

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ - CESUPA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO**  
**REGIONAL**

**VITOR HUGO DUARTE DAS CHAGAS**

**POR UMA DEFINIÇÃO DE PROPRIEDADE INDÍGENA NO BRASIL**

**BELÉM-PA**

**2021**

**VITOR HUGO DUARTE DAS CHAGAS**

**POR UMA DEFINIÇÃO DE PROPRIEDADE INDÍGENA NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

**Orientador: Prof. Sandro Alex de Souza Simões**

**BELÉM-PA**

**2021**

## VITOR HUGO DUARTE DAS CHAGAS

### POR UMA DEFINIÇÃO DE PROPRIEDADE INDÍGENA NO BRASIL

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

**Orientador: Prof. Sandro Alex de Souza Simões**

Belém (PA), 07 de dezembro de 2021, Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_.

Prof. Sandro Alex de Souza Simões

Doutor em História do Direito pela Universidade do Salento, Itália.

Orientador - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

\_\_\_\_\_.

Profª. Dra. Natália Mascarenhas Simões Bentes

Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Examinador interno – Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

\_\_\_\_\_.

Prof. Dr. João Daniel Macedo Sá

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará.

Examinador Externo – Universidade Federal do Pará

Conceito:

**BELÉM-PA**

**2021**

Dedico aos povos nativos do Brasil, que seguem em mais de quinhentos anos de resistência, desejo que tenham mais voz na defesa de seus próprios interesses.

Dedico também ao meu pai e minha mãe, minha família, amigos, namorada, professores, enfim, e todos os que foram pacientes e perseverantes ao acreditar que esse milagre seria possível.

## AGRADECIMENTOS

Um mestrado possui dificuldades particulares e esse período em específico trouxe mais dificuldades ainda, o que torna essa vitória ainda melhor. Contudo, eu não seria absolutamente incapaz de fazer qualquer coisa só. Ao contrário, somente estou aqui com a contribuição de muitos que estiveram comigo pelo caminho. Dedico esse espaço como uma pequena forma de reconhecimento e gratidão a todos que permitiram que esse trabalho fosse feito.

Com base em minha fé pessoal e considerando que a finalização desse trabalho é um verdadeiro milagre, agradeço imensamente a Deus, que, em seu infinito amor, permitiu que eu aqui estivesse e com todas as melhores oportunidades. Tenho fé que nada foi em vão e que definitivamente sou outra pessoa ao final desse processo. Em circunstâncias em que muitos perderam amigos e familiares, agradeço simplesmente por estar vivo e também por cada percalço e cada dificuldade, tudo providência de Sua infinita bondade e sabedoria. A razão de certas coisas acontecerem permanecem misteriosas, mas com fé e sabendo que “tudo concorre para o bem daqueles que amam a Deus” (Rm 8:28) agradeço sempre ao Pai, em nome de seu filho Jesus Cristo, na unidade do Espírito Santo.

Agradeço ao meu orientador Professor Sandro Alex de Souza Simões, que apesar de todas as mudanças e obstáculos, sempre acreditou no meu potencial e sempre contribuiu para que essa pesquisa fosse feita, dando o devido fundamento. Sou muito grato pelo conhecimento transmitido em sala de aula, mas também por sua grande compaixão. Desde a graduação e até agora o senhor persiste sendo uma grande inspiração intelectual e humana. Sem o senhor não estaria graduado e muito menos no processo de mestrado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito do Cesupa, em especial aos meus professores, Ana Elizabeth Reymão, Elísio Bastos, Victor Sales Pinheiro e aos coordenadores, professores José Cláudio Brito Filho e Jean Carlos Dias, que me oportunizaram um mestrado completo e de qualidade. À professora Loiane Verbicaro um agradecimento particular por ter acompanhado meu progresso desde a graduação. O professor Ricardo Araújo Dib Táxi, do PPGD da UFPA, que também contribuiu para eu ter uma experiência enriquecedora. Agradeço a cada oportunidade e ensinamento. Espero um dia ser como vocês foram para mim.

Claro, à Lílian, que desde quando ingressei no programa atende com carinho e respeito a todos os alunos. Sem ela o programa não aconteceria. Estou aqui graças à sua atenção e ao seu zelo.

Aos Professores Natália Simões Bentes e João Daniel Sá por terem contribuído para que a pesquisa, suas observações foram fundamentais. Torço para ainda encontrá-los em futuras pesquisas.

À minha família, agradeço por todo amor e por todo o apoio, estando sempre juntos comigo. Meus tios, Ida Selene, Vanda Duarte, Manoel Duarte, Marco Antônio e Jairo Francisco, que tenho certeza que sempre torceram por mim. Aos meus primos Matheus Braga, Fernanda Sirotheau, Ana Paula Januzzi, Igor Duarte, Luna Endemman, Manoela Fonseca e Gael Cardoso, que são pessoas que acompanharam as dificuldades de conclusão desse trabalho. À minha tia Nilda Chagas, que viu o quanto me dediquei de corpo e alma a essa pesquisa. Agradeço aos meus avós Vanda e Milton Chagas, eu sinceramente espero fazê-los ver cada vez mais conquistas e ao meu avô Manoel Fonseca, que sempre me enche de carinho e amor quando eu o encontro, o melhor abraço de todos. Todos são essenciais para esse trabalho.

Agradeço à minha avó Maria do Céu Cabral Duarte (*in memoriam*) que sempre me inspirou a buscar conhecimento e a ter humanidade e compaixão, um dos maiores corações que conheci. Espero que esteja orgulhosa, onde estiver.

Agradeço à minha tia Celeste Aida (*in memoriam*), a quem pretendo seguir os passos no magistério e na carreira acadêmica, mesmo que em cursos diferentes. Ela sempre teve minha admiração e gostaria de dá-la bastante orgulho.

Ao meu Pai, Nilton Gurjão das Chagas e à minha mãe, Rosa Claudia Duarte Fonseca das Chagas, obrigado por acreditarem no conhecimento e na Educação, para que eu pudesse progredir academicamente. Agradeço por todo o amor e tudo o que me ensinaram, que são seus verdadeiros legados. Tudo o que eu sou eu devo a vocês, já devo também o que serei, estudo por vocês.

Ao meu irmão, Niltinho, quem eu vi crescer e que tenho tanto orgulho. Obrigado por me aguentar e por me fazer acreditar em mim mesmo. Agradeço por me ensinar e por me estimular no estudo de humanidades. Amo demais você, irmãozinho.

Ao amor da minha vida, Gabriela Brito Ferreira, minha inestimável companheira, de quem tenho muito orgulho. Definitivamente sem o seu apoio, sua ajuda e seu amor eu não chegaria a metade do que cheguei. Espero ir cada vez mais longe e sempre te acompanhando. “Lembre de mim”.

Sua mãe, Carmen Brito Ferreira, que também acredita no meu potencial e continua sendo um anjo na minha vida. Agradeço por todo o carinho e confiança, sua fé é uma enorme inspiração.

Não há problema algum em citar pessoas como Hinoly Marques, Gabriela Gouveia e Rafael Lumari, que estiveram juntas a mim.

A todos os meus amigos e colegas de Mestrado, em especial cito Ridivan Clairefont, Yasmim Santa Brígida e Juliana Machado, que entenderam bem o quanto é difícil estar em um processo como esse, em circunstâncias únicas, e o quanto que a vitória por si só faz tudo valer muito a pena. Espero acompanhar o crescimento acadêmico de todos.

Meu amigo e irmão André Luiz Rocha Fiel, que aguentou firmemente esse período triste e difícil, conseguindo conviver com todas as dificuldades, mas sempre esteve disponível e compreensivo para ajudar. Mesmo isolado, sempre esteve presente. Meu mais sincero obrigado.

Aos meus “Blood Brothers” Lucas Marinho, Caio Salmen, Caio Ariel, Tiago Carvalho, Yago Santos e Saul Gusmão, agradeço por todo o apoio por todo esse período difícil. Reconheço em vocês uma grande e verdadeira amizade, e agradeço também por tornarem esse tempo muito menos solitário. Amo vocês e que nossa longa amizade se estenda por toda a vida.

A Rodrigo Sauma, Elyson Carvalho Conceição, Acácio Bastos, Leonardo Silva, companheiros de graduação e da vida, são verdadeiros amigos. Cresçamos sempre juntos. Aos meus amigos Pedro Loureiro, Rubem Neto, Tiago Sousa e Yuri Ferreira, que também acompanharam as dificuldades próprias desse trabalho e permaneceram comigo.

A Juliana Corrêa, Jennyfer Michelle, Carol Coelho e Juliana Coelho, vocês são amigas queridas que merecem conquistar o mundo, obrigado por todo o carinho e amizade desde a graduação. Em especial, a Juliana, que viveu um processo de dificuldades semelhantes aos meus e sentiu bem na pele o que é lidar com pressões e prazos.

Por fim, esses são apenas alguns registros de nomes que deixaram suas marcas na minha vida e contribuíram para que eu aqui estivesse. Foi um caminho longo com muitos encontros que não podem ser resumidos em poucas páginas. Por mais piegas que pareça, comprovei que é verdade que essas palavras escritas são muito pouco para demonstrar toda a minha gratidão, muito embora sejam sinceras e de coração. Agradeço a todos que de qualquer forma contribuíram para que este trabalho fosse feito. Até a próxima!

*“Gostaria que não tivesse que acontecer no meu tempo”, afirmou Frodo.*

*“Eu também,” assentiu Gandalf, “e gostariam todos os que vivem para ver tais tempos. Mas isso não cabe a eles decidir. Tudo o que temos que decidir é o que fazer com o tempo que nos é dado.*

***J.R.R. Tolkien***

*Eu tenho insistido com as pessoas, seja da minha aldeia, seja em qualquer lugar, que sobreviver já é uma negociação em torno da vida, que é um dom maravilhoso e que não pode ser reduzido. Nós estamos em nossa relação com a vida, como um peixinho num imenso oceano, em maravilhosa fruição. Nunca vai ocorrer a um peixinho que o Oceano tem que ser útil, o oceano é a vida.*

**Ailton Krenak**

## RESUMO

A presente dissertação tem objetivo compreender como os povos indígenas foram vozes caladas em um grande processo histórico de colonização. Nesse contexto, busca-se reconhecer um direito histórico à terra por meio do reconhecimento da propriedade indígena, sendo o vínculo com a terra e a natureza um fator de grande importância para esses povos. Para tanto, a dissertação parte do método dedutivo, o qual por meio a uma linha de raciocínio deduz a partir de informações preestabelecidas. Ela apresenta uma abordagem qualitativa e com procedimento de revisão bibliográfica documental, investiga artigos científicos e livros sobre o contexto brasileiro de concessão dos Direitos aos povos indígenas. Em relação a profundidade trata-se de uma pesquisa explicativa, pois tenta trazer explicações sobre os temas coerentes, bem como sobre os impactos da colonização e a criação dos Direitos Humanos frente à Escola Ibérica da Paz. Com isso, buscou-se responder: Em que medida a definição e criação do instituto da propriedade indígena auxilia no direito ao pleno desenvolvimento cultural desses povos? A partir desse ponto, mostra-se a necessidade da instituição de um conceito de propriedade comunal em favor dos povos indígenas brasileiros em um Sistema Internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colonização; Povos Indígenas; Escola Ibérica da paz; Indigenato; Posse; Propriedade; Comunal.

## **ABSTRACT**

This dissertation aims to understand how indigenous peoples were silent voices in a great historical process of colonization. In this context, the work seeks to recognize a historic right to land through the recognition of indigenous property, with their bond with land and nature being really meaningful. For this, the work starts from the hypothetical deductive method, which through a line of reasoning deduces from pre-established information. It presents a qualitative approach and with a documentary bibliographic review procedure, investigates scientific articles, books and videos on the Brazilian context of granting Rights to indigenous peoples. In relation to depth, this is an explanatory research, as it tries to bring explanations about the coherent themes, as well as about the impacts of colonization and the creation of Human Rights in front of the Iberian Peace School. How does the definition and creation of the indigenous property assist in the right to the full cultural development of these peoples? Therefore, the work shows the need for the institution of a concept of communal property in favor of Brazilian indigenous peoples in an International System.

**KEYWORDS:** Colonization; Indian people; Iberian Peace School; Indigenous People; Possession; Property; Collective.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS .....</b>	<b>16</b>
2.1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS:	16
<b>2.1.1 Colonização e Povos Indígenas: .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.2 Escola Ibérica da Paz .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.3 Controvérsia de Valladolid e a Resposta à Sepúlveda .....</b>	<b>28</b>
2.2 O INSTITUTO DO INDIGENATO E SUA RECEPÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO	32
<b>2.2.1 A Proteção Legal aos Povos Indígenas .....</b>	<b>32</b>
2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	42
<b>2.3.1 O Instituto do Indigenato.....</b>	<b>54</b>
<b>3 Por um conceito de Etnodesenvolvimento.....</b>	<b>73</b>
3.1 SOBRE UMA TEORIA DE DESENVOLVIMENTO	73
3.2 NAÇÃO, ESTADO-NAÇÃO E NACIONALISMO	81
3.3 O ETNODESENVOLVIMENTO	85
<b>4 A Perspectiva de uma Propriedade Democrática.....</b>	<b>93</b>
4.1 A PROPRIEDADE EM JOSEPH SINGER	93
4.2 A VISÃO DE SINGER SOBRE A QUESTÃO INDÍGENA	97
<b>5 perspectivas judiciais sobre a territorialidade indígena .....</b>	<b>103</b>
5.1 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA POSIÇÃO A CERCA DA TEORIA DO INDIGENATO E A TEORIA DO FATO INDÍGENA	103
<b>5.1.1 Caso Raposa Serra do Sol.....</b>	<b>103</b>
<b>5.1.2 Caso da terra indígena Guyraroka .....</b>	<b>110</b>
<b>5.1.3 Caso terra indígena Limão Verde.....</b>	<b>115</b>
<b>5.1.4 A Atualidade da Discussão. ....</b>	<b>118</b>

5.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROPRIEDADE COMUNAL INDÍGENA	119
<b>5.2.1 Caso Povo Kichwa de Sarayaku v. Equador.....</b>	<b>127</b>
<b>5.2.2 O Caso Yakye Axa vs. Paraguai.....</b>	<b>132</b>
5.3 A PROPRIEDADE COMUNAL INDÍGENA APLICADA AO BRASIL: CASO BRASIL X POVO XUCURU	137
5.4 a PERSPECTIVA DO INDIGENATO NA DEFESA DA TRADIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS	141
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>148</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>153</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente Dissertação busca trazer à tona a discussão acerca da importante criação e definição do instituto de propriedade indígena, que não foi concretizado na Constituição Federal brasileira de 1988. Defende-se que o direito permitiria aos povos indígenas brasileiros usufruírem do reconhecimento do Direito real provindo do domínio sobre a totalidade de seus territórios, fator negado quando se considera o processo longo de historicidade como um todo.

Importante ressaltar que, embora a Constituição brasileira de 1988 tenha como característica a inovação no que se refere aos povos originários no Brasil, como observado em seu título VIII, Capítulo 8, por abordar a proteção dos povos indígenas, também traz consigo a limitação do direito à terra, uma vez que se delimita somente ao reconhecimento de sua posse originária aos povos nativos brasileiros, de modo que a União permanece com a propriedade desses territórios, o que impede o real usufruto destas áreas demarcadas.

Esta dissertação terá o intuito de fazer uma crítica à colonização e ao modo como uma visão liberal e moderna de propriedade possa repercutir na atual Constituição Brasileira, e obviamente, no Estado, bem como isto refletiria nas comunidades indígenas. O trabalho, ainda mostrará a visão do liberalismo político e econômico para o conceito de propriedade, e como esse conceito influenciou na barbárie do processo de colonização e no neocolonialismo.

Para tanto, o presente trabalho, será dividido em quatro capítulos, os quais tentarão compor uma resposta coerente a pergunta principal da pesquisa que gira em torno de: Em que medida a teoria do indigenato poderá ser utilizada como o melhor fundamento para auxílio da demarcação de terras indígenas, bem como estimula o reconhecimento do desenvolvimento cultural destes povos brasileiros?

Com isso, o primeiro capítulo desta dissertação será inserido o debate a colonialidade como fruto do mundo moderno, a qual permeia a Constituição Federal de 1988, e como isto implicou no reconhecimento de Direitos de proteção dos indígenas brasileiros, bem como influenciou na não criação do Instituto da propriedade destes povos nativos. Fazendo um repasse histórico, para compreender como o construto histórico desembocou no cenário atual em que nos encontramos.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar o papel da Escola Ibérica da Paz no período das grandes navegações, uma vez que o pensamento universitário, seja ele teológico ou jurídico tenha tido alguma influência no auge da colonização e das grandes navegações. Questionando-se mesmo a teologia cristã teria completo descrédito com os povos indígenas e se ela justificaria

o genocídio juridicamente. Portanto, é necessário o recorte da Escola Ibérica para a construção da ideia dos Direitos Humanos dos povos indígenas.

Ademais, a dissertação demonstrará como a visão liberal é insuficiente para a defesa da perspectiva indígena, que não tem a ideia individualizante liberal de justificar a propriedade a partir do trabalho e de transformá-la em mercadoria. O que repercute em nossa tradição civilista, que define ser proprietário como aquele que poder usar gozar e dispor. O conceito de posse entra em uma tautologia ao definir a posse como poder usar como se proprietário fosse. Portanto, aos indígenas caberia apenas poder usar as terras como se proprietários fossem, sem ter o reconhecimento sobre um real domínio sobre suas terras.

É impossível conhecer a trajetória da relação entre os povos indígenas e o Direito no Brasil sem conhecer-se a fundo o longo processo histórico que definiu como a colonização e a formação do Estado brasileiro trouxeram como perspectiva aos povos indígenas. É será possível perceber como esse processo é uma longa história contada a partir da perspectiva ocidental e europeia de uma parte fundamental da formação do Brasil, sendo por tantas vezes essas populações deliberadamente deixadas de lado e esquecidas.

No segundo Capítulo, com o intuito de construção de um pensamento coerente. Buscaremos explicar o instituto do indigenato e a sua recepção pelo Estado Brasileiro. Com isso, nesse ponto a discussão girará em torno do âmbito brasileiro, focando nas legislações locais. Aponta-se primeiramente, a previsão legal dos povos indígenas, como é o caso do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973.

Por ser um trabalho que possui como objetivo a elaboração de conceitos de desenvolvimento regional, faz-se necessário fugir da concepção economicista de desenvolvimentista, tentar-se-á incluir os povos indígenas brasileiros em uma perspectiva de etnodesenvolvimento

Desse modo, o trabalho possui cinco objetivos específicos: 1) compreender o que é, e o que proporciona a visão sobre o indígena, bem como esse afetou a Constituição Federal brasileira de 1988; 2) Apresentar o indigenato, e como ele funciona no Brasil, bem como analisar como atua a corrente do ordenamento jurídico brasileiro frente a questão dos territórios indígenas; 3) Compreender a ideia de propriedade por meio do argumento do autor Joseph Singer; 4) Entender o conceito de Desenvolvimento étnico ou etnodesenvolvimento; 5) Compreender como o instituto do indigenato poderá auxiliar em decisões de demarcação de terra indígena.

Ao final, o trabalho mostrará a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre a territorialidade indígena e ver como o tribunal entende o direito originário desses povos, sendo a última interpretação sobre os direitos territoriais indígenas.

Por fim, o trabalho possui como objetivo mostrar que a ideia de uma propriedade comunal atrelada à territorialidade dos povos indígenas não é uma novidade para a jurisprudência do sistema internacional americano. Podendo facilmente ser recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Demonstra-se como a Corte Interamericana de Direitos Humanos já interpreta essa situação como uma real possibilidade por meio de sua interpretação evolutiva do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e está sob a jurisdição da Corte.

Desse modo, o trabalho pretende investigar como o Estado Brasileiro pode recepcionar a propriedade comunal indígena, que já aparece nas decisões da Corte e de que forma a Constituição Brasileira e o Indigenato podem ser aliados à interpretação dessa perspectiva. Deve-se defender um conceito de propriedade indígena no Brasil e mostrar como o indigenato é o seu fundamento principal.

Para abordar esses temas de forma coerente, o presente trabalho será desenvolvido a partir do método hipotético-dedutivo, o qual por meio de uma linha de raciocínio, deduz hipóteses com o objetivo de solucionar um problema questionado no começo da pesquisa. De abordagem qualitativa, e com procedimento de revisão bibliográfica documental, contou com o levantamento de referências teóricas publicadas por meio escrito e eletrônico, tais como artigos científicos e livros. Em relação à profundidade, trata-se de uma pesquisa explicativa com a preocupação de demonstrar questões que influenciam na concepção dos Direitos Indígenas, bem como na possível constituição do Direito à propriedade comunal de suas terras.

Ressalta-se que a presente dissertação nasce a partir das discussões realizadas ao longo da graduação no curso de Bacharelado em Direito no Centro Universitário do Pará, por meio do grupo de pesquisa “Filosofia Crítica e Literatura”, vinculado ao curso de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA); e, especialmente, no programa de pós-graduação em Direito do CESUPA, na linha de pesquisa de Desenvolvimento Regional, Políticas Públicas e Direitos Humanos, ao trazer novos desenvolvimentos e pensamento que coadunam-se com a realidade dos povos nativos brasileiros.

## **2 HISTÓRICO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS**

### **2.1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS:**

Este trabalho discorre sobre como os povos indígenas foram vozes esquecidas e subjugadas historicamente pelo desumano processo de colonização, com contribuição do Estado e do Direito. O trabalho busca mostrar como houve lampejos de proteção aos povos indígenas durante a História e que o início de uma concepção de Direito Internacional teve início com os povos indígenas.

Mostra-se como durante a colonização e durante a formação do Estado brasileiro os povos indígenas persistiram como vozes caladas, vistas como atrasadas e que deveriam ser lentamente integradas à real civilização. O reconhecimento e a autonomia dos povos indígenas vieram com lutas ao longo do tempo e somente conseguiram alguma autonomia e reconhecimento de seu valor cultural no Brasil com a Constituição de 1988.

Entretanto, esta dissertação considera que este reconhecimento persiste muito incipiente e sequer autoriza os povos nativos a terem um completo domínio para com suas terras, que historicamente lhes pertenceram.

Dessa maneira, o trabalho demonstra que mesmo durante a colonização buscou-se um fundamento para a defesa dos povos indígenas frente às barbaridades que as metrópoles portuguesa e espanhola cometeram. Isso posto, demonstra-se como a defesa dos povos indígenas está atrelada a uma concepção histórica. O Instituto que reconhece a historicidade dos povos indígenas, o indigenato, é explicado e desenvolvido por esse trabalho. Esse instituto é o melhor fundamento doutrinário para a defesa dos direitos originários no Brasil.

Toma-se a concepção histórica para justificar um direito originário e defender um direito que não é novidade para o Brasil, visto que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconhece a possibilidade de uma propriedade comunal, especialmente voltada aos povos indígenas.

#### **2.1.1 Colonização e Povos Indígenas:**

Todas as práticas e perspectivas coloniais estão completamente atreladas ao mundo acadêmico, uma vez que estas não só foram estudadas, legitimadas e difundidas por esse meio, como uma doutrina, a qual foi seguida sendo o principal marco. Um exemplo dessa concepção

é a Constituição Federal Brasileira, que se baseou em conceitos liberais e modernos, em dimensão de princípios, pertencentes ao Neoconstitucionalismo Europeu. Esses conceitos foram responsáveis pela concretização de diversos Direitos, como o reconhecimento do direito territorial indígena no país. Contudo, não existe ainda a construção do instituto da propriedade que possa considerar uma perspectiva indígena.

