orientação e proteção ao indígena (inclusive defesa em processos penais, caso necessário), torna-se indubitável que a Advocacia-Geral da União, em sua atuação administrativa ou judicial, concretiza diuturnamente a dignidade humana do indígena, fazendo com que o fundamento da República Federativa do Brasil disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal passe da teoria para a prática, contribuindo para uma sociedade mais livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiomias>>. Acesso em: 2 maio 2017.

FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>>. Acesso em: 2 maio 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios constitucionais na perspectiva de uma teoria fundamental do direito. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (Orgs.). *Temas de teoria da constituição e direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podivm.

IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>>. Acesso em: 2 maio 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em: <http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANDEL, Michael. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ENSAIO ETNOFOTOGRAFICO 2016
ENAWENÊ-NAWÊ E SALUMÃ: POVO DO
PEIXE, MEL, MILHO E MANDIOCA DA
BACIA DO RIO JURUENA, ESTADO DO
MATO GROSSO

Eliane da Silva Souza Pequeno
Antropóloga da Fundação Nacional do Índio – Funai

Considerando a necessidade de valorização dos povos indígenas em situação de recente contato no Brasil, especialmente aqueles que enfrentam discriminação, exclusão social e todas as perversas formas de violências contra os povos indígenas é que escolhemos o grupo Enawenê-Nawê e Salumã para desenvolver este ensaio fotográfico, imagens colhidas em fevereiro e março de 2016 por nós e o colega Gustavo Menezes para homenagear com grande respeito os povos nativos, awê!

O trabalho etnográfico permite um olhar diferenciado sobre a trajetória do grupo indígena de recente contato autodenominado Enawenê-Nawê e Salumã, que habita tradicionalmente a aldeia Hatalaikwa, localizada na região compreendida pelo rio Iquê, na bacia hidrográfica do rio Juruena. Entre os principais rituais, a exemplo do Yãokwa que é considerando patrimônio cultural que necessita de salvaguarda cultural, e o Lerohi, cuja principal atividade está concentrada na roça feminina, de importante significado para a identidade do povo indígena, e que também marca o período onde ocorre o jogo de bola onde é permitido o contato com a bola apenas com a cabeça dos jogadores.

A pesca com armadilhas, nas barragens em forma de diques nos rios, realizada por toda a comunidade indígena é outro aspecto de extrema importância no calendário ecológico dos Enawenê-Nawê e Salumã, bem como a coleta de mel, pelas mulheres indígenas, e o plantio ritual do milho e da mandioca, que somam o panteão da cosmologia desse povo. Inicialmente contatado pelos vizinhos indígenas Pareci, por volta de 1909, que informaram à comissão do Marechal Rondon sobre a presença do povo do peixe, só em 1974 os contatos com a sociedade envolvente foram mantidos de modo constante, a partir da presença da então missão denominada Operação Anchieta, hoje Operação Amazônia Nativa – OPAN. No início do século XXI, a Fundação Nacional do Índio – Funai iniciou o trabalho sistemático de atendimento aos Enawenê- Nawê e Salumã que somam, atualmente, cerca de novecentas pessoas, sendo poucos os falantes da língua portuguesa.

Em 2015, com o acirramento dos conflitos de contato com a população regional do noroeste do Mato Grosso, especialmente as cidades de Juína, Sapezal e Brasnorte, sendo o foco das disputas o trânsito na rodovia BR 174, *que corta o estado do Mato Grosso com o estado de Rondônia*, além da pressão do agronegócio, baseada no plantio da soja, somado aos empreendimentos hidrelétricos instalados na bacia do rio Juruena e a exploração de minérios por outros grupos situados no entorno da Terra Indígena Enawenê-Nawê, as dificuldades de livre acesso dos indígenas às cidades vizinhas cresceu ao ponto de impedi-los de transitar nas cidades e recaiu sobre os agentes públicos da saúde, educação, segurança pública entre outros servidores do órgão de assistência aos índios.

A Funai, por seu turno, enviou uma equipe técnica para a aldeia Hatalaikwa com o objetivo de retomar o diálogo com os Enawenê-Nawê e Salumã, como uma ‘ponta da flecha’ que inaugurou nova postura de atendimento do Estado acompanhado pela atuação do Ministério Público Federal - MPF e a Secretaria Especial de Saúde Indígena – Sesai, do Ministério da Saúde – MS, entre outros agentes públicos de contato, considerando que existe uma área sobreposta à Terra Indígena Enawenê-Nawê denominada Estação Ecológica do Rio Iquê, sob a responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente - MMA.

O presente ensaio, resultado dos trabalhos em campo desta equipe técnica composta por Gustavo Menezes, Eliane Pequeno e Wagner Sena, servidores da Funai sede, juntamente com Antonio Aquino, da Coordenação Regional da Funai em Juína, o qual inaugurou nova fase no relacionamento dos Enawenê-Nawê e Salumã junto aos não indígenas atende um pedido singelo dos próprios indígenas, mostrar aos outros quem são esse povo do peixe, do mel, do milho e da mandioca, com sua alegria e simplicidade em busca do bem viver. Assim, contribuímos para o esclarecimento de que são fortes sadios e trabalhadores, seguindo rigorosamente seu calendário ritualístico e superando os entraves decorrentes das políticas desastrosas de desenvolvimento que desconsideram a relação visceral entre índio e natureza.

Fotos abaixo cedidas pela Antropóloga Eliane da Silva Souza





Lerohi, ritual masculino Enawenê-Nawê com flautas ao redor da fogueira.



Roça de mandioca das mulheres Enawenê-Nawê e Salumã.





Menino-peixe Enawenê-Nawê, aldeia Hatalaikwa.
Brasília/DF, 21 de abril de 2016.



Ritual masculino com flautas, Lerohi, no pátio da aldeia Hatalaikwa.