Por óbvio toda prática colonial precisava de justificação, que estava garantida pelo âmbito teórico da comunidade universitária. Professores, juristas e teólogos consagrados participavam do debate sobre o Novo Mundo; em Paris, principalmente o mestre Juan López de Palácios Rubios. De acordo com Plans (2000), essa primeira fase cheia de controvérsias, bem como de diversas respostas se movem dentro da tradição jurídico canônica medieval do poder político do Imperadores e dos Reis.

Ditão e Marcello (2019) contextualizam o período da seguinte maneira: de modo que a questão indígena é acompanhada das Reforma Protestante e as Grandes Navegações que mudaram a concepção de mundo no início da Idade Moderna. Seria um período de transição entre o medievo e consolidação da modernidade com o nascimento do que se tornariam os Estados Modernos.

Casella (2014) sintetiza o período de forma a entender que a busca do Universal se tornou nacional, enfatizando que o nacional ainda não chegou aos nacionalismos do século XIX.

Ditão e Marcello (2019) prosseguem afirmando que se trata de um período de grandes incoerências e contradições, mas acima de tudo, permeado por inúmeras inovações e revoluções epistemológicas.

Segundo a concepção teocrática e unitária do Orbis Cristianus e da Cristandade Medieval, todo o poder teria sua origem em Deus, tanto o espiritual eclesiástico como o temporal ou político, cujo fim é igualmente transcendente. O Papa, como vigário de Cristo na Terra, é o primeiro sujeito receptor desse poder, sendo ele quem transmite, tanto o poder temporal quanto o político em uma íntima união e colaboração conjuntamente ao poder espiritual.

Oficialmente os títulos de legitimação à conquista do Novo Mundo pela Espanha recorreram ao texto denominado de Requerimento, redigido pelo jurista Espanhol Juan López de Placios Rubios. De acordo com Plans (2000), o Requerimento fala explicitamente sobre o poder universal dos Papas sobre o mundo, herdado diretamente de Jesus Cristo.

Esse Documento afirmou que o poder do Papa sobre o mundo foi herdado de Jesus Cristo através de São Pedro, esse poder se estende tanto ao espiritual quanto ao temporal. Os

títulos de domínio se justificam pelo poder universal dos Papas e o poder pessoal dos Reis, que somente teriam poder por meio do poder papal.

O Papa, segundo o texto do documento, doou jurisdição das novas terras aos reis da Espanha e somente por esse fato os indígenas já se tornariam seus vassallos. Portanto, deveriam aceitar sua vassalagem e submissão dos missionários para serem cristãos. Caso não se declarem vassallos, poderiam ser reduzidos à condição de escravos.

### **2.1.2 Escola Ibérica da Paz**

Faz-se necessário produzir um recorte no período das grandes navegações e observar como a academia na época enxergava os povos indígenas, tidos como bárbaros do novo mundo. É preciso, portanto, ponderar se o pensamento universitário, seja ele teológico ou jurídico, teve alguma influência no auge da colonização e das grandes navegações.

É importante questionar ainda, se mesmo a teologia cristã à época teria completo descrédito com relação aos povos indígenas e, dessa forma, seria ela capaz de justificar juridicamente o genocídio indígena, ou seja, dar legitimidade as práticas cometidas frente às pessoas do novo mundo. Portanto, o trabalho se propõe a fazer um recorte frente à Escola Ibérica da Paz e o início de uma consideração internacional que desencadeou nos Direitos Humanos para os povos indígenas.

Para a História de uma proteção internacional dos povos indígenas, jamais se pode deixar de mencionar o foco dado pela Escola Ibérica da Paz, sendo essa escola que trouxe importantes contrapontos para a defesa e proteção dos povos indígenas, mesmo no período das grandes navegações e das colonizações. É sempre importante resgatar a memória de pessoas que sempre se puseram a postos para defender que existia humanidade nos povos indígenas.

Calafate (2014) diz que a Península Ibérica se situou no nascimento de um dos pilares da modernidade europeia, sendo os estudos feitos na região as bases para o moderno conceito de comunidade internacional. Baseando-se no Direito Natural, logo, em uma concepção objetiva de justiça.

No século XVI, após a divisão do mundo em duas partes pelo tratado de Tordesilhas e após o início das grandes navegações e da colonização Europeia, surge uma corrente de pensamento que se propunha a defender a existência de Direitos que independessem de territórios, portanto, seriam direitos além das fronteiras dos nascedouros Estados Modernos na concepção de Vestefália.

Essa escola ficou conhecida como Escola Ibérica da Paz, corrente de pensamento de grandes Universidades da Espanha e de Portugal, que reunia o pensamento universitário e teológico sobre a política internacional praticada à época. E essa escola não negligenciou o que ocorria na América recém colonizada.

De acordo com Silva (2013), a Escola pode ser dividida em dois períodos, ou melhor dizendo, em duas gerações. A Geração que se inicia com Vitória e (1483-1546) e vai até Mâncio de Corpus Christi (1525-1576) e a segunda abrange desde Bartolomeu de Medina (1576-1599) até a aposentadoria de Domingo Báñes (1576-1599).

Mais do que uma escola filosófica ou responsável por qualquer posicionamento doutrinário relacionado aos Direitos Humanos, a Escola de Salamanca foi responsável por abrir a perspectiva das questões indígenas até então ignoradas, de modo que não é por acaso que Francisco de Vitória, o grande nome da Escola de Salamanca, tornar-se-ia o símbolo do levante dessa escola.

Hiago Guimarães (2016) afirma que a aplicação do termo Escola foi utilizada porque esses autores apresentam uma disposição metodológica que iria além de uma concordância de um corpo doutrinário comum, com uma consciência científica própria do seu tempo, com consulta a documentos de teologia e o uso de técnicas gramaticais e estudo de letras clássicas, com forte influência do humanismo renascentista. Plans (2000) reforça que esses elementos reunidos tinham o objetivo de possibilitar a superação do descrédito que a escolástica tradicional tinha ao fazer filosofia e congregaram um grupo de estudiosos de notável talento, em torno de um programa de trabalho comum.

O pensamento escolástico é diretamente influenciado por Santo Agostinho e por Aristóteles. Verger (1999) afirma que a tradução das obras de Aristóteles foi concluída no século XII, possibilitando que o grande escolástico Tomás de Aquino tivesse acesso à toda a obra aristotélica unida a uma série de tratados árabes, que eram em sua maioria comentários às obras do estagirita.

Ditão e Marcelo (2019) falam que pode-se citar outros dois nomes que fariam jus ao título de “pais fundadores” dos Direitos Indígenas: Vázques de Menchaca e Domingo de Soto. É sob as teorias de e ideias desses três nomes que se encontrará a maior contribuição do período para a proteção dos Direitos Indígenas.

Pagden (1988) interpreta a retomada da escolástica como uma forma de consolidação do eurocentrismo, pois mostrava uma teoria de conhecimento concentrada na Espanha, cujo propósito seria a preservação de uma doutrina conservadora e do status quo etnocêntrico. Valenzuela-Vermeheh (2013) afirma que essa é uma leitura simplista, que não consegue

perceber as derivações em conceitos de igualdade que, em verdade, seriam bastante emancipatórios. Valenzuela-Vermeheh (2013) ressalta que isso parte de uma interpretação errônea de que existiria uma natureza extremamente conservadora aos Tomistas espanhóis.

Valenzuela-Vermeheh (2013) tenta mostrar que a Escola Ibérica da paz não se reduz a uma rígida aderência à escolástica medieval, comumente acusada de ser um movimento intelectual que deu um livre entendimento de domínio ao imperialismo europeu e justificou o genocídio indígena. O seu ataque seria no sentido de que a Escola, em verdade, renovou e recepcionou o pensamento escolástico aliado a muitas ideias humanistas do Renascimento, que de certo modo contribuíram para a concepção de Hugo Grócio para as relações internacionais. Na perspectiva de Valenzuela-Vermeheh (2013), a doutrina da Escola seria crítica, não conservadora, para o direito natural e a justiça e limitaria a lógica da razão de Estado.

Valenzuela-Vermeheh (2013) caracteriza a Escola não como tradicional e conservadora, mas sim como tradicional e progressista, no sentido de que se mantém leal à teologia escolástica, mas agora se faz aberta aos traços do humanismo renascentista.

Vitória e seus discípulos desenvolveram à sua perspectiva a concepção tomista de direito natural, especialmente com seu papel de guiar e direcionar a lei humana, de modo a promover uma base justa para a política e aplicando essa concepção para relações entre diferentes comunidades políticas.

De acordo com Plans (2000), Vitória não temeu por enfrentar a academia de sua época e dialogou com Francisco I, com o Imperador Carlos V e seus juristas, e também com príncipes alemães protestantes e católicos que estavam imersos em conflitos intermináveis.

Plans (2000) segue afirmando que Vitória constrói um sistema próprio e original que quer ser uma resposta no sentido de ser um sistema próprio e original que quer uma resposta teológico-jurídica válida ao problema da colonização americana. O resultado obtido foi de tanta profundidade, objetividade e ponderação que sua *Relectio des Indis* foi um feito decisivo para a filosofia política moderna.

Plans (2000) confirma que a principal fonte literária para Vitória são as doutrinas do evangelho e a tradição jurídica clássica, primordialmente as ideias de São Tomás de Aquino sobre o Direito Natural e sobre a antropologia. A inspiração de fundo parte sem dúvida desse ponto. Mas Vitória faz uma profunda e original reflexão pessoal, aplicando e desenvolvendo esses princípios, de maneira que seus resultados transcendem à própria conjuntura histórica que lhe deu origem.

Segundo Fernando Rodrigues Montes D'Oca (2012), Francisco de Vitória explica que, historicamente, a existência do poder civil é anterior à do poder eclesiástico, portanto, mesmo

que o Papa tenha certa jurisdição temporal e acredite exercer uma função mais nobre do que as dos imperadores e as dos reis, essa excelência não poderia ser derivada da supremacia do poder espiritual sobre o temporal. Nesse sentido, afirmava que a república perfeita existe na medida em que não está submetida a nenhum poder exterior, levando à conclusão de que o poder temporal é perfeito sem a necessidade de influência do poder eclesiástico.

Plans (2000) é mais um que define Vitória como criador do Direito Internacional Moderno, define-o como uma das primeiras teorizações sobre os Direitos Humanos Fundamentais e da ética e da filosofia política modernas, que estabelecem uma clara separação entre o poder temporal e o poder eclesiástico, e que está na base das modernas concepções do ordenamento sociopolítico, de inspiração pessoal e transcendente, contrário tanto às teocracias como ao cesaropapismo.

A sua Hipótese com base no Direito Natural se converte em fonte fundamental e em ponto de referência. O Magistério de Vitória se converte em foco de irradiação doutrinal. A Faculdade de Teologias de Salamanca e o centro da Escola caracteriza-se por ter uma mesma comunidade acadêmica com as mesmas fontes e métodos. O redescobrimento do Homem e sua realização histórica constituem o objetivo prioritário de seu tratamento metodológico.

Vitória (2016) se propôs a contradizer os títulos pelos quais os juristas e conquistadores espanhóis se propuseram a justificar a exploração e a ocupação do novo mundo.

Se os bárbaros não querem reconhecer o domínio de algum Papa, não se pode por isso fazer-lhes guerra e tomar os seus bens. A causa pela qual os bárbaros não podem ser coagidos ainda que não queiram aceitar a Cristo ou a sua Fé é que esta não lhes pode ser provada de maneira evidente mediante argumentos naturais. (VITÓRIA, 2016, p. 133).

Com isso, Vitória buscou reconhecer a dignidade dos indígenas, mostrando que são detentores de direitos e os povos indígenas uma nação. A partir do conceito de domínio, cuja noção é fundamentada em ter o direito de tomar algo para o próprio uso, Vitória identifica o homem por sua faculdade racional. Então, é pela racionalidade humana e pela sua vontade livre que o ser humano se constitui como sujeito de direitos e deveres, bem como pessoa moral, cabendo-lhe o uso dos bens materiais para o seu próprio fim. Portanto, para cada indígena, seres dotados de racionalidade tais como os castelhanos seriam na perspectiva de Vitória, é reconhecido o domínio sobre o uso de suas terras, utilizando-se de suas faculdades racionais para estabelecer o seu modo de vida.

Assim, assumindo que o autor reconhece os aborígenes americanos como um povo, resta demonstrado que os indígenas detêm domínios e direitos, tendo ocupado suas terras desde muito

antes da chegada dos Espanhóis na América, sendo pública e privadamente donos das suas possessões.

Plans (2000) reforça a ideia de Valenzuela-Vermehen ao afirmar que ao contradizer os títulos legítimos de conquista, Vitória deu um sopro mortal na concepção medieval e teocrática de mundo, portanto, tiveram a coragem de se opor a uma enorme tradição de canonistas e teólogos que baseavam seus discursos em uma suposta perspectiva de ordem natural e sobrenatural.

González (2012) afirma que as contribuições de Vitória se são no sentido de que a sua visão de Direito Natural consolidaria uma igualdade entre todos os homens da Terra dizendo que, Vitória, por sua vez, havia conseguido que sua visão de Direito Natural fosse algo imutável. Essa opção estática, unidade à sua validade universal, permitia que esse direito fosse também válido e aplicável a todos os homens, portanto, seria estendido aos nativos do Novo Mundo.

O Direito das Gentes não teria somente força de pacto ou de convenção entre os homens, segundo o entendimento de Vitória, teria força de lei. Consequentemente, quando se trata de questões mais graves, nenhum Estado pode se considerar desvinculado do direito das gentes pois ele é compreendido no mundo inteiro.

É errôneo atribuir o início do Direito Internacional às ideias de Hugo Grócio e Alberico Gentili, porque nenhum deles são compreensíveis por si sós sem Vitória, devendo ter-se consideração pelo trabalho realizado anteriormente por teólogos escolásticos, como Tomás de Aquino, e canonistas e civilistas sob influência do Direito Romano.

Plans (2000) é outro autor que dá grandes créditos à contribuição de Francisco de Vitória pela formação do Direito Internacional. Ele afirma que Hugo Grócio recebe forte influência do pensamento de Vitória e que outros importantes nomes da filosofia política e do Direito recebem essa influência em nomes como Jean Bodin Althusius, E. Ranzovius e até John Locke até o século XIX.

Valenzuela-Vermehen (2013) ainda afirma que Grócio deve muito de seu legado a Vitória, em que ele desenvolve a ideia direito à comunicação e comércio entre nações, preceitos que são formados pela concepção ética de justiça na tradição escolástica espanhola.

Tomás de Aquino é quem realiza a tentativa de dirimir o conflito para a escolástica por meio de uma harmonização entre fé e razão. Ele se utiliza da filosofia aristotélica para dar um tratamento original aos textos gregos com base em sua fé, mas sendo ela apoiada na razão, criando uma filosofia racional cristã.

Calafate (2014) define os membros da escola Ibérica eram todos homens de Igreja, como frades e clérigos, sendo quase todos catedráticos das universidades de Coimbra, Évora, Salamanca e Alcalá de Henares. Teólogos que atuaram no concílio de Trento, responsável por ordenar a contrarreforma católica.

Plans (2000) afirma que é importante salientar para o entendimento da escola de Salamanca que ela é uma escola primariamente e originalmente teológica, isto é, não se trata de uma Escola de Direito, Filosofia ou Economia. É uma escola, um movimento ou grupo formado por intelectuais que são antes de tudo Teólogos de profissão, os quais dedicam sua atividade científica essencialmente ao estudo e à docência da teologia.

É certo, como o trabalho tratará, que eles têm uma visão ampla e abarcante sobre o que seja a Teologia e seu objeto, o que os levaria à uma interdisciplinaridade com temas sociopolíticos, jurídicos e econômicos. Para a Escola, as revelações das escrituras gerariam consequências no plano temporal.

Plans (2000) enfatiza que para efeitos de análise, deve-se entender a Escola Ibérica como primeiramente teológica, e secundariamente pode-se qualificá-la como jurídica, filosófica ou econômica no momento em que se estuda suas perspectivas derivadas. Francisco de Vitória era primeiramente um teólogo e sua perspectiva estava alinhada a essa área de estudo, muito embora sua obra tenha conceitos de outras áreas e as tenha influenciado diretamente.

Plans (2000) prossegue afirmando que a teologia vitoriana constitui um exemplo paradigmático de diálogo intelectual entre fé e cultura, filosofia, política e Evangelho. Vitória buscou dar consequências para os atos descritos no evangelho.

Para Hiago Guimarães (2016), Vitória se utiliza do espírito do seu tempo para conceituar a relação entre os espanhóis e os novos povos colonizados. Vitória se utiliza do pensamento humanista aliado com conceitos do *Ius Gentium* romano.

Para Plans (2000), a fé no indígena e em sua capacidade de liberdade seria o que definiria a ética vitoriana com a humanização das relações entre os indígenas e os espanhóis condicionando a sua moralidade.

As fontes de inspiração de Vitória (2016) são a doutrina do evangelho e a tradição jurídica clássica, principalmente as ideias de São Tomás de Aquino sobre o Direito Natural e a Antropologia. Sem dúvida, a inspiração e fundo parte desse ponto.

Para Plans (2000) o grande feito de Vitória foi fazer uma profunda e original reflexão pessoal, aplicando e desenvolvendo os princípios de uma maneira que o resultado seja uma nova criação que transcenderia a própria conjuntura histórica que lhe deu origem. Plans (2000) reitera que interpreta Vitória como criador do Direito Internacional Moderno, sendo

responsável por uma das primeiras teorizações dos direitos humanos fundamentais, da ética e da filosofia política modernas que estabelecem uma clara separação entre o poder temporal e eclesiástico, em que está a base das modernas concepções do ordenamento sociopolítico de inspiração pessoal e transcendente, e contrário ao fundamentalismo religioso.

Plans (2000) prossegue definindo o pensamento Vitoriano constitui um exemplo paradigmático de diálogo intelectual entre fé e cultura, entre fé e filosofia e entre política e o Evangelho. Jamais negando o caráter prático e ético da teologia do catolicismo.

Justenhoven (2011) afirma que a respeito do humanismo tem-se a ideia de que a humanidade pertence a um único gênero, o que Vitória interpreta como sendo o Direito Natural, o Orbis para conceituar a amplitude do mundo, desde a Europa, Ásia, África até o Novo Mundo à época. Vitória ressignifica o conceito romano de Orbis, que queria dizer a totalidade do Império, para se referir a todo o mundo, mesmo o desconhecido até então.

Em Plans (2000), Vitória se apoia em princípios de São Tomás de Aquino, que afirma que os chamados infiéis não podem ser compelidos por nenhuma coação física ou moral a uma conversão forçada à religião cristã, como era a doutrina católica para liberdade da fé. Vitória mostra como tem sido e como a fé que é imposta pela força é contrária ao evangelho e não faz sentido com os preceitos bíblicos, devendo ser um obséquio razoável e livre prestado a Deus.

Calafate (2014) chega a citar a Bíblia para demonstrar a visão de que o cristianismo não veria diferença entre os povos, visto que em (Rm 10:12) está escrito: “não há diferença entre judeu e grego”. A Escola Ibérica faria uma extensão à interpretação desse trecho aos povos que haviam sido recém-descobertos, sejam africanos, orientais e, nesse ponto se encontra a ênfase desse trabalho, que é dos povos pré-colombianos das Américas.

As ideias preponderantes para justificar o domínio europeu na colonização seriam releituras de juristas medievais, como Bártolo de Sassoferrato, por exemplo. Eles se pronunciavam ao Imperador com o título de senhor do mundo, em diálogo direto com os textos sagrados, que tomavam Adão e Noé como senhores do mundo a seu tempo, cuja autoridade deveria ser transferida a seus sucessores.

Retomam a referência a Aristóteles e Tomás de Aquino, que considerariam a monarquia a melhor forma de governo, o que permitiria supor um governante geral para o mundo, um argumento organicista, de pretensão naturalista (*praeter naturam*), de que as Instituições humanas imitam a natureza, a única conclusão lógica possível seria a de que só poderia existir um governante para o mundo inteiro.

Vitória (2016) se contrapõe à ideia de que o imperador como mestre do mundo, com a ideia de que o *dominium* somente poderia existir por meio do direito natural, divino ou humano.

Na visão de Aquino, o *dominium* somente existiria entre pais e filhos. Em uma perspectiva de que todos são livres, acarretaria na impossibilidade de existir um único imperador com base no direito natural. Usando as próprias escrituras para contradizer o argumento de um imperador universal, os descendentes de Abraão e de Noé seguiram seus próprios caminhos na formação de novas nações.

O único que teria recebido o império Universal para o Cristianismo foi o próprio Jesus Cristo, contudo, sua soberania estaria restrita ao domínio espiritual, não existindo imperador na terra que fosse capaz de exercer esse poder. O catolicismo até os dias atuais celebra a festividade de Cristo-Rei com o intuito de rememorar o Reino Espiritual de Cristo.

Por último, e mais óbvio, o Direito Humano é incapaz de conferir essa possibilidade, porque não existe lei que a autorize. De acordo com Hiago Guimarães (2016), poder-se-ia concluir na concepção aristotélica de que o poder político teria sua causa primeira em Deus na concepção escolástica, contudo, a sua causa imediata seria a própria comunidade política, livre para tomar suas decisões de acordo com seus costumes e práticas.

Calafate (2015) acrescenta a ideia de que, usando a razão do Direito Natural em questão, as comunidades possuem autonomia para decidir o que é melhor para si mesmas na realização do bem comum.

Juristas como Bártolo de Sassoferrato e Silvestro Mazzolini da Pietro se utilizam de passagens bíblicas para evidenciar o domínio papal sobre a terra, de modo que o Papa seria capaz de declarar os príncipes de Portugal e Espanha como também príncipes dos povos indígenas recém-descobertos, em caso de recusa, poderiam ser declarada a guerra justa contra esses povos e impô-los o seu poder.

Vitória (2016) se opõe a esse título com a ideia de que não se pode constatar direito natural, humano ou divino que justifique essa pretensão. O evangelho definiria o Papa com poderes espirituais, não temporais. Como a jurisdição é espiritual, ela se resume ao que professaria a fé cristã católica, não podendo intervir em povos que estejam espiritualmente alheios.

Embora haja uma certa permissão de guerra justa aos indígenas, e Vitória sendo acusado por Schmitt (2014) de sua dubiedade, Vitória deixa evidente que os relatos da colonização recebidos por ele não se enquadrariam em seus requisitos, portanto, sequer nos fatores em que Vitória foi permissivo houve qualquer espécie de guerra justa na colonização.

Hiago Guimarães (2016) reforça que para o professor da Escola de Salamanca, mesmo após o anúncio adequado do evangelho e em caso de recusa de receber a fé, não estaria justificada a declaração de guerra e espoliação das propriedades dos povos indígenas, porque

com base nesse argumento, a guerra não seria justificada para a conversão, visto que a tradição assegura que o medo e as ameaças somente contribuem para um convencimento falso, o que resultaria em grande sacrilégio para aqueles que recebessem os sacramentos em tais condições e, além da tradição retórica os próprios costumes da Igreja deporiam nesse sentido, visto não haver notícia de nenhum Papa ou imperador cristão tenham endossado confronto armado em razão da recusa na aceitação da fé cristã. Nas definições de Vitória, esse título é considerado inválido.

O sétimo e último título se refere ao fato de que a conquista espanhola seria uma dádiva divina, porque a vontade de Deus seria o fato de que os índios seriam povos naturalmente entregues aos espanhóis, justamente por conta das abominações que cometeriam, da mesma maneira que os cananeus foram entregues aos judeus.

A resposta de Vitória (2016) a esse título é de que as conclusões de tais afirmações proféticas somente poderiam ser constatadas por sinais e milagres que provem sua autenticidade, porque, em uma leitura aquiniana da Bíblia, dever-se-ia respeitar todo tipo de autoridade reconhecida.

Calafate (2015) afirma que essa possibilidade de declaração de guerra supõe uma abstrata discussão sobre a liberdade dos indivíduos, que de modo algum se relacionariam com o direito natural defendido por ele, e muito menos com o direito dos povos, portanto, artigos de fé estariam longe de delegar autoridade jurídica ou política para determinar direitos de propriedade.

Portanto, Vitória (2016), nega a posse papal como critério para título de qualquer pretensão de ocupação ou guerra contra os povos nativos.

A terceira possibilidade de domínio existiria por meio do direito de descoberta, que de acordo com Hiago Guimarães (2016), foi alegado pro Cristóvão Colombo, sob o argumento de que os Espanhóis, por haverem descoberto e ocupado as terras em primeira mão, seriam os legítimos possuidores. De acordo com Vitória (2016), existiria uma base legal dentro do renascimento do Direito Romano por meio do instituto *Farae bestiae*.

O quarto título se baseava na recusa em aceitar a fé cristã, o que serviria de argumento para a ocupação. Partia-se da ideia de que os pagãos do novo mundo seriam obrigados a aceitar a religião dos Espanhóis, visto que o Papa teria poder a autoridade para obrigá-los a ter a mesma fé, sob a condição de que os espanhóis estariam autorizados à Guerra Justa caso fosse negado.

De acordo com Hiago Guimarães (2016), a base para esse título estaria em seus textos sagrados, como na tradição teológica, representada por Duns Scotus, ao afirmar que um indivíduo deveria ser compelido a obedecer a um senhor maior que um menor. Além de tudo,

a descrença, manifesta no descaso pelos símbolos sagrados ou pelo nome de Cristo deveria ser combatida, por ser perigosa para a fé. Retomava-se inclusive à referência de São Tomás de Aquino, que consideraria a descrença o mais grave dos pecados, por levar à perversidade.

Vitória (2016) questiona a interpretação aquiniana voltada aos povos indígenas, porque é impossível existir pecado de descrença e infidelidade para aqueles que nunca sequer ouviram falar do nome de Jesus Cristo.

Para Vitória (2016) os ameríndios não deveriam ser compelidos a crer no evangelho no primeiro momento em que tivesse contato com ele, visto que isso não faria sentido, dada justamente a profundidade do conteúdo teológico a ser ensinado no evangelho. Uma verdadeira conversão deveria ser acompanhada de um testemunho de vida e de eventuais sinais, que permitissem a fé dos povos indígenas. A fé mal apresentada não forneceria argumentos suficientes para a guerra justa.

Entre os membros da Escola se destacavam nomes como Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Domingos de Soto, frades e freis que não buscavam distanciar seu conhecimento teológico apenas ao plano espiritual, percebiam que a Bíblia era usada para práticas que eles interpretavam como incoerentes aos ensinamentos do evangelho.

Portanto, para Calafate (2014), a escola ibérica fundamentou que príncipes pagãos não teriam um poder político de natureza distinta dos príncipes cristãos. As suas considerações teóricas sobre a fundamentação do poder civil, sobre a razão natural e a natureza social do homem, seriam válidas para todo o conjunto da humanidade, independentemente de diversidades culturais e religiosas. Desse modo, a base para execução do poder civil seria independente da fé subjetiva.

Contudo, por mais progressista que aparentemente pareça, Vitória (2016) não parece discordar completamente da Conquista espanhola nas Américas, seus pontos parecem ao mesmo tempo condenar e justificar a colonização espanhola nas Américas.

Schmitt (2014) afirma que Vitória não via com maus olhos o processo de cristianização que já havia sido realizado nas Américas. Os colonizadores estariam autorizados a agir contra os povos nativos, desde que fossem obedecidas formulações hipotéticas do Conceito de Guerra Justa.

Caso os ditos povos “bárbaros” se opusessem ao direito natural à hospitalidade, à missão livre, ao *liberum commercium* (livre comércio) e à livre propaganda, então violariam os direitos dos espanhóis, em respeito ao Jus Gentium.

E caso a persuasão pacífica fosse inútil, então os espanhóis teriam direito à Guerra Justa.

Schmitt (2014) interpreta a formulação de Vitória como uma legitimação para o título do direito das gentes para a ocupação e anexação do solo americano, assim como para a subjugação do povo local.

A isso, se acrescentam outros motivos para uma guerra justa dos espanhóis contra as populações do Novo Mundo. Schmitt (2014) afirma que tais razões poderiam ser explicadas por meio da concepção moderna de “intervenção humanitária”, que conduziria a direitos de ocupação e intervenção dos espanhóis para ajudarem seres humanos injustamente oprimidos pelos ditos povos bárbaros. Schmitt (2014) atenta para o fato de que esse direito seria válido convenientemente para a atuação em favor de indígenas já convertidos ao cristianismo.

Schmitt (2014) afirma que uma visão sobre os conceitos de Vitória poderia levar a diferentes conclusões diante dos casos concretos. Em relação ao México e a Hernán Cortez as conclusões poderiam ser bem diferentes das que se relacionam ao Peru e a Francisco Pizarro, de modo que a Guerra no México possivelmente se revelaria uma Guerra Justa, enquanto que no Peru, pelo contrário seria uma Guerra Injusta.

É nesse sentido que Schmitt (2014) afirma que Vitória é retomado após a Primeira Guerra Mundial, a ideia de um humanista que renovasse o *Jus Gentium* romano para se concretizar a ideia de um Direito além de fronteiras é fundamental para uma abordagem no sentido de florescer uma perspectiva de Direitos Humanos e de Direito Internacional.

Schmitt (2014) diz que é sobre Vitória que Joseph Barthélemy escreve uma destacada exposição no livro *Fondateurs du Droit International* (2014).

Francisco de Vitória (2016) escreveu uma grande obra que pretendia dar uma nova visão aos povos que haviam sido recém-descobertos nas Grandes Navegações e sobre o Direito Internacional em sua *Relectiones*. Ele é responsável por renovar o *Jus Gentium* europeu, fazendo leituras do Direito Romano para delimitar um comportamento de todos os Estados soberanos frente aos novos povos estrangeiros. Esse novo *Jus Gentium* seria atemporal, regulando momentos de guerra como momentos de paz. O Objetivo de Vitória (2016) seria o de criar uma grande comunidade internacional.

### **2.1.3 Controvérsia de Valladolid e a Resposta à Sepúlveda**

O grande episódio definido por Gutiérrez (2014) como o início da defesa dos povos indígenas se deu pelo confronto do teólogo Bartolomeu de Las Casas e Sepúlveda a respeito das práticas a serem feitas aos indígenas no período colonial. Gutiérrez (2014) define o conflito

como Controvérsia de Valladolid, baseado na audiência organizada com o Imperador Carlos V sobre como proceder diante da colonização na cidade espanhola.

De acordo com Galeano (2016), o frei Bartolomeu de Las Casas agitava a corte espanhola com suas denúncias da crueldade feita pelos espanhóis. De acordo com Hanke (1968), um membro do conselho real teria lhe dito que os indígenas estavam muito abaixo na escala de humanidade para serem capazes de receber a fé.

O grande inimigo de Las Casas na corte Espanhola era Juan Gines Sepúlveda. Schmitt (2014) diz que Sepúlveda afirmava que Las Casas era um *hombre enemigo* e um sembrador de discórdias. Sepúlveda caracterizava os indígenas como selvagens e bárbaros para, invocando Aristóteles, apresentá-los como seres sem direitos, transformando suas terras em objeto de uma livre conquista.

Schmitt (2014) prossegue afirmando que o senso comum europeu à época do início da colonização alegava que os indígenas eram idólatras, praticantes de sacrifícios humanos canibais e criminosos.

Era comum referir-se aos povos bárbaros à época com o seguinte trecho aristotélico:

Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtém. Partindo dos nossos princípios, tais indivíduos são destinados, por natureza à escravidão; porque para eles nada é mais fácil que obedecer. Tal o é o escravo por instinto: pode pertencer a outrem (também lhe pertence ele de fato), e não possui razão além do necessário para dela experimentar um sentimento vago; não possui a plenitude da razão. Os outros animais dela desprovidos seguem as impressões exteriores. (ARISTÓTELES, p. 20, 2013)

Juan Ginés de Sepúlveda passou os anos de 1544 e 1545 escrevendo *Democrates Alter Sive De Justis Causis Apud Indios*. Nessa obra, ele se utiliza da filosofia aristotélica em destaque como fundamento para a dominação dos povos indígenas.

Os povos indígenas da América seriam esses bárbaros, os indivíduos destinados por natureza à escravidão. Para Sepúlveda a situação ainda se agrava no momento em que afirma que “Os espanhóis estariam acima dos bárbaros assim como os homens estariam acima dos macacos”.

Las Casas dedicou sua fervorosa vida à defesa dos indígenas ante os desmandos dos mineradores e dos encomenderos. Dizia que os indígenas preferiam ir para o inferno para não se encontrarem com os cristãos.

O ápice do conflito entre ambos ocorreu em 1550, quando o rei espanhol, Carlos V, convocou ambos para exporem suas ideias um contra o outro.

As argumentações foram expostas publicamente, diante de um júri que era formado por alguns dos estudiosos que eram contemporâneos aos conflituosos.

De acordo com Gutiérrez (2014), Sepúlveda foi quem fez a melhor adaptação e aplicação das ideias de Aristóteles aos povos indígenas e com essas ideias enfrentou Las Casas por anos. Las Casas afirmava que a leitura de Sepúlveda sequer interpretava as classes de barbárie corretamente no texto aristotélico.

Gutiérrez (2014) prossegue afirmando que a grande contribuição do debate foi a consolidação da Escola de Salamanca, que foi responsável, em parte, pelo refreamento de ímpetos colonizadores principalmente os mais sanguinolentos. Entretanto, a Controvérsia por si só não gerou tantos frutos diretos, Gutiérrez os define como simples leis mornas e atrasadas. Seus maiores triunfos se situam na História da Luta pela Dignidade dos seres humanos e seus direitos.

Segundo Carl Schmitt (2014) em “O Nomos da Terra”, Francisco de Vitória foi o primeiro jurista a se preocupar com o título jurídico indígena considerando o novo Jus Gentium.

Schmitt (2014) afirma que Francisco de Vitória se indignou com o que acontecia na América, especialmente com a crueldade de Pizarro aos povos Incas, e escreveu em uma carta com referência evidente a Sepúlveda afirmando que os indígenas são homens e não macacos.

Para outros teólogos cristãos à época seria inconcebível tratar os povos indígenas como inumanos, mesmo que os chamassem como bárbaros e retomassem Santo Agostinho (1990) em “A Cidade de Deus” para justificar que os povos indígenas ainda permaneceriam como seres humanos seguindo, a máxima de que “Povo bárbaro sim, mas humano”.

Vitória (2016) rejeita as afirmações de que os indígenas seriam escravos por natureza e a fórmula hobbesiana de o “homem ser o lobo do homem”, todas seriam afirmações pagãs. Ele se opõe a ambas afirmando em uma imediata tautologia que afirma que “o homem é o homem do homem”, mas para uma perspectiva cristã, haveria completa coerência.

Bartolomeu de Las Casas também enfatiza que Aristóteles não deveria ser absorvido em sua inteireza pelos estudiosos. Sem negar sua importância, Las Casas o tem como um desconhecedor das palavras de Cristo, portanto, não o desaprova completamente, mas sua doutrina presente em “A Política” desconhece o mandamento de Cristo de amar ao próximo como a si mesmo.

Dessa forma, há, portanto, uma escola que fundamenta que haveria direito pelos indígenas que seja anterior inclusive à formação do Estado como modernamente o concebemos. Os povos indígenas possuiriam um direito sim, dedutível da razão humana, de ter o seu poder civil e político juridicamente reconhecido.

Gradualmente foi se desenvolvendo um código real de leis, a exemplo das Leis Novas de 1542 que, segundo Renata Andrade Gomes (2006), foram influenciadas diretamente por Bartolomeu de Las Casas, “as quais, entre outras medidas de proteção aos índios, determinavam o fim do sistema de *encomienda*”. Entretanto, apesar de ter autonomia, tais leis não detinham, na realidade prática da América, força jurídica de um código moderno sistematizado, representando força simbólica e coercitiva com capacidade de imposição de suas determinações, permitindo o seu comum descumprimento na realidade prática à época colonial da América.

A tese de Sepúlveda, afirmando que “a guerra justa é a necessária violência que se devia exercer para que o bárbaro se civilizasse, porque se fosse civilizado, não haveria guerra justa” (DUSSEL, 2008, p. 166, tradução nossa). Em contrapartida, a tese de Las Casas destrinchou o caráter relativo sobre o conceito de bárbaro, a impossibilidade de uma guerra justa, as limitações ao poder da Igreja, bem como a necessidade de respeitar os costumes indígenas.

Apesar da influência histórica do debate de Valladolid, não houve uma decisão formal acerca da discussão travada, pois os teólogos que a presidiram, tais como Domingo de Soto, julgaram-se incapazes de realizar um veredito.

A figura do índio no Brasil e o espaço que ele ocupa na sociedade brasileira têm sido concebidos também de modo mutante. Em um primeiro momento, pensa-se o índio como parte da formação da sociedade brasileira, tratando-o, como importante, no passado, para a constituição da singularidade nacional; o foco está, assim, no índio como nosso antepassado, nas heranças que deles recebemos, seja genética, seja cultural, seja na importância que ele teve para a adaptação do colonizador europeu ao novo meio. (COHN, 2001, p. 37).

Francisco de Vitória, que apesar de não afirmar de forma clara, criou condições teóricas para a defesa da vigência do jus cogens ao fazer relação ao Direito Natural que considera imutável, que goza de obrigatoriedade/exigibilidade externa e que possui natureza imperativa (BAPTISTA, 1997, p. 26);

[...] Domingo de Soto, que defendeu a vigência das normas iuris cogenitis de Direito Internacional positivado, a exemplo das normas que permitiam a escravização de não cristãos em resultado de guerra. Declarou ser impossível uma alteração do Direito Internacional Costumeiro Geral ou uma criação de um regime contrário ao Direito Costumeiro em alguns Estados, da vontade coletiva ou do Direito Natural. Portanto, defendeu a vigência do ius cogens positivo, mas de origem costumeira (BAPTISTA, 1997, p. 28-30);

Hugo Grotius, que foi ao sentido de estabelecer a diferença entre o Direito das gentes positivo ou secundário que é mutável e o Direito das gentes primário relacionado com o Direito Natural, que goza de imodificabilidade, obrigatoriedade, exigibilidade externa e imperatividade, a exemplo do princípio da liberdade dos mares e do comércio, que não podem ser derogados por meio de tratados bilaterais. Para ele o Direito Internacional é um direito positivo, voluntário, de origem humana e o direito natural, apesar de imodificável, constitui um ordenamento em regra imperfeito, cujo foro é mais da consciência do que da realidade jurídica (BAPTISTA, 1997, p. 34-35).

Importante ressaltar que apesar de existir à época uma justificativa teológica para a colonização e o início de um genocídio indígena na América conquistada por portugueses e espanhóis, a Escola de Salamanca mostrou que esse pensamento não era unanimidade e mesmo sob uma perspectiva teológica, não se poderia justificar e aceitar naturalmente o que se fez com os povos indígenas, existiria uma resistência acadêmica nas Américas no intuito de defesa a esses povos que não se reprimia a ofender a pretensão dos imperadores à época.

## 2.2 O INSTITUTO DO INDIGENATO E SUA RECEPÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

### 2.2.1 A Proteção Legal aos Povos Indígenas

Este tópico desenvolve um breve histórico de como a proteção aos povos indígenas era vista no âmbito do Direito Público e Privado, de modo a mostrar como os povos indígenas foram vistos pela legislação e como as Políticas Públicas no Brasil se direcionaram a esses povos.

Loureiro (2010) define que a perspectiva assimilacionista é a que tem predominado. Cita que no século XVII, o Marquês de Pombal instituiu esse procedimento nos Diretórios dos Índios (documentos emanados da Corte Portuguesa, que consagravam a forma de tratar e se relacionar com os indígenas. Em sua longa gestão, Pombal estimulava o casamento entre portugueses e índias como estratégia política de povoamento e desenvolvimento da Colônia, o que consolidou grandemente à ideia de integração à sociedade maior e à evolução dos índios, como consequência do casamento com brancos. As missões religiosas, seja no período colonial, seja posteriormente (e elas existem até hoje na região), seguem na mesma direção, alterando-lhes a cultura e “civilizando-os”.

Historicamente, os povos indígenas têm sido povos deixados à margem, as legislações e o Direito são apenas um reflexo desse longo e histórico processo. As Constituições de 1824 e 1891 fingiam que os povos indígenas não existiam, com breves menções em adendos posteriores às suas promulgações.

Loureiro (2010) pensa que a História do Brasil deixa claro que o Estado, seus grandes grupos econômicos e grande parte da sociedade jamais aceitaram conviver, com tranquilidade, com culturas diferentes e grupos minoritários dentro do território nacional, respeitando-os em sua autonomia e dignidade próprias. As políticas indigenistas têm desencadeado ações de caráter ambíguo, e muitas vezes contraditório, ao longo da formação histórica do País, que se estende do período colonial aos dias atuais.

No entendimento de Santos (2006), a Sociedade brasileira majoritária, permeada pela visão evolucionista da História e das Culturas, continua considerando os povos indígenas como culturas em estágios inferiores, cuja única perspectiva é a integração e a assimilação à cultura global. Os povos Indígenas com forte sentimento de inferioridade, enfrentam um duplo desafio: lutar pela auto afirmação identitária e pela conquista de direitos e de cidadania nacional e global.

O Posicionamento de Santos (2006) é o de que de fato, a História é testemunha de que várias tragédias ocasionadas pelos colonizadores aconteceram na vida dos povos originários dessas terras: escravidão, guerras, doenças, massacres, genocídios, etnocídios e outros males que por pouco não eliminaram por completo os seus habitantes. Não que esses povos não conhecessem guerra, doença e outros males. A diferença é que nos anos da colonização portuguesa eles faziam parte de um processo ambicioso de dominação cultural, econômica, política e militar do mundo, ou seja, um projeto político dos europeus, que os povos indígenas não conheciam e não podiam adivinhar qual fosse.

A política e as legislações aos povos indígenas possuíam um aspecto contraditório, reconheciam formalmente direitos aos povos indígenas. Contudo, de fato, eles eram escravizados, dizimados e espoliados de suas terras.

Treccani e Alves (2017) afirmam que o cenário pouco foi alterado positivamente após a independência do Brasil, entre os anos 1822 e 1889, uma vez que a legislação imperial legitimou a expropriação dos territórios indígenas.

De acordo com Feijó (2016), a referência aos indígenas se deu apenas com a inserção de um Ato Adicional de 1832, que introduziu a competência do governo para a catequização e introdução à civilização dos povos indígenas.

A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, passou a conceituar, em seu art. 3º, as terras devolutas, bem como a obrigatoriedade de se discriminar as terras públicas das particulares. A partir desse marco legislativo, o único meio possível de aquisição da terra passou a ser a compra, o que, conseqüentemente, excluía do rol de adquirentes aqueles que tinham como fonte única a sua força de trabalho: os indígenas, os negros, as populações tradicionais em geral e os migrantes. Contudo, Treccani e Alves (2017) destacam que essa lei em seu artigo 12 previa que o Governo reservasse terras devolutas para a colonização dos indígenas.

A decisão nº 92 de 21 de outubro de 1850, apenas um mês após a Lei de Terras, passou a considerar como “próprios nacionais” as terras em que os indígenas “vivam dispersos e confundidos com nossa população civilizada. Desse modo, as terras indígenas foram reduzidas àquelas ao redor das aldeias. Com essa medida, os indígenas haviam perdido não somente suas terras, mas sua identidade. Nesse momento, algumas províncias como Ceará, Pernambuco, Paraíba e Sergipe declararam que não existiam mais índios em seus territórios e incorporaram as terras indígenas ao seu patrimônio.

Macedo (2009) complementa esse entendimento ao afirmar que muitas dessas terras terminaram por ser categorizadas como devolutas e vendidas dos Estados para os mais ricos naquele momento, fato que favoreceu a invasão da região amazônica por fazendeiros.

No início da República, uma nova política fundiária foi adotada com a estadualização das terras devolutas, pelo artigo 64 da Constituição de 1891.

Feijó (2016) prossegue afirmando que em 1910 se deu a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão que seria responsável pela integração do indígena à sociedade. A primeira grande codificação a tratar sobre os povos indígenas foi o Código Civil de 1916, que reduzia-os à condição de parcialmente capazes para a vida civil. O SPI seria responsável por dar a tutela e permitir a vida civil dos povos indígenas.

Na visão de Treccani e Alves (2017), o Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção ao Índio tinha como principal objetivo regular a situação jurídica dos indígenas, integrando-os progressivamente e harmoniosamente à sociedade nacional, sem considerar a sua diversidade étnico-cultural ou compreendê-los enquanto agentes protagonistas no processo de desenvolvimento socioeconômico dos seus povos.

De acordo com Feijó (2016), a Constituição de 1934 é a primeira a reconhecer aos indígenas o direito de posse sobre as suas terras. Contudo, dava competência à União para legislar acerca da incorporação do indígena à comunhão nacional. Feijó (2016) conclui que a incorporação do indígena à cultura dominante tratava-se da política oficial do Governo Brasileiro, assegurada em instrumento constitucional.

Para Treccani e Alves (2017), a Constituição de 1934 foi a primeira a trazer expressamente menções ao direito territorial indígena. Ela seria um marco porque a partir dela as de 1937 e 1946 reconhecem as posses onde os indígenas se achem localizados em caráter permanente. As Constituições de 1967 (artigo 186) e 1967 (artigo 198) fazem referência à posse permanente das terras que habitam e lhes reconhecem o direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes. Desse modo, a Constituição de 1946 retoma o dispositivo, que não estava na Constituição de 1937, e a Constituição de 1967 o manteve.

O Artigo 2º do Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936 assim definia as terras indígenas:

Entende-se por terra dos índios:

- 1º) aquela em que presentemente vivem e já primariamente habitavam;
- 2º) aquela em que habitam e são necessárias para o meio de vida compatível com seu estado social;
- 3º) aquela em que já lhes tenha sido ou venha a ser reservada para seu uso ou reconhecida como de sua propriedade e qualquer título

Segundo Gomes (2012), a partir do Golpe que instaurou a ditadura militar em 1964, ocorreram várias denúncias internacionais das torturas e massacres realizados contra os nativos brasileiros, além que ao SPI eram imputados crimes de responsabilidade administrativa. Nesse

contexto, o SPI é extinto e a Lei nº 5.372 de 5 de dezembro de 1967 institui a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Treccani e Alves (2017) prosseguem afirmando que a FUNAI deu continuidade à concepção assimilacionista que resultava na tutela formal aos povos indígenas, denominados “silvícolas” pelo Código Civil de 1916. Importante destacar que o Código previa que a incapacidade para a vida civil cessaria no exato momento em que o indígena estivesse integrado à civilização.

O artigo 12 da Lei 5.371/1967 define que uma das primeiras atribuições da FUNAI seria a proposição ao executivo do projeto de lei que seria denominado de Estatuto Legal do Índio, que veio a ser instituído por meio da Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, e tinha o objetivo de regular as relações jurídicas dos indígenas.

Mesmo as legislações feitas com o intuito de proteção aos povos indígenas carregavam grandes resquícios de um passado fortemente colonizador. O Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973 traz em seu artigo 1º:

Art. 1º 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 (*grifo nosso*), progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Nota-se a perspectiva de que existiria uma necessidade de integrar o indígena e trazê-lo à sociedade, como se ele fosse alguma parte dissociada que precisaria entrar em forte contato com a civilização ocidental. Não restando uma perspectiva de autonomia a esses povos, dando à lei uma forte perspectiva integracionista.

Na perspectiva de Loureiro (2010), o Estatuto do Índio foi concebido no período da ditadura militar, à luz do projeto de um Brasil Grande, desenvolvido e hegemônico na América Latina. Ela interpreta que o Estatuto, mesmo vigente, continua em completo desacordo com a Constituição de 1988.

Sua interpretação é a de que o dispositivo carrega em si mesmo uma contradição especial: ou se preserva a cultura em sua integralidade, com seu caráter identitário, tal como dispõe a Constituição, ou ele fica subsumido se assimilado à sociedade; mas as duas posturas não podem conviver simultaneamente, como linhas balizadoras das políticas públicas.

Em outro extremo, situa-se a linha teórico-ideológica (com as políticas a que elas se vinculam) francamente oposta à primeira. A esta forma de pensar aderem os que reconhecem os indígenas como culturas próprias e defendem suas maneiras diferenciadas de viver em seu habitat e em suas respectivas terras. Ela se mostra em favor da proteção dos direitos indígenas coletivos, o que implica na defesa das suas terras. Mas esses direitos não se restringem a elas;

estendem-se aos direitos humanos fundamentais, aos econômicos sociais, culturais e ambientais, sem os quais a cultura indígena não tem condição de sobreviver.

De acordo com Gomes (2012), o indígena passou a ser visto como um ser digno de comunhão nacional, porém, permanecendo com a visão de inferioridade cultural e evolutiva, tendo uma perspectiva de infantilidade. Por causa disso, eles necessitariam da tutela do Estado, a quem caberia lhes dar condições dignas para evoluir a um estágio cultural e econômico superior e, a partir dessa condição, integrarem-se à nação.

Feijó (2016) reforça que até a Constituição de 1988, todas as legislações e órgãos direcionados aos povos indígenas tinham de alguma forma uma perspectiva integracionista ou assimilacionista. Loureiro (2010) conclui afirmando que esse fato mudaria a partir do espírito da Constituição de 1988, quando se reconhece e garante o direito à multiculturalidade e o respeito às minorias.

Para Duprat (2007), a Constituição de 1988 passa não somente a tratar dos direitos coletivos, mas dos espaços de pertencimento, em territórios, com elementos distintos da tradicional propriedade privada, que possui um caráter individual, com a ideia de uma apropriação econômica. Esses direitos coletivos teriam *locus* étnico e cultural.

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira no sentido de proteção aos povos indígenas. Reconhece-os como povos originários, o que é suficiente para o reconhecimento da posse coletiva das terras que originalmente ocupam. Ela dedica um dos capítulos do Título VIII para a definição e proteção dos povos indígenas. A Constituição passa a dar relevância às relações desses povos com suas terras e à defesa de suas línguas, costumes e tradições.

O artigo 231 da Constituição define a proteção aos povos indígenas da seguinte maneira:

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.

Portanto, a Constituição ainda dá aos povos indígenas a proteção no sentido de a União ser o ente federativo competente para legislar sobre os povos e a propriedade das terras passam a ser do ente federativo. A Constituição reconhece os povos indígenas como grupos de vulnerabilidade perseguidos e excluídos na História nacional e que, portanto, devem possuir proteção especial.

O artigo 232 prossegue:

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.

Reconhecer as comunidades indígenas como partes legítimas é um grande avanço na perspectiva de lhes conferir autonomia e autodeterminação, visto que o Código Civil de 1916, por exemplo, considerava-os como parcialmente incapazes para a vida civil. A partir desse momento, permite-se a intervenção do Ministério Público em todos os atos dos processos que envolvam povos indígenas. Logo, inicia-se um reconhecimento a uma maior proteção a esses povos.

De acordo com Oliveira (2011), foi reconhecido aos povos indígenas o real direito à autonomia de viver de acordo com sua organização social, seus usos e seus costumes, de modo que suas terras deveriam ser demarcadas e protegidas pela União.

Loureiro (2020) define que existem duas lógicas ou racionalidades distintas que orientam e movem segmentos da sociedade brasileira com posições e interesses antagônicos frente à terra indígena: uma racionalidade desenvolvimentista, de caráter exclusivamente econômico, que visa o mercado e a geração do lucro individual, visto que a terra é considerada como um simples recurso natural sujeito à exploração; e uma outra de natureza comunitária, que valoriza os direitos humanos, respeita a pluriculturalidade da nação brasileira e entende a terra indígena como lugar de vida e cultura.

Para Baniwa (2012), a Constituição mudou, em termos legais, a interpretação jurídico-social dos povos indígenas no país. Ela superou a concepção de tutela, reconhecendo a capacidade civil indígena; abandonou o pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do Direito à diferença sociocultural dos povos indígenas. Seguindo a perspectiva de um multiculturalismo contemporâneo, reconheceu a autonomia societária dos povos indígenas, garantindo o direito ao território, à cultura, à educação, à saúde e ao desenvolvimento econômico, de acordo com seus projetos coletivos presentes e futuros; reconhece o direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global.

Para Treccani e Alves (2007), a Constituição é taxativa ao dispor que aos indígenas serão assegurados seus direitos territoriais segundo os seus usos, costumes e tradições, ou seja, reconhece que a segurança jurídica da terra possui relação direta com a cultura.

Na interpretação de Treccani e Alves (2007), o artigo 231 da Constituição reconhece os direitos territoriais indígenas. São benefícios que não lhes são outorgados, ou seja, conferidos no momento da promulgação da Constituição, por meio de ato jurídico constitutivo de direitos, eles já existiam anteriormente independentemente da eventual demarcação de suas terras. São direitos originários que preexistem à Constituição. Mais do que isso, a posse indígena nasce antes de qualquer propriedade, seja pública ou particular, seja ela titulada ou mera posse,

constituiu-se antes da própria existência do Estado Brasileiro, primeiro titular de todas as terras. Por isso, nenhum documento ou situação fática lhes podem ser opostos.

Treccani e Alves (2017) enfatizam que se deve ressaltar o reconhecimento constitucional aos direitos culturais a partir dos artigos 215 e 216, que dispõem que o Estado garantirá a todos o exercício dos direitos culturais com apoio e incentivo à difusão das manifestações culturais populares, indígenas e afrodescendentes e de outros grupos nacionais. Além de tudo, constituem o patrimônio cultural e imaterial dos grupos etnicamente diferenciados, dentre eles, os diversos povos nativos.

Loureiro (2010) enfatiza que em 1996, através do Decreto-Lei nº 1775, parece se esquecer da Constituição e retrocede no sentido da matéria, porque muda procedimentos administrativos e abre possibilidades para vários questionamentos quanto ao reconhecimento, demarcação e à regularização de terras indígenas.

Loureiro (2010) explica que no artigo 2º, §8º, desse decreto é disposto que desde o início do procedimento demarcatório os mais diversos interessados podem se manifestar, apresentando as provas que acharem pertinentes. Portanto, títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias, mapas podem servir não apenas para se pedir indenização, mas também para por terras indígenas em questionamento, inclusive aquelas terras indígenas que já estiverem homologadas. Dessa forma, as terras indígenas que já possuíam direitos imprescritíveis ficariam suscetíveis a questionamentos de várias ordens desde a etapa inicial até as demarcações já homologadas.

Oliveira (2011) prossegue afirmando que as políticas públicas foram redesenhadas nas áreas de saúde, educação e desenvolvimento econômico sustentável, de modo a sempre levar em consideração os valores culturais dos povos indígenas.

A terra é, de fato, um ponto central aos povos indígenas, possuindo um valor espiritual e cultural de vínculo e reconhecimento, sendo o ponto mais forte para um efetivo reconhecimento da autonomia desses povos. De acordo com Silva (2016), a terra é condição fundamental para a continuidade da vida e da saúde, para a reprodução social, para a autodeterminação e para o etnodesenvolvimento.

Em Neves (2017), por se tratar de povos indígenas, o direito ao território deve ser entendido como mais que um direito à propriedade privada, pois por possuírem uma relação ímpar com seu território, a terra ultrapassa o cunho meramente pecuniário e passa a constituir parte integrante da identidade de povo indígena.

Little (2002) define a territorialidade como “homeland”, pois além de ser um produto histórico de processos sociais e políticos, constitui uma multiplicidade de expressões, daí

porque, é bastante importante a realização de análises etnográficas para entender as formas específicas de diversidade de territórios e o entendimento do conceito de cosmografia que é definido como saberes ambientais, ideologias e identidades que um grupo social utiliza para estabelecer e manter seu território"

Para Almeida (2012), a definição de territorialidade é materializada nos territórios tradicionais, sendo que o termo "tradicional" não quer dizer algo estático, fixo. Ao revés, o tradicional se mostra dinâmico e como um fato do presente, por romper com a visão essencialista e de fixidez de um território, explicado principalmente por fatores históricos ou pelo quadro natural, como se a cada bioma correspondesse necessariamente uma certa identidade.

Aliás, neste contexto de discussão, é necessário esclarecer quatro conceitos importantes: território, territorialidade, territórios tradicionais e propriedade. Cabe o conceito de Becker (2014) de que território é o espaço da prática, inclui a apropriação de um espaço e implica a noção de limite. Ele pode ser antropológico, político, refletir a identidade de um grupo ou o conflito. A territorialidade é humana, é a face vivida do poder, é o direito de autonomia sobre o território.

“Territórios tradicionais” é a denominação dada às terras tradicionalmente ocupadas por povos tradicionais que expressam uma diversidade de formas de existência coletiva de diferentes povos e grupos sociais em suas relações com os recursos da natureza (ALMEIDA, 2012). Já a propriedade, sob o ponto de vista jurídico, "é todo o poder sobre a coisa" (BENATTI, 2011), que se manifesta a cada período histórico por meio da apropriação de bens e das relações jurídicas sobre eles.

Neves (2017) afirma que há relações diferentes entre os territórios tradicionais e as propriedades, tendo em vista que, como comentado anteriormente, em se tratando de territórios tradicionais, a relação com os Povos Indígenas é uma relação de identidade, de modo que não há como tratar de modo separado o território do Povo.

Por outro lado, em Neves (2017) a relação que se estabelece entre a propriedade e aquele que a detém é a de sujeito-objeto/coisa, ou melhor, relação de posse. Essa relação é semelhantemente exercida na propriedade clássica/civilista, uma vez que a coisa é trabalhada como um produto, uma mercadoria com destino final exclusivo para a exploração econômica.

A FUNAI define a terra indígena da seguinte maneira:

Terra Indígena (TI) é uma porção do território nacional, de propriedade da União, habitada por um ou mais povos indígenas, por ele(s) utilizada para suas atividades produtivas, imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes

e tradições. Trata-se de um tipo específico de posse, de natureza originária e coletiva, que não se confunde com o conceito civilista de propriedade privada.

A Constituição reconhece o direito originário dos povos indígenas de modo a reconhecer uma posse originária, um direito que seria independente da Constituição, de modo a ser apenas reconhecido pelas terras que esses povos tradicionalmente ocupam e pela sua História.

A União também possui a competência de demarcar as terras referentes aos povos indígenas, de modo a proteger seus interesses e direitos, que são apenas reconhecidos, pois sendo inalienáveis como são, independem e são anteriores à manifestação da União.

Mesmo que a perspectiva nacional tenha contemplado melhor a autonomia dos povos indígenas após a Constituição Federal de 1988, no plano dos tratados e convenções de órgãos internacionais, a autonomia dos povos indígenas ganhou um maior reconhecimento de forma contemporânea à Constituição.

Em 2007, é promulgado o Decreto 6.040, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, que absorve os conceitos de autodeterminação dos povos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Transcreve-se a seguir os incisos I, II e III do artigo 3º do decreto:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras.

Portanto, o decreto aprimora a noção que já existia no âmbito Constitucional e dá forma a conceitos de autoatribuição na esfera da legislação nacional, de modo a estender a concepção a outras comunidades tradicionais, além dos povos indígenas, como por exemplo quilombolas, seringueiros, pescadores, castanheiros e ciganos.

No plano internacional, cabe destacar a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que estipula a inovação da necessidade de que os povos envolvidos em obras de infraestrutura e políticas públicas devem passar por uma consulta prévia antes da tomada de decisões, fator fundamental ao considerar-se a autodeterminação.

Transcreve-se os pontos importantes:

Art. 6º.

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:  
a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

(...)

2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado.

Art. 7º.

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

No Brasil, a Convenção 169 da OIT adentrou o ordenamento jurídico por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004. Portanto, internacionalmente reconhece-se que esses povos possuem domínio sobre sua existência, de modo que são interpretados como conscientes sobre qualquer tipo de ação externa que sejam direcionadas a eles.

Conforme bem estipula a convenção, a consulta deve ser prévia, bem formada e adequada à realidade cultural do povo especificamente requisitado, de modo que um acordo seja feito com esse povo específico. Sendo assim, reconhece-se a autodeterminação desses povos.

Apenas em 13 de setembro de 2007 que a Organização das Nações Unidas (ONU) estipulou uma declaração internacional dos povos indígenas. Inspirada pela convenção 169, a Declaração possui a mesma força jurídica que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, apenas orienta a interpretação, sem qualquer efeito vinculante aos países envolvidos. Efeito que Celso Lafer (1988) caracteriza como *soft law*.

Destacam-se os seguintes artigos:

1. Os povos indígenas têm direito a manter e fortalecer sua própria relação espiritual cultural e material com suas terras, territórios e recursos, e a assumir suas responsabilidades para conservá-los para eles mesmos e para as gerações vindouras. Os povos indígenas têm direito às terras e territórios bem como aos recursos que tradicionalmente tenham ocupado, utilizado ou adquirido, ou de que tenham sido proprietários.

2. Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários, em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização, bem como àqueles que tenham adquirido de outra forma.

3. Os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. Esse reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate.

4. Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras, territórios e

recursos, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado e os instrumentos internacionais pertinentes. Os Estados estabelecerão os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e sua efetiva demarcação ou titulação. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016, p. 29-30).

O Brasil, como Estado Parte da Organização dos Estados Americanos, tendo ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhece todo o conteúdo expresso na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de maneira que deve efetivar o cumprimento de todas as normas jurídicas internacionalizadas pelos tribunais brasileiros voltadas ao Direito de Propriedade dos Povos Indígenas no ordenamento jurídico local.

Portanto, reconhece-se a importância da autodeterminação e da consulta prévia aos povos indígenas. Uma nova perspectiva internacional de autonomia da cultura indígena é formada. Permitindo a esses povos se desenvolverem autonomamente em suas culturas e a ter noção do seu próprio destino.

A Convenção que foi assinada pelo Brasil e, portanto, possui o efeito de *hard law* e deve ser obedecida pelo Brasil é a Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, a convenção não protege especificamente os povos indígenas, foi através de uma interpretação evolutiva do artigo 21 da Convenção Americana que a Corte passou a avaliar em casos concretos a necessidade a criação de uma propriedade comunal, que avalie aspectos como a ancestralidade e a terra tradicionalmente ocupada no momento de se reconhecerem o domínio dos povos indígenas sobre a terra. O modo como essa interpretação foi feita é objeto de estudo de um capítulo posterior deste trabalho.

Percebe-se que a evolução do reconhecimento dos povos indígenas pode ser muito bem traduzida por uma perspectiva Histórica de quinhentos anos de tratamento com os povos indígenas, como uma grande narrativa de como a legislação entendeu e conceituou a relação desses povos com os povos não-indígenas. A necessidade de autonomia e autodeterminação desses povos também foi uma longa construção histórica feita pelas grandes legislações brasileiras.

### 2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

A partir das noções apresentadas no tópico anterior, o trabalho focará em mostrar as consequências da proteção legal aos povos indígenas externalizadas em políticas públicas destinadas a esses povos. Portanto, deve-se ter noção de como as políticas públicas são executadas com relação aos povos indígenas do país.

As definições de políticas públicas são variadas e diferenciam-se ao longo da História, contudo, toma-se como referência o trabalho de Thomas Dye (1984), que parte da perspectiva que políticas públicas podem ser tudo o que um governo escolhe ou não fazer, de modo que a escolha pela omissão estatal também se configura como uma política pública. Para ter-se uma definição que norteia as perspectivas do trabalho sobre políticas públicas, parte-se da definição de Simonian (2000):

(...) Um conceito de políticas públicas implica propostas, planos, metas definidas a partir de estruturas de poder que podem incluir o Estado e seus representantes mais diretos, destinados ao ambiente, recursos naturais e à sociedade, onde e com quem são implementados. (SIMONIAN, 2000, p.14)

Desse modo, deve-se analisar muitos aspectos das políticas públicas, desde propostas, planos e objetivos a serem traçados pelo Estado e desenvolvidos por suas relações de poder. Todos esses aspectos vinculados a uma realidade socioeconômica a serem efetivamente implementados.

De modo a relacionar como as políticas públicas se relacionam diretamente com a perspectiva da legislação apresentada no tópico anterior, será feito um breve histórico de como a ação estatal levou fortemente em consideração a perspectiva integracionista e assimilacionista. Pode-se entender as políticas públicas como as ações dos governos para a resolução de problemas nas esferas públicas, econômicas e sociais.

Não à toa, o primeiro viés de política pública voltada para essas populações partia de fato da sua desconsideração. O desenvolvimentismo do período da ditadura militar (1964-1985) partiu da Operação Amazônia, buscando integrar a região amazônica ao grande capital financeiro. Por isso, slogans como “Integrar para Não Entregar” e que tomavam a região como região de fronteira a ser explorada.

O desenvolvimentismo do período da ditadura militar tomava a região como um enorme “vazio demográfico”, o que evidencia a sua completa desconsideração com as comunidades tradicionais que sempre ocuparam a região, em especial, a população indígena, que já ocupava a região anteriormente à invasão portuguesa.

De acordo com Assis (2006), a noção que foi preponderante no Brasil pós-1964 foi a de que existia um modelo com conteúdo ideológico que desconsidera a diversidade cultural das populações indígenas, caboclas e negras, pois seriam consideradas culturas “pobres” e, portanto, sem qualquer tipo de prioridade no processo de desenvolvimento.

Portanto, como demonstrado no tópico anterior, esse foi o período de fundação da FUNAI e da redação e estabelecimento do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). Tanto a fundação

quanto a lei tinham a perspectiva de desconsideração da cultura e populações indígenas, dando importância ao fator de integrá-la à “civilização”. De acordo com Ponte (2011), a FUNAI à época estava tomada pela ideologia do desenvolvimento e da segurança nacional.

Para Assis (2006), as políticas públicas da época divulgavam a ideia preconceituosa e centrada no louvor à dignidade proveniente do trabalho no ocidente e dessa maneira os indígenas não seriam produtores, no máximo seriam considerados indivíduos a serem assistidos. De modo que por si só seriam incapazes de promoverem o desenvolvimento.

Assis (2006) prossegue afirmando que com os grandes projetos de capitalizar a região, a população indígena da época sofreu enormes perdas que colocaram em risco a sua sobrevivência enquanto povo. Ao praticar o integracionismo por um modelo econômico desenvolvimentista, em verdade, efetivou-se um novo projeto de colonização.

De acordo com David (1978), essas políticas públicas já expunham a população indígena a doenças que seu sistema imunológico nunca havia tido contato, como o sarampo e a gripe, expondo-os também à morte e ao risco de sobrevivência, tudo feito em nome do progresso.

Conforme pontuam Demétrio e Kozicki (2019), os povos indígenas foram uma das maiores vítimas da política desenvolvimentista e punitiva da segurança nacional, tendo sido torturados, encarcerados em presídios, ou campos de concentração, além de terem sido utilizados como mão-de-obra escrava.

Os empreendimentos realizados pela ditadura militar brasileira, como a Rodovia Transamazônica, as Hidrelétricas de Itaipu, na fronteira do Brasil com o Paraguai, e Tucuruí, no Pará, tiveram consequências que reverberam e são percebidas até os dias atuais sobre as comunidades indígenas.

De acordo com a Comissão da Verdade (2014), a Construção da Rodovia Transamazônica (BR-230) seria feita por territórios indígenas, obrigando as etnias a se retirarem de seu habitat de forma coercitiva, os estudos topográficos realizados à época demonstravam pleno conhecimento de que a obra passaria por terras indígenas, o que resultou em uma remoção deliberada de 29 etnias, inclusive onze comunidades isoladas e nove com contato intermitente.

Além de tudo, a Comissão da Verdade (2014) afirma que a FUNAI articulou políticas em conjunto com a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) para promover o que chamaram de pacificação das etnias, o que explica a razão desses povos terem sido removidos de suas terras. A ideia de que o Estado teria, em verdade, o interesse em utilizar esses territórios para o agronegócio.

A Comissão da Verdade (2014) ainda situa presídios indígenas construídos na cidade de Resplendor, em Minas Gerais, e o presídio localizado na ilha das Cobras no Rio de Janeiro. Em ambos, os povos indígenas eram vítimas de tortura e trabalho compulsório.

De acordo com Treccani e Alves (2017) os séculos XIX e XX os povos indígenas foram obrigados a sair de suas terras. Santos (1995) enfatiza que foram séculos em que os povos indígenas foram expulsos, especialmente na região Sul do país, afirma que os imigrantes que lá chegaram organizaram expedições punitivas contra os indígenas ao encontrarem resistência, seus participantes se chamavam “bugreiros”. O século XIX representou um período de violências únicas com o intuito de “limpar” a área. Violência que especialmente sofreram os povos Kaingang, Xokleng, e Botocudo.

Entre 1946 e 1988 a Comissão Nacional da Verdade (2014) responsabilizou o Estado Brasileiro de ter adotado uma real política de genocídio. Pode-se estimar ao menos 8.350 indígenas mortos no período de investigação da CNV em decorrência de ação direta de agentes governamentais ou de sua omissão. Esse número é apenas uma estimativa com os dados possíveis de colher, o número real do período deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada e que há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas.

Treccani e Alves (2017) enfatizam que ao trazer algumas autoridades brasileiras reconheceram um genocídio contra os povos indígenas, é o caso do procurador Jader Figueiredo, em seu relatório oficial de 1967, e do ex-ministro da Justiça Jarbas Passarinho, ao tratar sobre as políticas aos povos Yanomami. O Ministério Público do Paraná, baseando-se na definição de genocídio da Lei nº 2.889/1956, não hesita em falar em genocídio no caso dos povos Xetá. No Julgamento histórico dos povos Aikewara. A comissão de anistia do Ministério da Justiça reconheceu a ação de repressão e exceção por parte do Estado Brasileiro contra “o conjunto de uma comunidade indígena”, e pediu oficialmente perdão, sendo esta a primeira conquista do movimento indígena em um conceito de Justiça de Transição.

Na perspectiva de Loureiro (2004), os resultados que marcam a exploração da Amazônia podem ser descritos da seguinte maneira: social — degradação ambiental. Entretanto, se a narrativa oferecida por esta tríade nos leva a percepção de que o Estado não se fazia presente em terras amazônicas, a história mostra o contrário. As ações voltadas para a realização de projetos desenvolvimentistas demonstram que a Amazônia teve maciça presença estatal. Ocorre que, tais projetos, além de não constituírem políticas públicas que proporcionassem o real desenvolvimento para a região, os atos vivenciados não respeitavam, e nem respeitam, o meio ambiente e a sociodiversidade existente, ensejando conflitos fundiários, ambientais e sociais.

Após o término da ditadura militar em 1985, com a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte em 1988, a necessidade de uma mudança de visão sobre os povos indígenas era evidente. Movimentos sociais ainda não estavam diretamente representados no Congresso, mas provocaram uma enorme diferença no sentido de terem os seus interesses reafirmados no texto da nova Constituição.

Loureiro (2020) define que existem duas lógicas ou racionalidades distintas que orientam e movem segmentos da sociedade brasileira com posições e interesses antagônicos frente à terra indígena: uma racionalidade desenvolvimentista, de caráter exclusivamente econômico, que visa o mercado e a geração do lucro individual, já que a terra é considerada como um simples recurso natural sujeito à exploração; e uma outra de natureza comunitária, que valoriza os direitos humanos, respeita a pluriculturalidade da Nação brasileira e entende a terra indígena como lugar de vida e cultura.

Como explicitado anteriormente, a Constituição dedica uma parte especial a defender a proteção dos povos indígenas. Em consequências práticas no reconhecimento das políticas públicas, Ponte (2011) define que a Constituição revolucionou ao reconhecer o direito à terra como um direito originário assim como o reconhecimento do usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios, dos lagos existentes na terra originária, inclusive os relacionados ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos e a participação nos resultados das lavras das riquezas minerais.

Além de tudo, pôde-se reconhecer que as terras indígenas constituem-se como direitos inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas seriam imprescindíveis. Com isso, as condições de sobrevivência das populações indígenas passam a ser incluídas como item importante na análise de estudiosos do assunto e nos pareceres sobre a criação legal das terras indígenas.

De acordo com Guimarães (2014), a mudança do paradigma assimilacionista para um maior reconhecimento representa uma mudança de perspectiva por parte do Estado brasileiro, de modo a reconhecer a autonomia dos povos indígenas. Entretanto, a aceitação desse novo paradigma não é bem-vista pelos olhos do povo brasileiro, que persiste anti-indígena e desenvolvimentista.

Embora a Constituição de 1988 estabeleça que as terras indígenas são aquelas tradicionalmente habitadas por eles, aquelas em que desenvolvem atividades produtivas e aquelas necessárias à sobrevivência física e cultural indígena, conforme seu artigo 231. O §4º do mesmo artigo menciona que os direitos indígenas são imprescritíveis, Loureiro (2010) afirma que a questão não é tão simples quanto a intenção do artigo constitucional. O exercício

do Direito exhibe os caminhos e os descaminhos que uma ação pode tomar. Sempre existiu a dificuldade de definição do espaço que constitui uma terra indígena e o conceito de tradicionalmente ocupada ainda não possui uma definição jurídica consensual.

O crescimento e a intensa mobilidade espacial da população brasileira e a rápida expansão da fronteira econômica na Amazônia tornam as terras indígenas sujeitas a invasões de toda ordem, especialmente em decorrência da prática indígena de deixar algumas terras por décadas em descanso, enquanto aguardam a recuperação de natureza.

Esta prática vulnerabiliza as terras porque configura para fazendeiros, colonos, madeireiros e garimpeiros e outros que nelas pretendem se estabelecer como se as terras estivessem abandonadas e improdutivas, o que não é o caso.

O problema se agrava, sufocando os anseios indígenas porque, enquanto grupos vulneráveis étnico-culturais, seus interesses aparecem em desvantagem frente aos interesses da União. Loureiro (2010) destaca que embora seus direitos sejam imprescritíveis, é preciso que os indígenas comprovem que suas terras então ocupadas por terceiros, tenham lhes pertencido no passado, o que nem sempre é fácil ou possível quando outras atividades já se fixaram sobre elas, destruindo vestígios de uma cultura que não se caracteriza por construções físicas duradouras.

A Constituição gerou consequências em políticas públicas voltadas aos povos indígenas, mesmo que mínimas, mas que já teriam contribuído para mudar a perspectiva sobre como esses povos devem ser protegidos, visto que ao menos no campo da redação das leis, o paradigma do reconhecimento já seria o novo foco a ser respeitado.

Para pontuar como as políticas públicas indigenistas se traduziram no período pós-ditadura militar, serão feitos exemplos de como o Estado brasileiro inicialmente se organizou e se mobilizou para a execução dessas novas perspectivas para políticas públicas.

De acordo com Ponte (2011), a reforma do Estado no governo Collor (1990-1992) retira da FUNAI a exclusividade sobre a elaboração e execução das políticas públicas indigenistas. Desse modo, as ações de saúde e educação passaram a ser responsabilidade do Ministério da Saúde (MS) e do Ministério da Educação (MEC), inaugurando, portanto, um modelo descentralizado sobre as populações indígenas.

Ponte (2011) prossegue afirmando que as secretarias de Educação do MEC passaram a desenvolver ações para a efetivação da educação indígena do país. Os Estados e municípios receberam a incumbência de suplementar a assistência aos grupos, comunidades e organizações indígenas, nos termos da Constituição Federal e mediante outras legislações e passaram a atuar cooperativamente com a União nas ações que visavam à educação indígena. Desse modo,

inaugurou-se um novo modelo de ação sobre as populações indígenas, com atuações descentralizadas em várias instituições e nas três esferas de poder.

De acordo com Verdum (2003), esse processo de desmembramento de ação permitiu a fragmentação na atuação do Estado brasileiro. Ele assinala que a descentralização provocou uma desarticulação entre os atores governamentais e não-governamentais indígenas e Verdum (2003) prossegue afirmando que os atores responsáveis pela política indigenista deveriam ser melhor articulados e coordenados e orientados com objetivos claros, respaldados por um instrumento legal adequado, por um orçamento suficiente e por uma capacidade técnica e política de gestão e avaliação compatível com o desafio de uma concepção de democracia mais participativa.

Destacam-se políticas que possuíam com viés o multiculturalismo, de acordo com Guimarães (2014), as políticas públicas elaboradas após a Constituição de 1988 possuem uma perspectiva em que enquadra melhor o multiculturalismo, o primeiro documento a ser produzido com perspectivas a um multiculturalismo são as “Diretrizes para a Política Nacional de Educação Escolar Indígena”, esse documento se define como um instrumento essencial para a implantação de uma política que garanta e respeite a especificidade dos povos indígenas frente aos não-índios e sua diversidade linguística, cultural e histórica.

De acordo com Guimarães (2014), o documento se destacou por trazer termos como escola indígena, de modo a dar uma maior autonomia e identidade a esses povos. De acordo com o documento do Ministério da Educação (1993), a especificidade e a diferença são compreendidas no sentido de que as sociedades indígenas são portadoras de tradições culturais específicas e vivenciaram distintos processos históricos. Cada povo possuiria identidade própria sobre seu território, com suas próprias crenças, costumes, história e organização social. Portanto, as sociedades indígenas têm formas próprias de vida comunitária, de ensino e de aprendizagem. Baseiam-se na transmissão oral do saber coletivo e dos saberes de cada indivíduo.

De acordo com Ponte (2011), as mudanças de perspectivas no campo da educação para os povos indígenas não representam efetivamente as mudanças preconizadas. Sobre a ideia de colaboração entre os entes federados, organizados em autonomias e individualidades, pelo fato de vários territórios indígenas estarem dispostos em diferentes áreas e municípios, há diferentes gestões com diferentes orientações burocrático-administrativas à estruturação e funcionamento de uma escola indígena. A respeito da autonomia educacional ainda não se segue as exigências normativas para a implementação desses direitos.

A respeito da saúde indígena, Ponte (2011) discorre que uma atenção importante dada à saúde indígena ocorreu em agosto de 1999, porque através do decreto nº 3.156 ocorreu uma disposição sobre as condições para a prestação de assistência à saúde indígena no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Em setembro de 1999, a lei nº 9.836 criou o Subsistema de atenção aos povos indígenas.

Conforme detalha Ponte (2011), o Subsistema de saúde indígena foi organizado por meio dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), compostos pelos postos de saúde no interior das Terras Indígenas (TI), pelos pólos base passaram a atuar equipes Multiprofissionais de Saúde Indígena (EMSI). Esse foi o modelo adotado nos sistemas locais de saúde para a prestação de assistência à população aldeada.

Segundo Ponte (2011), persistem diversos problemas com esse modelo de Políticas Públicas aos povos indígenas. De acordo com Garnelo (2006), o modelo usado atualmente para a atenção à saúde indígena falha ao não existir uma equipe de saúde permanentemente posta para ajudar as populações indígenas, o que existem são deslocamentos periódicos feitos pelas Equipes Volantes de Saúde (EVS), sendo um modelo descontínuo. Não há uma integração e unidade a respeito de políticas sanitárias indígenas.

Outra política pública a ser executada que possui grande importância para a população indígena é a demarcação a ser feita pelo poder executivo em suas terras. Todo o processo para demarcação está regulado pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) e depende da homologação das terras e reconhecimento pelo Presidente da República.

Em 2012, o decreto 7.747 institui a Política de Gestão Ambiental e Territorial de Terras Indígenas (PNGATI), que dava uma participação maior aos povos indígenas na cooperação e manejo sustentável e assessoria durante a marcação de suas terras.

Trecanni e Alves (2017) enumeram que o processo de demarcação é atribuição da FUNAI, de acordo com Decreto no 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre as cinco etapas do procedimento administrativo: 1. Estudos de identificação e delimitação, 2. Contestação, 3. Declaração, 4. Demarcação e 5. Homologação

Os artigos 1º e 2º do decreto acima citado, tratam das etapas dos estudos de identificação e delimitação, bem como da contestação. Assim o processo terá início a partir da publicação da portaria do presidente da FUNAI que designará um grupo técnico especializado para realizar os estudos.

É importante destacar que, de acordo com a Portaria do Ministério da Justiça no 2.498, de 31 de outubro de 2011, em até 5 dias após a publicação da portaria de designação do grupo técnico especializado no Diário Oficial da União (DOU), a FUNAI deverá intimar os entes

federados de modo a informar sobre: a natureza dos estudos e a constituição do grupo técnico; a possibilidade dos entes interessados indicarem formalmente, no prazo de 20 (vinte) dias, técnicos para colaborar no levantamento fundiário; bem como que os estudos terão continuidade independentemente da indicação de representantes.

Portanto, o protocolo a ser seguido para que haja a demarcação de terras indígenas é a exigência de que os estudos de identificação e delimitação terão como resultado o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) que deve preencher os critérios da Portaria do Ministério da Justiça nº 14, de 4 de fevereiro de 1996, que discorre sobre os dados gerais e específicos que obrigatoriamente deverão compor o RCID, de modo que fique clara a sua coadunação com o §1º do artigo 231, da Constituição de 1988 para que a terra em questão seja declarada como tradicionalmente ocupada.

Ao analisar-se a legislação constitucional e infraconstitucional, verifica-se que o elemento principal para a demarcação das terras indígenas é a configuração de que elas sejam "tradicionalmente habitadas", conceito esse que Trecanni e Alves (2017) definem que se relaciona com o melhor aproveitamento econômico da terra, devido à importância para a preservação do meio ambiente e com a necessidade para a reprodução física e cultural dos indígenas, segundo os seus usos, costumes e tradições.

Desse modo, para que a terra seja considerada como tradicionalmente habitada e, por fim, demarcada, há a necessidade de avaliação dos elementos econômicos, culturais e sociais. Reforça-se que em nenhum momento há a exigência de correspondência com qualquer marco temporal.

Trecanni e Alves (2017) detalham o procedimento ao afirmar que após a publicação do RCID no Diário Oficial da União, ele deve ter o seu resumo fixado na sede da Prefeitura Municipal em que se localiza a terra indígena, bem como, de acordo com o art. 20 da Portaria do Ministério da Justiça no 2.498/2011, a FUNAI novamente deverá intimar os entes federados enviando-lhes uma cópia do relatório e informando-lhes sobre a possibilidade de contestação ao processo de demarcação.

Importante ressaltar esse ponto, porque durante os estudos, a FUNAI deve realizar reuniões com as instituições necessárias e enviar informações sobre o andamento do processo aos entes federados. Além disso, caso as duas intimações necessárias estejam ausentes, elas devem ser substituídas pela indicação de representantes pelos entes públicos e pela apresentação de contestação ou realização de qualquer ato no processo de demarcação.

Seguindo-se o § 8º, artigo 20 do Decreto no 1.775/1996, desde o início dos estudos de identificação e delimitação, os entes federados e terceiros interessados poderão apresentar contestação com o prazo de até 90 dias após a publicação do relatório.

Finalizado o prazo para contestação, segundo o § 9º, do artigo 20 desse decreto, a FUNAI terá um prazo de 60 dias para encaminhar o RCID ao Ministro da Justiça que, após o recebimento, deverá declarar, por meio de portaria, a terra indígena, no prazo de 30 dias.

Após a homologação, a FUNAI deverá então demarcar o território, sendo que, de acordo com os artigos 30 e 40 do Decreto no 1.775/1996, caso seja observada a presença de ocupantes não indígenas, estes deverão ser: indenizados em suas benfeitorias, sendo a posse de boa-fé; e reassentados pelo órgão fundiário competente, caso atendam ao perfil dos projetos de assentamentos voltados para a reforma agrária.

Por fim, o processo para demarcação de terra indígena termina com o decreto de homologação pelo Presidente da República. Considerando-se que após a publicação, a FUNAI tem o prazo de até trinta dias para promover o registro dessa terra indígena junto à Secretaria do Patrimônio da União (SPU) e junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, em razão do art. 90 do decreto que estipula o procedimento de demarcação.

Treccani e Alves (2017) afirmam que a gestão pública das terras indígenas será exercida a partir da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PGNATI), instituído pelo Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012, que se fundamenta no etnomapeamento e de etnozoneamento que são construções cartográficas a partir da participação dos indígenas enquanto protagonistas dos assuntos que impactem diretamente em seus territórios.

De acordo com Oliveira (2011), essa configuração denotou uma fase pós-demarcatória da política pública, de forma a manter e respeitar a terra. Guimarães (2014) completa ao afirmar que essa política definiu a gestão territorial e ambiental de terras indígenas como sendo o domínio político e simbólico do espaço que constitui o território de um povo indígena, englobando os seus saberes e suas práticas quanto ao uso dos recursos naturais e da biodiversidade. O PNGATI possui direta relação com o artigo 6º da convenção 169 da OIT ao reconhecer o direito à consulta prévia, livre e informada.

Loureiro (2010) entende que o esforço marcante se dá sobre a ideia de formação de uma identidade nacional, que acompanhou a construção do Brasil como nação desde a independência. Esta identidade pressupunha pelo menos três vetores norteadores: a busca persistente da constituição de um povo único- povo brasileiro, embora este seja puramente idealizado; a negação sistemática do reconhecimento da multiculturalidade dos diferentes povos que integram a sociedade nacional e o tratamento desigual e inferiorizante de povos

indígenas e negros em relação à população branca, que assumiu e persiste assumindo formas violentas, permitindo massacres.

Loureiro (1992) prossegue afirmando que a ideia de uma nação formada por vários povos distintos, compartilhando o mesmo espaço nacional foi sempre rejeitada, por ser compreendida como uma oposição à unidade nacional e uma ameaça à segurança nacional. No caso dos indígenas, em especial, além da diferença cultural pela qual são frequentemente vistos como estranhos, perigosos e bárbaros, eles têm sido também estigmatizados pela condição de representantes do atraso, do primitivismo, enfim, por serem povos que estariam, por suas próprias existências, negando a entrada do Brasil na modernidade do mundo ocidental na qual o País pretende se inserir.

A questão da terra envolve e afeta profundamente a identidade cultural indígena, visto que a sua cultura não se dissocia da natureza em que eles vivem. E não apenas em relação aos mitos, embora eles possam ajudar a compreender suas relações com a natureza. Os Yanomami, por exemplo, entendem a floresta como uma região habitada por espíritos guardiões (os de seus antepassados). Dependendo da forma como eles tratem a floresta em que eles vivem, a natureza será mais pródiga, menos pródiga ou menos avara; e eles, por sua vez, serão beneficiados com saúde e fartura, ou penalizados com escassez e doenças. Há, portanto, uma integração profunda entre os povos indígenas e a natureza com continuidade nesta integração mútua. Um indígena somente se autodetermina e se reconhece dessa maneira enquanto ser inserido na natureza. É da inseparabilidade desses dois elementos combinados que origina a sua cultura.

Loureiro (2010) complementa a explicação da importância da terra para o indígena da seguinte maneira: a remoção de grupos indígenas também não se processa sem dificuldades. Em primeiro lugar, ela implica no abandono de lugares sagrados, onde residem os espíritos de seus antepassados e deuses. Em segundo lugar, o saber relativo à natureza- com a qual tem uma relação essencial e existencialmente associada- torna-se desnecessário e inútil em outro ambiente que não o seu próprio, onde esses saberes fazem sentido, têm utilidade, são reconhecidos e valorizados socialmente. O rompimento do elo milenar que os liga à terra e à natureza e do qual decorrem seus saberes e a partir dos quais se articulam sua forma de vida, abala os indígenas não apenas fisicamente, mas também socialmente e intelectualmente; ele provoca um vazio identitário e um visível desalento existencial, que tem sido claramente observado e pode ser constatado em grupos que, em décadas anteriores, vivenciaram ou vivenciam ainda este processo de perda.

Não há, portanto, a mínima possibilidade de que não-indígenas cogitem sobreviver em uma natureza pobre, em que haja uma terra de dimensão reduzida e onde sejam removidos para uma terra estranha sem haver um sério comprometimento de suas culturas.

À medida que a fronteira econômica avança na região, seja como decorrência das políticas governamentais, seja pela ação de terceiros, mais a integridade dos indígenas é ameaçada. Se poucas mediações têm sido feitas no sentido de se conciliar questões, muitas têm sido as omissões do Estado brasileiro, mesmo quanto a alterar projetos, buscando alternativas menos impactantes.

Loureiro (2010) prossegue afirmando que são numerosas as situações conflituosas e complexas que decorrem das políticas dos órgãos governamentais nas diversas esferas político-administrativas, bem como a omissão quanto a ações de particulares, em especial no que tange à garimpagem, à extração de madeira e à grilagem de terras, mesmo quando se trata de terra pública; governos municipais, com frequência, abrem estradas cortando ou margeando terras indígenas, o que facilita a entrada de posseiros e invasores de diversas ordens; órgãos federais e estaduais assentam colonos ou implantam infraestruturas com estradas e hidrelétricas, obrigando a remoção de populações indígenas, quando soluções mitigadoras ou alternativas bem menos danosas poderiam ser discutidas e intentadas desde o momento da concepção dos projetos, isto é, bem antes que o conflito entre as partes já se houvesse instalado.

Todas essas formas de agressão às culturas indígenas são frequentes e variadas na região amazônica. As de maior impacto acabam tendo como fim o Poder Judiciário, em que grandes interesses econômicos se movem contra populações tradicionais e minorias étnicas.

Em Loureiro (2010), as ações governamentais concernentes à terra indígenas refletem a influência de uma política indigenista pendular e inconstante do Estado brasileiro, que oscila sob a influência maior ou menor de determinados segmentos da sociedade, que pressionam em um sentido ou em outro, dependendo do momento histórico em que vive o país e dos interesses dos grupos hegemônicos.

Utiliza-se o exemplo do povo Tembé, no Pará, que já vinham perdendo sucessivas terras para posseiros que disputaram com eles por anos partes dessas terras, além de pequenos e médios produtores rurais. A situação se agravou quando a prefeitura municipal construiu uma estrada nas bordas da reserva, possibilitando a entrada de madeireiros. E tornou-se ainda mais crítica quando o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) instalou um assentamento dentro da reserva, que já estava demarcada desde a década. Frente à impossibilidade de se manterem em estilo de vida tradicional, se viram obrigados a se tornarem pequenos agricultores.

Os indígenas detêm a posse do solo e da cobertura vegetal das terras em que vivem, tendo, na condição de posseiros, direitos condicionados sobre elas, enquanto a União detém o domínio sobre o solo e o subsolo. Sendo assim, quem permanece como proprietária legal de ambos é a União. Mas, a tensão estabelecida em torno da terra indígena não se esgota na decisão quanto ao uso do solo e o usufruto da natureza que lhe recobre. Ela se desdobra em pelo menos dois níveis: o primeiro diz respeito ao solo, envolvendo a natureza visível; o outro se refere ao subsolo que, se não apresenta interesse direto para os indígenas, os afeta profundamente, na medida em que o subsolo interessa a garimpeiros e a grupos mineradores nacionais e internacionais.

A terra indígena tem sido objeto de contestação permanente por inúmeros setores da sociedade, em especial, o agrícola exportador (mas não apenas ele), o minerador, de segmentos conservadores da sociedade, ligados a atividades econômicas ou não, o que inclui incontáveis profissionais liberais e amplos segmentos da classe média. Têm eles, de uma forma ou de outra, e fundados em razões diversas, defendido a apropriação privada das terras indígenas e uma destinação delas mais diretamente articulada ao mercado. A exploração do subsolo (mineração e garimpos) e dos recursos hídricos (inclusive para fins energéticos) em terras indígenas requer autorização concedida pelo Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei” (artigo 231, § 3º). Mas, apesar da Constituição resguardar o direito dos índios às suas terras, a realidade concreta torna-as vulneráveis, atingindo-as nos dois níveis- solo e subsolo.

Entretanto, apesar de toda essa configuração para as políticas públicas indigenistas após a Constituição de 1988, não há uma efetividade real para a proteção dos povos indígenas. Conforme bem define Moreira Neto (2005), as políticas indigenistas no Brasil seguem uma continuidade, visto que desde o período colonial, não houve mudanças significativas, portanto, a política indigenista do Brasil, de fato, possui como característica principal o imobilismo.

O trabalho busca revalorizar o instituto do indigenato, que parece ter sido esquecido pelos juristas e pelas políticas públicas ao longo do século XX, sendo somente revalorizado e usado como tema central de fundamentação dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988. Para defender-se um Direito indigenista, é necessário recorrer à História do Direito Público.

### **2.3.1 O Instituto do Indigenato**

Ao abordar o tema sobre as terras indígenas no Brasil, faz-se importante salientar que a melhor fonte para a explicação do reconhecimento dos títulos definidos pela Constituição Federal como originários remonta a um instituto chamado de Indigenato. Toma-se esse instituto como referência para poder-se justificar a demarcação de terras indígenas sob uma perspectiva de um reconhecimento histórico-antropológico.

Após anos com uma perspectiva de legislações e Constituições pautadas no integracionismo, isto é, a perspectiva de que o indígena é atrasado e deve ser integrado à civilização. A Constituição Federal de 1988 é inovadora no sentido da autonomia dos povos em da cultura indígenas, de modo que é a primeira a definir uma seção a protegê-los e a reconhecer seus direitos originários.

A teoria do Indigenato foi desenvolvida pelo jurista João Mendes Júnior no início do século XX e trouxe um relevante argumento para posse indígena sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Ela influenciou diretamente as concepções de constitucionalistas e administrativistas para consolidação dos direitos territoriais indígenas do Brasil.

Aparicio (2018) afirma que para o instituto do indigenato, é tomada como referência para juristas e antropólogos para desenvolver o conteúdo dos direitos originários no Brasil. Sua existência remonta ao jurista paulista João Mendes Júnior, que defendeu sua existência na legislação luso-brasileira em conferências realizadas em 1902, na Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios, sendo posteriormente publicadas na obra “os indígenas do Brasil: direitos individuais e políticos” no ano de 1912. Assim sendo, passa-se a contextualizar o debate sobre o indigenismo no Brasil na virada do século e o pensamento de Mendes Júnior neste cenário específico.

A argumentação de João Mendes Júnior considera os séculos de exploração, exclusão e genocídio praticado contra os povos indígenas durante a colonização portuguesa no Brasil. Tal direito é definido por ele como congênito, ou seja, um direito inato, significando, portanto, que o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas é anterior à própria criação do Estado brasileiro e à Constituição Federal. O Estado ficaria responsável apenas por remarcar e declarar os limites espaciais dos territórios.

Cunha (2018) reitera que o entendimento do instituto é fundamental para o entendimento de uma concepção de Direito originário, ou seja, direitos anteriores ao Estado e à formação da Constituição. Sua definição traz a ideia de que eles existem mesmo sem o reconhecimento pleno feito pelo Estado, portanto, existiriam mesmo anteriormente à Constituição Federal de 1988.

José Afonso da Silva é o primeiro constitucionalista a discorrer sobre a seção dos povos indígenas e a trazer o indigenato como perspectiva de fundamentação aos direitos originários reconhecidos pela Constituição Federal a partir do seu artigo 231.

Segundo Silva (2016), o indigenato consiste em uma velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que remonta ao período do Brasil-Colônia, ao final do século XVII. Esse instituto havia firmado a ideia de que as terras que deveriam ser outorgadas a particulares teriam sempre que ter em vista o direito dos indígenas, reconhecendo-os, portanto, como primários e naturais senhores dessas terras.

De acordo com José Afonso da Silva (2016), o Indigenato não se confunde com uma simples ocupação ou posse. Ele por si só é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito. Enquanto a ocupação é um título adquirido. Ele, de fato, é um título legítimo por si só.

Silva (2016) entende que os artigos 231 e 232 estabeleceram a base dos direitos indígenas, sendo que a relação jurídica entre os povos indígenas e suas terras é fundamentada pelo Instituto do Indigenato.

São terras da União vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, reconhecidos pela Constituição como direitos originários (art. 231), que, assim, consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, parágrafo 2. (SILVA, 2016)

Silva (2016) persiste afirmando que a terra indígena possuiria aspectos jurídicos diferenciados, e não pode ser tomada a posse civil como referência, visto que o Indigenato se relaciona a direitos históricos previstos já nos primeiros tempos de Brasil-colônia.

Belfort (2006) afirma que o artigo 231 da Constituição assegura que os direitos dos povos indígenas às suas terras tradicionais se baseiam no indigenato, de modo que o direito é primário e congênito à posse territorial e independe de legitimação. A demarcação das terras indígenas, que de acordo com o artigo 231 da Constituição incumbe à União, não é constitutiva de direitos, contudo, ela seria de fato declaratória de um direito pré-existente, de modo que compete ao processo demarcatório a delimitação de terras tradicionais dos povos indígenas.

Belfort (2006) prossegue afirmando que em seu §1º, o artigo 231 estabelece serem terras tradicionalmente ocupadas aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar, bem como à reprodução cultural dos povos indígenas, segundo seus usos costumes e tradições, o que amplia o conceito de terras tradicionalmente ocupadas, se considerados como parâmetros somente as terras necessárias às suas atividades produtivas e à sua reprodução física.

Tradicional nesse sentido significa que os povos devam ocupar uma terra que remonte à História, mas sim se refere “ao modo tradicional de produção, ou seja, o modo como eles se relacionam com a terra...”. Dessa maneira, ganha-se uma nova perspectiva ao se tratar a História dos povos indígenas.

O parágrafo 2º estabelece a posse permanente dos povos indígenas das terras tradicionalmente ocupadas e assegura-lhes a exclusividade do usufruto das riquezas naturais nelas existentes. A posse de que trata a norma em tela é uma posse imemorial, sob uma perspectiva antropológica e sociológica e não se confunde com o conceito de posse civil. Suas características pouco diferem do direito de propriedade e sua transferência é restrita à hereditariedade.

Belfort (2006) prossegue afirmando que o parágrafo 4º do mesmo artigo impede a incidência de quaisquer espécies de ônus sobre as terras indígenas ao declarar sua inalienabilidade e indisponibilidade e ao reconhecer a imprescindibilidade do direito dos povos indígenas sobre elas. Assim, não estariam sujeitas as terras indígenas ao usucapião nem a qualquer tipo de aquisição derivada.

O instituto surge como forma de contestar políticas elaboradas pela coroa portuguesa que tinham como objetivo transformar os indígenas em forma de trabalho e espoliar suas terras. Ela parte da compreensão de que os povos indígenas são os originais senhores de suas terras sem a necessidade de legitimação de sua posse.

Entretanto, o Artigo 231, em seu parágrafo 5º, ainda intensifica a ideia de que esses povos não possuem o controle completo sobre suas terras, ele proíbe a remoção de povos indígenas de suas terras. Em casos excepcionais, permite-se essa remoção, em casos de catástrofes, epidemias ou no interesse da soberania nacional, devidamente precedidos de deliberação do Poder Legislativo Federal.

Em continuidade, o parágrafo 6º determina a nulidade de atos tendentes à ocupação, domínio e posse das terras indígenas ou qualquer ameaça contra o seu reconhecimento. A decorrência dessa nulidade é a impossibilidade de pleitear indenização da União àquele que ocupar terras indígenas, exceto sobre as benfeitorias úteis e necessárias, em caso de boa-fé, o que ocorreria com muita raridade.

A Constituição promove também o fortalecimento do protagonismo dos povos indígenas ao reconhecer, em seu artigo 232, legitimidade processual indígena, suas comunidades e organizações na defesa de seus direitos e interesses, assegurando que deve existir a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo.

A questão ficaria restrita a descobrir em que instituto a Constituição teria base para reconhecer um direito originário e histórico que remonta a tempos anteriores à sua promulgação. De acordo com Calafate (2016), o reconhecimento do direito originário dos povos indígenas é reconhecido por doutrinadores e por decisões judiciais com base no indigenato.

Para remontar à história do instituto no Brasil, Calafate (2016) enfatiza que no ano de 1912, em que na obra de João Mendes Júnior, professor da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em que ele proporia o reconhecimento dos povos indígenas sobre as terras que ocupam remonta à legislação da coroa portuguesa, cujo núcleo mais importante sintetizou esse conceito.

José Afonso da Silva (2016) afirma que por consequência da chamada Lei de Terras, Lei 601/1850, os grileiros ocupavam terras indígenas com o intuito de requisitar aos indígenas o registro da posse dessas terras. Segundo Silva (2016), João Mendes Júnior respondeu a essa pretensão no sentido de que os indígenas já estavam ali aldeados com cultura e moradas habituais e a terras que por eles fossem ocupadas, caso não fossem já reconhecidas como terras indígenas, também não poderiam ser de posseiros que viessem a ocupá-las. As terras pertenceriam aos indígenas em virtude do direito à reserva proveniente do Alvará de 1º de abril de 1680, direito que não poderia ser confundido com a pretensão dos grileiros a uma posse sujeita à legitimação e registro.

Não haveria nenhuma lei que revogasse o Alvará, de forma que João Mendes Júnior o retoma para defender a posse indígena, baseada em um instituto que independeria de legitimação.

João Mendes Júnior (1912) remonta a conceitos de Direito Natural aristotélico para justificar a posse indígena:

(...) já os philosophos gregos affirmavam que o “indigenato” é um título “congénito”, ao passo que a “ocupação” é um título “adquirido”. Comquanto o “indigenato” não seja a “única” verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de abril de 1680, “a primária, naturalmente e virtualmente reservada”, ou, na phrase de ARISTÓTELES (Polit., I, n. 8) – um “estado” em que se acha cada ser a partir de seu nascimento. Por conseguinte, o “indigenato” não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a “ocupação”, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem. (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 65)

Portanto, o Indigenato não se confundiria com ocupação, com a simples posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial, não sendo um simples título adquirido. O indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo em que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem.

Segundo Calafate (2016), o conceito de João Mendes Júnior é interpretado por um número considerável de constitucionalistas, tanto no STF, quanto nos tribunais regionais como o conceito que melhor ilustra o que o artigo 231 da Constituição se propõe a defender.

Calafate (2016) segue mostrando em que constavam os estudos de João Mendes Júnior, que analisava o regulamento número 1318 de 30 de janeiro de 1854, no tocante ao direito dos indígenas às suas terras, é afirmado que as terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, e que até aquele momento não teria sido revogado.

Calafate (2016) chama atenção para o contrassenso que é procurar elementos de direito natural nas leis coloniais feitas no século XVII, em um conceito elaborado em 1912. De imediato, essa abordagem pode parecer um grande anacronismo.

João Mendes Júnior (1912) teria a resposta para essa indagação, no sentido de que o indigenato seria um título congênito e a ocupação um título adquirido. Mesmo que o indigenato não seja a única fonte jurídica de posse territorial, a frase do Alvará de 1º de abril de 1680 traz como uma fonte primária e naturalmente reservada do direito indígena. Logo, o indigenato não seria um fato dependente de legitimação.

De acordo com Aparicio (2018), a terceira conferência de Mendes Júnior é a principal fonte da construção da Teoria do Indigenato e se refere à “situação dos índios depois da independência”, mas foi muito além disso e acabou por se constituir no principal arcabouço teórico de legitimação jurídica dos direitos territoriais indígenas.

A ideia de um direito originário, que Aparicio (2018) enfatiza que é denominado por João Mendes Júnior como direito congênito, aparece somente em outra obra, intitulada “O Direito Judiciário Brasileiro”, em que diferencia direitos adquiridos porque, no caso desses direitos congênitos, a legitimidade residiria na própria existência do homem:

Nos direitos congênitos, a natureza e a existência do homem já são os títulos dos seus direitos à vida e ao movimento para conservação e aperfeiçoamento do seu ser; nos direitos adquiridos, o título é um sempre um fato estabelecido pelo homem [...] do qual resultam direitos e obrigações. (Aparicio, 2018)

Aparicio (2018) enfatiza que a percepção de Mendes Júnior sobre o Direito está diretamente vinculada ao jusnaturalismo tomista, o que é bem claro em sua obra no momento de definição do conceito de indigenato.

Em relação aos direitos individuais, os índios devem encontrar nas jurisdições estaduais com recurso para o Supremo Tribunal Federal, as garantias do seu direito à posse indigenata, enquanto subsistem em terras por eles ocupadas: é um direito individual, que além de natural, está positivamente reconhecido pelo Alvará de 1º de abril e pela Lei de 6 de Junho de 1755. (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 133)

José Afonso da Silva (2016) afirma que em meio à conflituosa situação fundiária gerada com a promulgação da Lei de Terras, os “grileiros” pretendiam ocupar as terras indígenas mediante a exibição de registro. Aparicio (2018) afirma que foi em decorrência desse fato que Mendes Júnior construiu sua elaboração teórica.

Portanto, para Mendes Júnior, a Lei de Terras não se aplicaria aos indígenas, porque seriam possuidores de título primário e congênito.

Para Mendes Júnior (1912), a Lei de Terras teria destinado o sistema de terras devolutas originárias dos indígenas justificada pelo indigenato, o que não se confundia com as terras devolutas que seriam destinadas à sua colonização.

Ha, pois, outras reservas que não supõem posses originarias ou congenitas: essas são as das terras devolutas, que destinam-se, na forma da Lei n.601 de 18 de Setembro de 1850, art.12, á colonisação, assim como á fundação de povoações, abertura de estradas e quaesquer outras servidões publicas, assim como á construcção naval. (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 139)

Aparicio (2018) faz referência à diferença que persiste até hoje e é estabelecida pelo Estatuto do Índio sobre a ideia de área reservada aos povos indígenas, que seria algo concedido pelo Estado, e sobre a terra tradicional indígena, que por reconhecer sua história, tem fundamento no Instituto do Indigenato.

Lopes (2016) afirmou que as conferências de Mendes Júnior foram fundamentais para a defesa dos povos indígenas no início do século XX, porque ocorriam pressões de grupos econômicos para que as terras indígenas fossem consideradas devolutas e Mendes Júnior as defendeu como sendo congênitas. Mendes Júnior (1912) questionava que caso uma terra seja indígena, os Estados não poderiam a considerar devoluta, mas sim, reconhecer a posse indígena, visto que essas terras seriam originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de Abril de 1680 e por dedução da própria Lei de Terras de 1850.

Para Marco Antônio Barbosa (2001) a doutrina de João Mendes Júnior foi um instrumento útil para a proteção e defesa de direitos indígenas no início do século XX. Um exemplo particular são as terras Guarani no Estado de São Paulo, em que ele atuou como advogado em defesa desses povos.

O entendimento de Aparicio (2018) é de que o conceito jusnaturalista é insuficiente para uma visão mais ampla que considere direitos como a autonomia dos povos.

De acordo com Miranda (2017) em 1934, pela primeira vez, a questão indígena é tratada por uma constituição brasileira, que consagrou a política de integração dos silvícolas e atribuiu à União a competência para promover a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional,

declarando que será respeitada a posse de terras silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados.

Miranda (2017) afirma que os Constituintes em 1988 estavam atentos aos anseios das comunidades indígenas e de setores da sociedade nacional e inauguraram uma nova política indigenista, reconhecendo os direitos indígenas a terem sua própria identidade, seus costumes e suas tradições.

A lei 601, promulgada em 1850, tinha como objetivo reorganizar a ocupação do território. Ela revalidou as sesmarias e ratificou o regime de posses. Ela teria a intenção de corrigir os erros do passado e tornar possível a distinção entre bens públicos e bens privados.

No art. 1º da lei, retratam-se os interesses do país em promover a ocupação na faixa de fronteiras, ao dispor que as “terras devolutas situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas poderiam ser concedidas gratuitamente. A lei tratou, também da imigração de colonos estrangeiros e da formação de colônias nos lugares que seriam mais propícios.

Miranda (2017) enfatiza que é na lei 601 que se cria o conceito de terras devolutas. O artigo 3º estabelece que terras devolutas são:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal;

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei; § 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

E para a regularização das terras ocupadas desordenadamente, a lei de terras de 1850 adota a regularização fundiária por meio da legitimação da posse. Tinha como base a fundamentação da propriedade onde houvesse uma real produção. Estabeleceu, também, as condições para a concessão de terras pelo Estado.

De fato, a lei nº 601, regulamentada pelo Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, abordou todos os aspectos relativos às terras devolutas, sesmarias, posses e à colonização e teve um papel importante ao dotar o país de um regime de terras que se tornou marco regulatório da política fundiária brasileira.

Na perspectiva de Miranda (2017) as medidas repercutem até os dias de hoje e dizem respeito à distinção entre as terras de domínio do Estado e as de domínio do particular, como o

conceito do que seriam terras devolutas e à legitimação das posses mansas e pacíficas produtivas na área rural.

A ocupação espontânea prosperou porque a estrutura burocrática não foi eficiente no sentido de dar prosseguimento ao processo de legitimação ou concessão. De acordo com Miranda (2017), o efeito da lei não foi duradouro e logo se viu a necessidade de regulamentação e a de se formular um código de terras.

Em 1964, promulgou-se o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, com forte conotação social e sob influência de ideais de reforma agrária. Historicamente, foram essas as formas de se definir as propriedades rurais no Brasil.

Em relação às terras indígenas, Miranda (2017) tenta descrever como se deu a relação entre a legislação e os povos indígenas desde o período colonial.

Para a necessidade de demarcação tem prevalecido o entendimento de que os direitos originários dos indígenas se sobrepõem aos demais d

A obra os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos reproduz três conferências que o autor fez, em 1902, na antiga Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios.

Ele é o mentor da teoria sobre o instituto do indigenato. Em sua Terceira conferência, o autor inicia suas considerações sobre o direito de posse do Indígena pela análise da Lei de 27 de outubro de 1831, que revogava as Cartas Régias de 1808, abolindo a servidão dos indígenas e os considerando como órfãos, assim, devendo ser protegidos pelo Ministério Público.

Trazia a Lei muitas disposições acautelando o direito dos índios à liberdade, acautelando a fixação e garantia dos salários dos índios que trabalham; renovava o texto do Alvará de 1º de abril de 1680, em que, para conservar os Gentios, em aldeias, se determina o seguinte:

- 1º - Que os índios descidos do sertão sejam “senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se fazer moléstia”;
- 2º - Que “aos que descerem do sertão sejam designados lugares convenientes, para neles lavrarem e cultivarem, sem que possam ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade”;
- 3º - Que esses índios “nem serão obrigados a pagar foro ou tributo das ditas terras, ainda que sejam de sesmarias, a pessoas particulares, porque na concessão de sesmarias se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda, ser reservado o prejuízo e direito dos índios, primários e naturais senhores delas”.

Para Mendes Júnior (1912), os indígenas, principalmente os que moram em terras longínquas e até desconhecidas, não poderiam, como é natural praticar atos burocráticos par ao processo de legitimação e registro. Ele afirma que o conflito com expedições de novos posseiros causou muitas lutas e carnificinas.

A Lei teria diferenciado as terras devolutas das necessárias. Seja para novos povoamentos ou para a abertura de estradas, assim como para os povos indígenas.

Em Mendes Júnior (1912), compreende-se que o legislador em 1850 não julgou necessário criar uma hierarquia de subordinação entre os indígenas aldeados, mesmo em lugares em que existiriam indígenas isolados que não formalizassem sua posse. Sua interpretação é a de que o objetivo da lei seria o de preservar as reservas para os indígenas.

Nos conflitos entre indígenas e posseiros, Mendes Júnior (1912) pontua que à época seria exigido que os indígenas apresentassem registros de suas posses, ele afirma que deveria existir outra solução jurídica para esse problema: No momento em que os indígenas estariam reunidos com cultura e morada habituais, essas terras não poderiam ser de quaisquer posteriores posseiros.

Isso ocorre porque as terras já estariam devolutas, as terras já seriam desses povos em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não teria sido revogado. Na interpretação de Mendes Júnior (1912) esse direito jamais pode ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e ao registro.

O reconhecimento de um direito congênito e independente de oficializações é o que dará forma ao instituto do indigenato, reconhecendo a ocupação como um título garantido.

A concepção de posse no Brasil é a que Silvio Rodrigues (1972) define como o exercício, de fato, de alguns dos poderes peculiares à propriedade. É considerado um possuidor aquele que tem, de fato, o exercício de algum dos poderes inerentes ao domínio. Enquanto a propriedade se manifesta pelo direito adquirido sobre o bem, a posse é a relação material entre o proprietário e o bem.

Em Mendes Júnior (1912), o indigenato não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem.

De acordo com Miranda (2017), desde João Mendes Júnior se ficou consolidado o conceito do indigenato para a defesa do direito originário dos indígenas sobre as terras que ocupam. Sendo de comum entendimento que os indígenas possuem direitos originários sobre essas terras.

Marchini (2012) ressalta que nenhuma legislação colonial ou do início do século XX era intimamente capaz de reconhecer a plena autonomia dos povos indígenas, que somente seria extinta na Constituição de 1988, que não faz qualquer tipo de distinção entre indígenas e não indígenas, reconhecendo aos povos nativos o direito de sê-lo por si só, de acordo com seus costumes e tradições.

Em Marchini (2012), a Provisão de 1º de abril de 1680, voltada para o Estado do Maranhão afirma que se deve respeitar a terra dos indígenas, sendo os primários e naturais senhores delas, mas essa passagem não deve ser entendida isoladamente, pois, como está no texto da provisão, trata-se de um diploma legal que diferenciava indígenas aliados de inimigos.

Marchini (2012) enfatiza que a Carta Régia de 1566 e na lei de 1609 o objetivo seria somente a conversão do indígena e suas terras seriam protegidas na medida dessa conversão. Se haveria a possibilidade de convertê-los ou já estariam em processo de o serem. Para os indígenas rebeldes e que resistissem à conversão, não haveria qualquer espécie de proteção.

A provisão de 1º de abril de 1680 tem como objetivo a provisão sobre a repartição dos indígenas do Maranhão concedendo à Companhia de Jesus a conversão dos Gentios.

Miranda (2017) afirma que a provisão defende medidas para a evangelização dos indígenas mais distantes e orienta as ações necessárias para não somente conservar os indígenas livres nas aldeias, mas para procurar aumentá-los para que servissem ao Estado colonial. Para isso, o documento régio resolve adotar a repartição dos Indígenas no Maranhão.

Dividem-se os indígenas livres por aqueles que os párocos considerariam os mais efetivos e capazes de serviços fora das aldeias. Haveria três espécies de indígenas a serem abordados, uma parte desses indígenas permaneceria sempre na aldeia

De fato, quando a Lei decide que não são devolutas as terras aplicadas a um fim público e que não são devolutas as terras de particulares e de posseiros ela é muito específica. Portanto ao não especificar que as terras indígenas não são devolutas mais uma vez indica que sua vontade é que elas estejam indiscriminadas das devolutas. Ou seja, a Lei de 1850 considera as terras indígenas como devolutas e o governo iria, de acordo com seu planejamento, instalar os índios, dispersos pelas terras devolutas, em colônias no local que decidir ser mais apropriado.

Além disso, se a Lei reconhecesse a propriedade ou posse do índio deveria ter destacado isso. Porque o índio é proprietário de uma maneira diferente à do não índio. A propriedade é reconhecida a quem tem uma carta de sesmaria, ou comprou uma parte de uma sesmaria, enfim, alguém que tem um registro ou documento. Já o índio para ter algum registro ou documento de sua propriedade precisava ter alguém que o representasse, tendo em vista sua capacidade jurídica igualada a de um órfão.

Por isso, para que a Lei reconhecesse a posse do índio igualmente se necessitaria de uma ressalva, para que não se confundisse com as terras devolutas. Nesse sentido destaca-se o artigo sexto da Lei o qual explica que não são todos os tipos de posse que excluem a terra de ser considerada devoluta, assim, as ocupações que derrubam matas com queimadas, que têm roçados simples, e que têm ranchos são devolutas, e são justamente esses caracteres que são encontrados em muitas ocupações indígenas. (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 146)

Em Bruno da Silva Antunes da Cerqueira (2016), o instituto defendido por João Mendes Júnior viria a se transformar em norma constitucional na constituição de 1934, mesmo que de maneira pequena e ainda assimilacionista em geral, a ideia da defesa das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas já viria ganhando cada vez mais forças.

Cerqueira (2016) prossegue defendendo que uma inovação da Constituição de 1934 era o fato de que se retirava dos Estados Federados a competência para se legislar sobre assuntos indígenas, tornando a competência exclusiva da União.

Miranda (2017) enfatiza que este instituto é adotado por especialistas em sua maioria como o reconhecimento dos direitos originários dos povos indígenas. Para Miranda (2017) faz-se importante reconhecer o contexto em que a obra foi feita, de conflitos entre indígenas e posseiros no início do século XX, por causa da vigência da lei de Terras, que reconhecia somente ao posseiro o direito de legitimar a sua posse.

Na interpretação de Mendes Júnior (1912), o instituto do indigenato permite que o indígena permanecesse na terra que ocupava com fundamento no Alvará de 1º de abril de 1680 e prescindir de legitimação. Defendia-se o direito indígena sem necessariamente discordar do direito de não indígena a legitimar suas posses.

Miranda (2017) conclui que a expressão direito imemorial significa dizer que a ocupação indígena constitui um direito adquirido em data imemorial, o que lhe dá o direito de permanecer no espaço territorial que esteja ocupando, não no sentido de que tal direito se estende a todas as terras que foram ocupadas no passado. Portanto, o termo imemorial não pode ser entendido como um direito sobre as terras que foram indígenas no passado, mas sim em enfatizar a presença histórica indígena e assim reconhecer o atributo histórico-cultural da presença indígena. Permitindo um diálogo interdisciplinar entre o Direito e outras áreas do conhecimento. Miranda (2017) reconhece que desde a conferência de Mendes Júnior (1912) há o reconhecimento do direito indígena sobre as terras que ocupam.

A grande inovação de Constituição de 1988 ocorre pelo reconhecimento aos indígenas da sua organização social, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições. Desde então, a Constituição reconheceu que o indígena possui valores próprios, tem cultura própria e se organiza socialmente de acordo com seus costumes e cultura, encerrando-se, portanto, definitivamente, o ciclo da integração forçada do indígena à sociedade não indígena. O reconhecimento dos direitos indígenas, assim como a proteção dos seus valores naturais passou a ser uma imposição da Constituição Federal.

Passa a existir a proteção Constitucional para que os povos indígenas possam desenvolver suas atividades e preservar sua organização social, seus costumes e suas tradições, as comunidades indígenas contam com a garantia constitucional de usufruto das terras que ocupam.

A Constituição de 1988 não apenas reconhece aos indígenas o direito sobre as terras que ocupam como também dá à União a incumbência de demarcá-las, ato que assume grande

importância para a segurança jurídica das comunidades indígenas. Dessa forma, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas têm destinação específica, são inalienáveis e indisponíveis.

Para efeitos práticos, Miranda (2017) descreve que ao atribuir à União a competência para demarcar as terras indígenas, a Constituição reconhece que existem áreas rurais do País que estão distribuídas entre públicas e privadas e que as terras indígenas devem ser especificadas e separadas das demais, uma vez que, por força do artigo 20, são terras da União, ou seja, devem ser registradas no cartório de Registro de Imóveis e na Secretaria de patrimônio da União.

Miranda (2017) prossegue afirmando que é por meio do registro que se tem a segurança jurídica em relação a atos jurídicos como a demarcação de terras. Registros públicos permitem que se possa definir e conhecer as delimitações de terras indígenas demarcadas e registradas em cartório. Miranda (2017) sintetiza sua ideia ao dizer que sob o ponto de vista jurídico, é somente após o registro em cartório que se pode definir uma terra indígena de uma não indígena e ter noções objetivas de seus limites.

Contudo, após essa ênfase na importância do reconhecimento jurídico, Miranda (2017), enfatiza que a demarcação e o registro de terra indígena não são fatos determinantes para se excluir os direitos indígenas, visto que são originários. Portanto, a posse que é reconhecida como indígena tem proteção constitucional por si só e qualquer ocupação por não índios é nula, como consequência do que determina o artigo 231, §6º da Constituição.

No campo das transformações e progressão dos direitos indígenas, Miranda (2017), destaca que somente a partir da Constituição de 1969 que as terras indígenas foram declaradas bens da União e deixaram de ser terras devolutas, como mencionava a lei de Terras. Sendo bens da União, devem ser registradas no Cartório de registro de Imóveis e na secretaria do patrimônio da União, sujeitas, portanto ao regime jurídico brasileiro da propriedade, nos termos estabelecidos no Código Civil. É desse modo que se diferenciam as terras indígenas das particulares.

O indígena que se encontra estabelecido, possui a *sedum positio*, que constitui o fundamento para a posse, mas o indígena, além do *ius possessionis*, os indígenas também possuem o *ius possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado desde o Alvará de 1º de abril de 1680 como direito congênito.

Só estariam sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder do ocupante. Em relação aos indígenas estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de

domínio. Não haveria, portanto, uma posse a ser legitimada por meio de uma lei que permitisse a sua validade, haveria o domínio a reconhecer e o direito originário preliminarmente reservado.

Dessa forma, o título de domínio não estaria dependente de outras formas de legitimação senão a que viria dessa mesma forma de ocupação, como a posse natural de quem estaria nessas terras. Na visão de Calafate (2016), isso reconheceria as posses por estarem no primeiro ocupante, a sua interpretação vai no sentido de que o legislador se propõe a criar um título distinto da sua ocupação.

Calafate (2016) enfatiza que o indigenato prossegue como principal fundamento para o reconhecimento dos Direitos Originários mencionados pela Constituição na visão dos doutrinadores constitucionalistas.

Dessa forma, fica claro que os conceitos de Direitos originários precisam de uma fundamentação mais precisa, e a ideia de que existem direitos que sejam reconhecidos como sendo anteriores e mais complexos do que a legislação posta parece oferecer uma boa solução para esse problema, inclusive na doutrina do Direito.

Apesar do Alvará ser o principal fundamento para se notar uma lei que seja anterior ao ordenamento jurídico posto, é necessário que o contexto de promulgação da lei seja posto em xeque. A Legislação da Coroa portuguesa possuía como objetivo a evangelização dos povos nativos americanos, com a condição de que esses povos estivessem integrados com padrões civilizacionais correspondentes à sua integração com a forma de vida europeia.

O propósito essencial seria de que a legislação civilizasse o indígena daquele Estado, tirando dele a barbaridade e o seu paganismo, e com esse fim propagar-se a fé cristã. Muito embora a legislação reconheça a liberdade dos indígenas e que por direito natural e direito positivo são verdadeiramente livres.

Calafate (2016) sustenta que as legislações portuguesas em respeito ao tratamento dos indígenas nas colônias tentariam convencer o indígena a deixar de sê-lo. Precisaríamos, portanto, serem resgatados dessa condição, sem dolo ou malícia, deslocando-se para a proximidades das povoações coloniais, com o objetivo de serem aldeados e evangelizados.

Segundo Moisés (2000), à época em que as legislações prosseguiram nesse sentido, a conversão seria um valor supremo a ser buscado por quem tratava o indígena, e a vantagem de ser um cristão se tornaria indiscutível.

Cavalcante (2016) afirma que a demarcação das terras indígenas é tida tão somente como um ato declaratório. Por isso, salvo em casos de criação de reservas indígenas, não há que se falar em “criação de terras indígenas, mas tão somente de seu reconhecimento por parte da União Federal. As terras indígenas, desse modo, são entendidas como tais, sendo a

demarcação apenas um ato de reconhecimento do Estado. Apesar disso, tal ato assume enorme importância, pois, sem ele, os povos indígenas dificilmente conseguem ter posse plena de suas terras; mesmo quando detém a posse precária, enfrentam inúmeras dificuldades para a instalação de aparelhos destinados à prestação de serviços públicos. Isso ocorre porque, de maneira injustificada, muitas entidades governamentais se negam a construir obras públicas ou a prestar serviços em áreas não homologadas como terras indígenas. Em suma, os indígenas ficam sem a proteção do Estado.

Ao tratar de terras de ocupação tradicional necessárias à reprodução física e cultural dos povos indígenas, ampliou-se a compreensão, antes limitada às terras habitadas (no sentido de local de moradia) pelos indígenas, para todas aquelas que sejam de importantes e necessárias para a reprodução física, cultural e social desses povos. Dessa maneira, ao se realizar a identificação e a delimitação de uma terra indígena, o grupo técnico não se limita a levantar os espaços necessários para a habitação e reprodução econômica de um povo, mas também inclui aqueles locais de relevância para sua cultura, religião e organização social.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007) entende que a definição do que seria uma terra tradicionalmente ocupada passa por uma eventual dificuldade de apreensão do termo, no sentido sobre o que significaria ser tradicional. Dessa maneira, o próprio constituinte se ocupou de dar sentido ao que significaria tradicional no § 1º do artigo 231 da Constituição Federal.

Amaral (2015) complementa o entendimento de Tércio no sentido de que a ocupação tradicional em nada se relacionaria com o tempo em que ele a ocupa, em verdade, seu entendimento precisa estar vinculado à sua relação com a terra, no que ela define como cosmogonia.

Para Silva (2016) o entendimento de que a expressão “habitadas” não pode ser compreendida pela perspectiva do Direito Privado. Ao se tratar sobre povos indígenas, deve-se entender o conceito de *habitat*.

Importantíssima para o prosseguimento da ideia a ser defendida é a perspectiva de Amaral (2015) que define a ocupação tradicional como um fato que pode ser vertido em várias linguagens: na linguagem política pertenceria ao sistema político; em uma linguagem histórica do sistema social, na linguagem antropológica, mas que somente ingressará no sistema jurídico, em que reside a norma geral e abstrata do artigo 231 da Constituição, quando vertida em linguagem jurídica, o que será feito por intermédio do procedimento legal da demarcação, que se vale da linguagem antropológica dentro dos procedimentos probatórios.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007) interpreta o instituto do indigenato de modo a harmonizá-lo com outros institutos de status constitucional, como por exemplo, o direito à propriedade. Cita-se:

Cabe aqui a noção de indigenato, entendida por Mendes Junior (p.49) como título distinto da ocupação e que tem por base a noção de habitat, equilíbrio ecológico entre o homem e o seu meio. Desse modo, não é fato dependente de legitimação, ao fato que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que o legitimem. Note-se, porém, que o indigenato é título, capaz e explica o caráter originário dos direitos, mas estes não se reduzem àquele. Como a Constituição fala em direitos, não há como deixar de explicitá-los conforme a técnica jurídica. Da estrutura do direito subjetivo fazem parte o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção (Ferraz Jr., 2003, p.151). O sujeito é o titular do direito, aquele a quem se atribui um título capaz de legitimar o seu exercício. O conteúdo tem a ver com faculdade (de dispor, exigir, constringer, etc). O objeto diz respeito ao bem protegido. E a proteção aponta para a possibilidade de fazer valer a faculdade diante do objeto, em especial para ação processual. Ora, o indigenato é título de legitimidade, caracterizador do sujeito como titular. Legitima, assim, no caso, a faculdade (faculdade de usufruir, usufruto) e o objeto – terras- terras que tradicionalmente ocupam-, mas não os define. Como título tem, pois, a ver com *ius possessionis*, mas, sobretudo com *ius possidendi*, ou seja, é reconhecido preliminarmente legitimidade da posse. Mas não lhe explica o objeto, razão pela qual a Constituição cuidou de defini-lo no §1º. Do art. 231. É dizer a noção de habitat, base do indigenato, serve para legitimar a posse (das terras que os índios tradicionalmente ocupam), mas não para definir-lhe o limite e a extensão. O mesmo se passa com a propriedade, cujo título legitimador está no reconhecimento constitucional, mas cuja extensão, cujos limites (faculdade de usar, dispor, fruir, e determinação do bem protegido) dependem de comprovação com base em fatos objetivos e relações intersubjetivas. Direitos originários, portanto, são direitos cuja fonte está no habitat natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra, mas, como logo perceberam a doutrina e a jurisprudência, nada tem a ver com posse imemorial, anterior ao descobrimento. Ou seja, não revelam uma relação temporal, não se referindo a terras imemorialmente ocupadas, terras ocupadas desde épocas remotas (usucapião imemorial), pois apontam apenas para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a eles. (Silva, 1999, p.827). Quanto ao seu objeto, passível de comprovação, fala a Constituição em terras que tradicionalmente ocupam (art.231). Terras são o bem protegido. O complemento restritivo as delimita: que tradicionalmente ocupam. A expressão tradicionalmente tem o sentido de modo tradicional, ou ocupação de modo tradicional, vale dizer, conforme a própria tradição. (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 506-507).

Amaral (2015) complementa com o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior no sentido de que o Indigenato por si só não é um direito, mas é fundamento do que a Constituição define como direitos originários, portanto, todos os direitos indígenas fundados na noção de habitat devem-se ao reconhecimento do Indigenato.

Apesar de o Indigenato ser o título legitimador, que confere ao índio a faculdade de usufruir da terra que tradicionalmente ocupa, subsiste a necessidade de se definir o objeto do Direito, ou seja, as terras que são tradicionalmente ocupadas precisam ser delimitadas. O Direito Originário à terra é reconhecido, mas a determinação do objeto desse direito há que ser constituída pela linguagem das provas dentro do procedimento de demarcação, tanto é assim

que a própria Constituição estabelece no §1º do seu artigo 231 os parâmetros para a delimitação do objeto desse direito.

Amaral (2015) aponta para o fato de que se a Constituição assegura aos índios as terras que tradicionalmente ocupam como um direito originário, não que se falar em vínculo de fato, pois somente um reconhecimento jurídico, que foi constituído posteriormente ao reconhecimento do fato jurídico de ocupação tradicional.

Amaral (2015) afirma que o conceito de ocupação tradicional pode possuir vários significados, contudo, ao ser positivado no artigo 231 da Constituição Federal, permite-se uma integração entre a linguagem jurídica e uma linguagem antropológica de procedimentos probatórios, que tome o conceito de habitat como relevante.

Em Lourival Vilanova (2003), tem-se uma perspectiva de entendimento sobre a linguagem no sentido de que a perspectiva de que no objeto físico, não se encontra a linguagem a linguagem é integrante de sua constituição. Dessa maneira, o Direito, como objeto de estudo, possui a linguagem como parte do seu ser. Essa afirmação desnuda a natureza linguística do Direito, com sua criação a partir da linguagem. O Direito seria criado e reproduzido pela linguagem.

Ferraz Jr. (2007) não nega natureza de título ao instituto do indigenato, que teria como fundamento a noção de habitat; portanto, seria um fato jurídico que seria independente de e anterior à legitimação.

Para Amaral (2015), é justamente por uma ideia de mitigação ao direito de propriedade aos particulares que se busca proteger o direito dos indígenas à terra como seus senhores naturais, para isso se funda o instituto do indigenato.

Para Villares (2013) o indigenato é consequência direta de uma leitura Constitucional, pelo simples fato de a Constituição reconhecer aos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A expressão “direito originário” já carregaria por si só a ideia de um direito congênito.

Ao interpretar o artigo 231 da Constituição, Amaral (2015) desenvolve uma ideia de que a linguagem descrita na Constituição seria prescritiva. Prossegue-se afirmando que “a ocupação tradicional de terras por indígenas” carrega por si mesma o ideal de que toda a ocupação de terras por não-indígenas torna-se nula, portanto, torna por si só ilegal.

Villanova (1977) afirma que o Direito se ocupa de expressões que definem o que se está facultado a fazer ou omitir. Essas expressões não são meramente descritivas de como alguém se comporta, de fato, descreveriam como alguém deveria se comportar. Portanto, sob essa perspectiva, o artigo da Constituição reconhece o direito de territorialidade a esses povos.

Aparicio (2015) completa esse entendimento hermenêutico da norma ao afirmar que ela significa a própria linguagem do Direito Positivo, dentro de um arquétipo sintático homogêneo, preenchido por conteúdos semânticos variáveis que foram escolhidos pelo legislador. É uma linguagem performativa, que faz existir aquilo que enuncia. Portanto, a linguagem transforma um fato social em fato jurídico.

Para Aparicio (2015), todos os demais grandes juristas que escreveram sobre direitos indígenas no Brasil passaram a conceber o direito do índio à terra como um direito originário e congênito, passando necessariamente pelo instituto do indigenato.

Em Ferraz Jr. (2007) quando se situa a interpretação do instituto do indigenato como título que explica o caráter originário do direito subjetivo dos povos indígenas à posse de terra, que é composto estruturalmente pelos mesmos elementos que integram o conceito de direito subjetivo. Em se tratando de direito subjetivo, sua estrutura é idêntica a todos os direitos subjetivos: sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção.

Ferraz Jr. (2007) também assume a interdisciplinaridade do Direito ao receber o título do indigenato, que se funda em uma noção de *habitat*, sendo assim, um fato jurídico que não depende de legitimação e vai além, ao enfatizar que o indigenato, muito embora explique o caráter originário do direito discutido, não se confunde com esse direito, são conceitos diferentes.

Em Amaral (2015), essa diferença é resultado da importância da hermenêutica para o Direito, porque é ela que diferencia o indigenato como título que legitima o titular do direito a exercê-lo, mas que não é o suficiente.

Para Ferraz Jr. (2007), os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam são direitos subjetivos reconhecidos e ao reconhecê-los, a norma constitucional não os cria automaticamente, apenas os aceita como preexistentes, entretanto, o fato de serem direitos reconhecidos não dispensa a edição de uma norma individual e concreta, documentada na demarcação, que declarará o fato indígena em seu antecedente e constituirá a relação jurídica decorrente desse fato consequente da norma. Desse modo, o direito subjetivo é uma consequência.

Os direitos subjetivo em Ferraz Jr. (2007) não seriam estruturalmente diferentes dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, não existiria hierarquia entre eles que coexistiriam harmonicamente. Em um plano geral, servem à proteção de minorias.

Esses direitos seriam originários, não se trata de direitos adquiridos, porque não pressupõem uma incorporação ao patrimônio, seja econômico, seja moral, embora estejam ressalvadas as particularidades constitucionais, devem ser tratados em harmonia, em conjunto.

Portanto, para Ferraz Jr. (2007), o indigenato se difere da simples noção de ocupação e tem por base o conceito de habitat, em equilíbrio ecológico entre o homem e seu meio. Portanto, não depende de legitimação, a ocupação sim exigiria requisitos para ser legitimada.

Nota-se que todos os autores mencionados precisam dar importância a fatores culturais indígenas e a fatores históricos para reconhecerem os direitos indígenas como originários.

Carneiro da Cunha (1998) diz que Terra indígena, em princípio, é um conceito jurídico brasileiro que tem sua origem na definição dos direitos territoriais indígenas. Tais direitos foram reconhecidos ao longo da história pelo Estado brasileiro por meio de diversos dispositivos legais.

### 3 POR UM CONCEITO DE ETNODESENVOLVIMENTO

Rodolfo Stavenhagen é um cientista social mexicano, de origem alemã, e propôs o conceito de etnodesenvolvimento a ser explorado por este trabalho, visando trazer uma perspectiva de desenvolvimento que considere o pleno desenvolvimento cultural dos povos indígenas.

Para trabalhar o etnodesenvolvimento como uma dimensão de desenvolvimento que é frequentemente esquecida e negligenciada, o autor traça uma perspectiva das diversas maneiras de se enxergar o desenvolvimento, de modo que se possa reconhecer o desenvolvimento cultural.

Nesse caso, defender a autonomia dos povos indígenas é defender uma nova dimensão e uma nova perspectiva de desenvolvimento.

#### 3.1 SOBRE UMA TEORIA DE DESENVOLVIMENTO

Stavenhagen (2013) afirma que a teoria do desenvolvimento implica uma série de problemas no campo das ciências sociais. O termo desenvolvimento necessita de uma acepção de valores e não se encontrou um substituto que se encaixe em seu significado. Desenvolvimento significa evolução, aumento, metamorfose. Mas a pergunta parte da perspectiva: desenvolvimento em relação ao quê? Do velho ao novo? Do tradicional para o moderno ou do baixo para o alto? O termo em si é bastante complexo, muito embora, já seja habitual nos estudos de economia e nas ciências humanas.

De acordo com Veiga (2005), não se pensava em desenvolvimento anteriormente à Segunda Guerra Mundial, a noção mais utilizada seria a de “progresso material”. Dessa forma, o desenvolvimento esteve atrelado apenas ao crescimento econômico.

Stavenhagen (2013) pontua que países subdesenvolvidos (comumente ex-colônias europeias) seriam áreas do mundo “atrasadas” economicamente, socialmente, culturalmente e, em alguns conceitos, politicamente. Atraso à época significaria pobreza, fome, baixo PIB e baixa renda per capita para grande parte da população. A grande solução para o atraso seria sem nenhuma dúvida o crescimento econômico. Um grande número de diferentes estratégias foram feitas pensando em crescimento econômico a longo prazo. Falou-se na necessidade de recursos naturais, tecnologia e investimentos em educação. O Crescimento e o desenvolvimento seriam estágios evolutivos pelos quais todos os países devem passar e jamais poderiam ser ignorados.

De acordo com Guimarães e Januzzi (2004), a universalização do PIB per capita como indicador de desenvolvimento a partir da década de 1950 esteve associada diretamente aos seguintes fatores: tratar-se de um dado disponível para a quase totalidade dos países; constituir-se em uma variável de fácil entendimento; e permitir comparabilidade factível; relacionar-se a dimensões geralmente reconhecidas como parte integrante do processo de desenvolvimento, assim como crescimento econômico e dinâmica demográfica.

O subdesenvolvimento seria uma etapa inicial que todos os países passariam em uma noção de progresso, como uma linha reta, e o estágio de industrialização seria o desenvolvimento:

(...) o subdesenvolvimento seria uma etapa prévia ao desenvolvimento econômico pleno (quando já se completou o desdobramento setorial), existindo entre os dois o momento da decolagem – do take off, para usar o jargão da época – no qual a economia em questão ostentaria já todas as condições para assegurar um desenvolvimento auto-sustentado. (Marini, 1992, p. 74)

Duarte e Graciolli (2007) completam esse entendimento afirmando que outros dois aspectos acerca da teoria do desenvolvimento merecem destaque, a teoria ressaltava que o desenvolvimento somente dependeria não somente da modernização das condições econômicas, mas também das condições sociais, institucionais e ideológicas dos países. Além disso, pelo fato de desenvolvimento e subdesenvolvimento serem considerados apenas como aspectos distintos da mesma realidade, somente poderiam ser diferenciados no âmbito quantitativo, ou seja, através da utilização de uma série de indicadores, que naquele momento eram os únicos critérios adequados para situar as economias em distintos pontos da “escala evolutiva” - sem dar maior importância a aspectos estruturais que certamente seriam os responsáveis por fundamentar as desigualdades.

Kiehling (2014) afirma que após a Segunda Guerra Mundial, nasceu um “mito do desenvolvimento” que levou os países mais pobres a perseguir ininterruptamente um estilo de vida semelhante ao dos países mais ricos. É após a Segunda Guerra que nasce a “American Way of Life” e a busca pelo ideal de consumo como sinônimo de ser bem sucedido. O plano Marshall, concebido na primeira gestão Truman dos EUA (1945-1948) e que previa variadas formas de auxílio para reconstrução e o desenvolvimento da Europa Ocidental foi um precursor e balizador deste paradigma.

Kiehling (2014) atribui a um discurso de Truman em 1949, ao assumir o seu segundo mandato como presidente dos Estados Unidos, o lançamento do termo “subdesenvolvidos” - o

qual rapidamente ganhou importância e aceitação após essa fala, entendendo a hegemonia do paradigma da modernização, dividindo o mundo entre desenvolvidos e subdesenvolvidos.

Stavenhagen (2013) afirma somente os números de riquezas produzidos pela economia passaram a ser insuficientes para uma ideia de desenvolvimento, PIB e renda per capita não seriam capazes de explicar a perspectiva institucional de maneira bem ampla. Passou-se a considerar o desenvolvimento institucional e social em perspectivas de definição sobre o que significaria desenvolvimento.

De acordo com Fukuda-Parr e Shiva Kumar (2007), não há dúvidas de que rendas mais altas ajudam as pessoas a atingirem objetivos desejáveis e a realizarem muitas de suas aspirações. O Crescimento de renda é importante especialmente para os pobres. Garante acesso a vários produtos e serviços, por isso, em tese, a uma melhor qualidade de vida.

Contudo, o simples aumento de renda não a assegura por si só. Níveis de poluição ambiental, segurança, crime e violência doméstica ou a qualidade de educação podem não estar associados a níveis de renda, de uma forma previsível. A utilidade da renda adicional e suas consequências precisam ser igualmente consideradas. O crescimento de renda per capita por si só não contribui em nada para um entendimento unificado desses fatores.

Mahub Ul Haq (2007), já amparado por uma perspectiva diferente de desenvolvimento, enumera as razões pelas quais a simples perspectiva de desenvolvimento econômico em números de PIB e renda *per capita* seriam incapazes de contribuir com liberdades materiais das populações:

- A renda pode ser desigualmente distribuída em uma sociedade;
  - Tem sido observado que em muitas sociedades o crescimento econômico não atinge os menos favorecidos;
  - A acumulação de riqueza pode não ser necessária para a realização de vários tipos de escolhas humanas. Indivíduos e sociedades fazem várias escolhas que independem de qualquer riqueza. Uma sociedade não precisa ser rica para ser democrática. Uma nação não tem que ser afluyente para tratar de forma igual homens e mulheres. Tradições culturais podem ser preservadas em todos os níveis de renda;
  - O uso que as pessoas fazem da riqueza, e não a riqueza propriamente dita, constitui fator decisivo;
- Assim, na concepção de desenvolvimento humano, a rejeição de uma relação automática entre expansão de renda e desenvolvimento das vidas humanas não significa, necessariamente, rejeição do crescimento econômico. O crescimento é essencial, em sociedades pobres, para eliminar ou reduzir a pobreza. Mas a qualidade desse crescimento é tão importante quanto a sua quantidade. (HAQ, Mahub Ul, 2007, p. 64)

Portanto, haveria a necessidade de se olhar para dimensões maiores de desenvolvimento e sobre as razões que causariam os conceitos de subdesenvolvimento, avaliando as particularidades dos países periféricos.

Logo o debate chegou ao espaço público. No meio dos anos 1970, a ONU se tornou um fórum para os pedidos dos países periféricos para uma nova ordem econômica internacional. Foi defendido que o subdesenvolvimento não poderia ser superado caso não houvesse mudanças drásticas no comércio internacional. O preço de commodities e produtos manufaturados, fluxo de capitais, transferências para financiamento de tecnologias são exemplos do que seria contestado internacionalmente e passou-se a responsabilizar países industrializados pelo que ocorria no mundo, e o ônus da mudança passou a ser cobrado de cada um deles. Stavenhagen (2013) prossegue afirmando que nenhum dos países industrializados admitiram sua responsabilidade histórica, muito embora expressem preocupações. Ele afirma que Assembleias especiais nas Nações Unidas tentaram negociações globais infrutíferas.

Em reação à teoria do desenvolvimento, elabora-se a teoria da dependência, que passa a enxergar as diferenças socioeconômicas a partir da ideia de que há uma interrelação entre os países centrais e periféricos. Enquanto os países centrais ao norte seriam provedores de compras e de tecnologias, os periféricos seriam responsáveis por uma divisão internacional do trabalho em que cederiam gêneros primários e mão-de-obra ao restante do mundo

Para Stavenhagen (2013), a teoria de dependência é considerada como o oposto da teoria do desenvolvimento. Enquanto a segunda pensa a partir do ponto de vista dos países industrializados, a primeira traz a perspectiva dos países periféricos. A teoria da dependência parecia ser a favor do desligamento de uma economia globalizada em favor de se acelerar o desenvolvimento nacional independente.

No início dos anos 1980, essa perspectiva pareceu não florescer, visto que nenhum país periférico se mostrou capaz de sequer chegar perto a se desligar de uma economia global em troca de se tornar autossuficiente.

Para Stavenhagen (2013), isso ocorre porque a ideia serviu como bode expiatório para os líderes de países periféricos culparem o sistema global em geral por todos os seus problemas e fugir de cada uma de suas responsabilidades. Ele prossegue afirmando que a dependência externa é usada como justificativa para ditaduras militares, processos de corrupção, concentração de riquezas nas mãos de uma minoria privilegiada e para a fome e pobreza das populações rural e urbana da América Latina com a falta de vontade política de se fazer mudanças efetivas.

O problema ocorre porque ao mesmo tempo em que os vários problemas do subdesenvolvimento podem ter suas causas justificadas pelo sistema econômico internacional, os cientistas sociais da teoria da dependência negligenciaram a análise de fatores internos de

subdesenvolvimento e não se preocuparam em elaborar estratégias de desenvolvimento nacional.

Nesse processo, há a responsabilidade local e global para a implementação de estratégias de desenvolvimento que parecem retroceder. Para Stavenhagen (2013), faz-se intrigante o fato de que uma nova ordem econômica internacional deu mais poder econômico aos países periféricos, criando poderosos países emergentes, mas que, de fato, deixaram as suas burguesias locais mais fortes e não melhoraram a vida de suas massas populares.

A pesquisa chegou à conclusão que se deve rejeitar os modelos de desenvolvimento e se deve ter a necessidade de reduzir a síndrome de dependência. Essa abordagem alternativa de desenvolvimento é plural, e seus objetivos específicos dificilmente chegam a um consenso.

Necessita-se de uma estratégia voltada às necessidades básicas, isto é, uma estratégia voltada às necessidades fundamentais de um maior número de pessoas mais do que o simples crescimento econômico, isso tudo em defesa do próprio crescimento econômico. O desenvolvimento alternativo precisa voltar-se para dentro, muito mais do que olhar para fora e importar modelos. Após, é necessário que exista uma abordagem ecológica, preocupada com o meio-ambiente. O desenvolvimento deve se apoiar em níveis locais, regionais e nacionais. Essa nova abordagem alternativa deseja ser mais participativa do que tecnicista. Por fim, deseja-se fazer um desenvolvimento pautando e respeitando as tradições culturais, ao contrário de enxergá-las como meros obstáculos.

Stavenhagen (2013) prossegue afirmando que a teoria do desenvolvimento mudou sua abordagem recentemente. Reconhecendo que a imitação dos países desenvolvidos não deve ser o foco, os governos de países periféricos, os movimentos sociais, pesquisadores sociais e diferentes organizações internacionais têm buscado estratégias alternativas de desenvolvimento.

Há a necessidade de se olhar as particularidades locais, especificamente sobre o desenvolvimento na América Latina. Ele afirma que é necessário olhar para o crescimento da agricultura de maneira diferente. A ênfase maior nas últimas três décadas se deu em relação ao crescimento industrial. O desenvolvimento da agricultura tem desempenhado um papel secundário quando se fala em preencher a industrialização. De acordo com Stavenhagen (2013), muitos países têm tido queda em sua agricultura local e por isso têm tido dificuldades e sérios problemas com o suprimento de alimentos e outros produtos derivados da agricultura.

Dando razão a argumentos da teoria da dependência, Stavenhagen (2013) afirma que o modelo de agricultura nos países periféricos tem se voltado para seguir o dos países industrializados. A agricultura moderna mudou de subsistência para produção da economia,

quase sempre voltada à exportação. Sempre houve incentivo aos latifúndios voltados à exportação, seguindo o modelo de plantation, mecanizados e com produtos industriais, como fertilizantes e agrotóxicos, incentivou-se unidades econômicas de larga escala com ajuda técnica e de serviços de larga escala. Apoiou-se um modelo ocidental de grande exploração e massificação da produção com subsídios estatais. Novas sementes e variedades de produtos foram fabricadas e palatáveis ao consumidor ocidental, A preocupação internacional voltou-se a como aumentar a produtividade do setor agropecuário. A revolução verde, com a introdução de novas variedades de cereais, como arroz e trigo, foi entendida como a resposta aos problemas da agricultura dos países periféricos.

A teoria do desenvolvimento da agricultura baseada na experiência dos países industrializados de clima temperado sempre ignorou a presença dos pequenos agricultores, sua economia e seus elos sociais. Em muitos países periféricos ainda persistem com sua economia majoritariamente dependente da área rural, com maior parte de sua população vivendo e trabalhando nessas áreas. Essa teoria de desenvolvimento da agricultura sempre desprezou os camponeses e pequenos agricultores e privilegiaram suas atenções a modernizar o setor.

Entretanto, a crise no setor alimentício no início dos anos 1970 levaram a uma redescoberta dos pequenos agricultores e camponeses. Ao contrário do que previu a teoria do desenvolvimento, os camponeses não sumiram do mundo. Por mais que eles tenham tido condições desfavoráveis ao longo desse período. Portanto, a pesquisa recente se endereça a elaborar estratégias de desenvolvimento que considerem a perspectiva de pequenos agricultores, camponeses e comunidades tradicionais.

Pesquisadores estão preocupados com como produzir mais comida, em como aumentar a produtividade da economia rural e em como melhorar os padrões de vida rurais de forma a aumentar a independência alimentar. Por enquanto, nem investimento e nem o planejamento estatal centralizado têm cumprido o objetivo. Stavenhagen (2013) completa afirmando que por trás dessa falta de incentivos, sempre há má vontade de governos e pesquisadores sobre a economia, a cultura e a sociedade camponesas.

Para Stavenhagen (2013), um exemplo recente de fenômeno social que a teoria do desenvolvimento não tinha se atentado é o de economia doméstica. De fato, a teoria clássica de desenvolvimento não lidou com circulação interna. Seus conceitos se limitavam a trabalho, capital, tecnologia, empreendedorismo, fazendas, empresas, salários, lucros, economias, investimentos e produtividade. Mas nenhum deles sequer mencionou a importância da economia doméstica, que constitui a base de setores marginais e informais da economia urbana e também auxiliam na compreensão das economias rurais de muitos países periféricos.

Stavenhagen (2013) dá o exemplo da economia informal da Itália e de países do leste europeu que se voltam para estratégias de economia doméstica para sua própria manutenção e sobrevivência. A descoberta da importância da economia doméstica como uma importante parte da economia em geral está ligado à emancipação e maior participação da mulher nas dinâmicas socioeconômicas. Isso é resultado do direto crescimento ideológico e político e das recentes demandas dos movimentos feministas. A pesquisa em ciências sociais sob a perspectiva masculina era incapaz de enxergar a importância da economia doméstica, e as teorias de desenvolvimento seriam proporcionalmente deficitárias.

A questão central para Stavenhagen (2013), que também seria desconsiderada pelas teorias do desenvolvimento, assim como o problema campesino e o da economia doméstica, seria o que ele considera ser um grande problema social no mundo contemporâneo, que seriam os fenômenos, ou o conjunto de fenômenos interrelacionados, da etnicidade ou questão étnica.

a) A Questão Étnica:

A preocupação com grupos étnicos, particularmente grupos minoritários vulneráveis, claramente não é nova, políticos precisam lidar com ela frequentemente. Duas guerras mundiais começaram sobre esse prisma. Guerras Civis foram feitas em cima. Milhões de pessoas no mundo foram mortas por causa do que elas pensaram sobre elas mesmas em termos étnicos.

Ainda que existam ramos especializados das ciências sociais, como os estudos das relações raciais nos Estados Unidos e no Reino Unido ou da antropologia cultural, que se preocupa com o estudo de culturas particulares e de povos, economicamente, socialmente e de teoria política- particularmente de teoria do desenvolvimento sempre ignoraram a questão étnica e não conseguiram integrá-la significativamente aos seus trabalhos analíticos.

Stavenhagen (2013) afirma que a negligência com a questão étnica no pensamento de desenvolvimento não é um olhar além, mas um ponto-cego. Não se pode dizer que os fenômenos étnicos não são importantes e não merecem atenção. Para não ir mais longe do que ao fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo testemunhou um número frequente de conflitos de morte em que a questão étnica tomou um papel principal.

Problemas e conflitos étnicos estão à disposição em todos os lugares para vermos, Mesmo que a teoria do desenvolvimento e os estudos sociais nem sempre os tomem como referência. Uma razão para isso, seria de que os paradigmas da teoria social moderna não incluíram o fator étnico, como relevantes para os problemas que eles levantaram sobre a realidade.

Stavenhagen (2013) dá alguns exemplos, a teoria econômica por início, lida com oferta e demanda, o mercado, os meios de produção em seu puro estado, isto é, não são invadidos por

fatores sociais e culturais, que justamente são chamados de fatores não econômicos. A economia do desenvolvimento é mais institucional ou estrutural em sua abordagem, entretanto, a unidade de análise é quase sempre a individual, em empresas, no máximo, o Estado. Mas então os economistas tendem a considerar esses fatores como “variáveis externas”.

Stavenhagen (2013) ao analisar mais especificamente economias locais, afirma que antropólogos perceberam vários casos de prosperidade em sociedades camponesas, e não somente por lá. Isto é, grandes banquetes e cerimônias bem prósperas ocorriam nessas comunidades. Mas muitos economistas tenderam a desprezar esse fator simples e não racional de comportamento econômico. Ele cita o exemplo da perspectiva ocidental sobre a adoração a vacas pela economia hindu, que os antropólogos explicaram a partir do contexto da estrutura social indiana e sua ecologia rural.

Quando olhamos para a história da economia, encontramos várias referências a fatores culturais, religiosos e étnicos. Stavenhagen (2013) usa o exemplo de Max Weber em a “Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo” para mostrar a influência dos valores protestantes na consolidação do capitalismo industrial. Apesar das mais variadas referências a questões culturais no desenvolvimento econômico, a maior parte da teoria econômica, principalmente a teoria do desenvolvimento, não se preparou para integrar esses fatores como relevantes aos seus propósitos.

Stavenhagen (2013) afirma que uma situação semelhante pode ser encontrada na ciência política. A teoria política liberal é baseada essencialmente na relação entre o indivíduo e o poder, eis que o indivíduo se faz responsável por vários atributos ético sociais. Liberdade, Igualdade, um homem, um voto, essas são as palavras chaves para se entender as conquistas da ciência política.

A luta por igualdade formal fez com que a teoria política moderna não se voltasse para especificidades de grupos, mas sim que olhasse para centralmente para o cidadão individual. E isso permitiu um grande impacto na dinâmica desses grupos. Um caso central é a América Latina que sob a influência do iluminismo e das revoluções americana e francesa garantiram a igualdade formal à sua população indígena, que já não seria mais protegida por estatutos próprios. Stavenhagen (2013) enfatiza que isso é apenas um episódio e não deve ser encarado como uma crítica à igualdade legal a esses grupos oprimidos.

Simplesmente é uma evidência das ambiguidades dos direitos individuais contra os direitos coletivos. A ciência política contemporânea certamente não ignora a importância de grupos, ao contrário, ela desenvolveu importantes pensamentos sobre partidos políticos, articulação de interesse, coalizão. Mas esses conceitos estão mais relacionados a agregados

funcionais e grupos ocupacionais consumidores e, no máximo, classe de partidos do que de comunidades étnicas, religiosas ou raciais. Em alguns países, a base de partidos políticos baseados em critérios religiosos e raciais não são reconhecidos oficialmente.

Várias teorias políticas e sociais de desenvolvimento enfatizam especificamente e evolução de grupos de lealdades baseadas em afinidade, religião, consanguinidade e mais para grupos orientados por esses laços.

Dentro desse estudo social estruturalista, há pouco espaço para o papel de grupos étnicos. Eles são desprezados como características primitivas e empecilhos à modernização. Novamente, ligações étnicas deveriam ser consideradas como não racionais, tradicionais e até conservadoras.

### 3.2 NAÇÃO, ESTADO-NAÇÃO E NACIONALISMO

Esses são conceitos de extrema importância para a modernidade. Vive-se em um mundo de nações em que nacionalismo como ideologia e movimento político tem sido a maior força desde as revoluções americana e francesa. A América Latina seguiu esse modelo logo no começo do século XIX. A revolução francesa consagrou a nação como a base do poder político. Itália e Alemanha, ao fim do século, lutaram pela unificação nacional

Ao olhar para a segunda metade do século XX após a segunda Guerra Mundial, a luta anticolonial resultou na formação de dezenas de novas nações na África, na Ásia e no Caribe. O conceito que era importado dos países centrais seria o de autodeterminação das nações. Embora, como acontece frequentemente, a definição de nação é plural. Deve haver no mínimo dezenas de definições, elas refletem pensamentos, políticas ou ideologias de seus autores.

De acordo com Stavenhagen (2013), os acadêmicos enfatizam a língua e a cultura em comum para a definição de nação. Outros, ainda enfatizam o caráter nacional, e outros ainda falam pela vontade comum de viver juntos ou de formar um governo. O romantismo no século XIX da Alemanha clamou por um espírito nacional que havia sido suprimido, o *Volsksgeist*, ou espírito do povo, que encontraria ecos na formação do Estado Moderno.

Outros Acadêmicos são mais materialistas. Eles sustentam que as nações não existem anteriormente à existência dos Estados, como instituição política de poder sobre o território, como um aparato que cria uma nação em um espaço onde diversos grupos étnicos coabitavam. Stavenhagen (2013) usa o exemplo da França, em que os seus reis estenderam o poder a partir do centro político, criando uma nação de diferentes povos que anteriormente não existia. Stavenhagen (2013) questiona se esse seria o caso dos países latinoamericanos, e exemplifica

os países africanos independentes, em que se formos falar de nação, elas só surgem a partir da formação dos estados, visto que o continente seria o melhor exemplo possível de pluralidade étnica.

A opinião de Stavenhagen (2013) é a de que essa distinção é importante porque questiona a base empírica do senso comum de que nação e Estado têm o mesmo significado, ou que ao menos deveriam ter. De fato, existem muitos Estados-nações, como o Japão, por exemplo, mas existiram muitos países multiétnicos, como as extintas União Soviética e a Iugoslávia. E existem muitas nações sem Estado, como os palestinos. Ainda que muitas de nossas concepções atuais se baseiem na ideia de Estado-nação.

Para Stavenhagen (2013), vive-se na era dos Estados-Nação. Como indivíduos, pode-se ter muitas identidades, mas um de nossos primeiros aprendizados se refere a se reconhecer como conterrâneo de um país específico e de com seus símbolos e lemas. O desenvolvimento, e Stavenhagen (2013) volta ao seu ponto inicial, é uma tarefa de se construir uma nação. De fato, a construção de uma nação é um conceito-chave na ciência política contemporânea, particularmente quando se refere ao desenvolvimento político, o que inclui um grande número de elementos essenciais, como mobilização social, interesse de articulação, mas o mais relevante seria o de integração nacional, o que pode ser considerado de grande importância e urgência no desenvolvimento econômico.

Rajni Kothari (1970) escreve sobre como na Índia há uma predominância de políticas de integração, em que o problema do desenvolvimento é tomado como um objetivo necessário e urgente, mas que não é suficiente nacionalmente e deve ser sempre ponderado com as potenciais consequências de desintegração na variedade política e étnica do país.

A maior parte das definições de nação incluem a ideia de língua e cultura em comum. Em alguns exemplos, o conceito de nação é diretamente ligado à ideia de uma homogeneidade étnica. Em todos os casos, o grupo étnico majoritário se identifica com a nação.

Para Veiter (1977), em sociedades etnicamente heterogêneas, que são de fato a maior parte do mundo, isso acaba gerando a dominação de um grupo étnico sobre os outros, o que poderia ser chamado de “etnocracia”.

Stavenhagen (2013) complementa afirmando que onde um grupo possui a maioria numérica, relações entre grupos étnicos são tratadas como “problemas de minorias”. Portanto, no caso dos EUA, existe a sigla WASP (brancos, anglo-saxões e protestantes em inglês) para a maioria que provê o modelo culturalmente e ideologicamente dominante sobre os demais grupos de minorias.

Atualmente, a WASP segue com medo que as minorias, imigrantes latinos, descendentes de pessoas escravizadas e asiáticos, possam se tornar maioria numérica no país no futuro.

Na Índia, o povo hindu constitui a absoluta maioria da população, mas mesmo nesse país, alguns hindus parecem ter o que Mukerji (1982) chama de “mentalidade de cerco”, porque temem tornar-se minoria em seu próprio país.

Stavenhagen (2013) aponta para o fato de que em algumas etnocracias, o grupo dominante étnico é uma minoria numérica. Nos casos de dominação colonial, esse fato servia para alavancar uma luta nacional por independência. Contudo, não é a regra, sendo um exemplo de etnocracia o que ocorreu e seus resquícios na África do Sul. Nas sociedades latinoamericanas, e Stavenhagen (2013) enfatiza os exemplos de Bolívia e Guatemala, a minoria dos “Mestizos” ou de descendentes de espanhóis é dominante em relação a maioria de indígenas no país.

O grupo dominante tende a identificar a nação com eles mesmos enquanto que o grupo dominado estão cada vez mais questionando o modelo de dominante de Estado nacional Etnocrático.

O conceito de nação tende a criar um mito de unificação e rejeitar o pluralismo. Lutas nacionais. Entretanto, em geral a integração nacional em um só povo tem perdido força para ideia de construir uma nação. Stavenhagen (2013) cita o exemplo dos EUA, que passaram a incorporar a ideia de que são um país formado por imigrantes, a ideia de integração nacional passa por uma ideia de assimilação do diferente, portanto, a ideia de integração nacional tem sido cada vez mais questionada. A assimilação ou incorporação das culturas nativas também tem sido propostas de políticas públicas na América Latina como parte de uma nova estratégia de construção da nação.

O Nacionalismo, definido por Stavenhagen (2013) como o movimento pela integração nacional com base na homogeneidade da população, frequentemente levou a processos racistas ou de ideologias nacionais. Ele cita o caso da Alemanha Nazista, que suas consequências ressoam à Europa e ao mundo até hoje. Contudo, não somente Alemanha esteve à mercê de um nacionalismo racista.

Stavenhagen (2013) pontua que se vive em uma era dos Estados-Nação. Existem mais de 150 países independentes, membros da Organização das Nações Unidas. Entretanto, existem muito mais grupos étnicos do que estados nação. De fato, estima-se que existam por volta de 3 mil ou 6 mil etnias, isso depende do critério utilizado para defini-los.

As ideologias nacionalistas que estão por trás da formação dos Estados-Nação e que estão por trás do processo de construção nacional representam um poder unificador e mobilizadora. Nacionalismo dá propósito político e vontade, ajuda a organizar a economia e administração e junta e lealdades dos indivíduos ao propósito do Estado. Legitima a dominação da classe dominante. Porém, em alguns países recentemente independentes, a ideologia nacionalista é um instrumento poderoso nas mãos de coalizões nacionais, ou de novos grupos de poder que não necessariamente representem os interesses da classe dominante.

Stavenhagen (2013) opina que conceitos como “interesse nacional”, “unidade nacional” e “segurança nacional” são comumente utilizados por governos para apoiar suas políticas, para usar contra uma ameaça real ou imaginária externa, ou até, para repressão interna. Contudo, a ideologia nacionalista também é utilizada para justificar a hegemonia de um grupo étnico que pode ou não ser de maioria numérica. Em alguns casos, grupos étnicos têm sido considerados como um perigo à unidade nacional.

Existem países no mundo que aceitaram o pluralismo como parte da sua ideologia nacionalista. Na Europa ocidental, Stavenhagen (2013) cita os exemplos de Suíça, Bélgica e Espanha têm tentado essa ideia. A Índia, um grande mosaico de religiões e idiomas, está tentando reuni-los em identidade, mas não sem dificuldade. Entretanto, governos geralmente fazem diferentes políticas públicas em nome da ideologia nacional, o que tende de fato a eliminar, marginalizar ou mesclar grupos étnicos não dominantes.

Existe uma relação exploradora e desigual entre o grupo étnico dominante que identifica seus próprios interesses com o interesse nacional e a minoria de grupos não dominantes etnicamente, que por vezes constituem maiorias numéricas. Isso poder tomar forma com um desenvolvimento regional desigual, principalmente quando grupos étnicos estão geograficamente localizados, ou um diferencial no acesso a posições de privilégio e de poder, ou em diferentes formas de segregação e discriminação social, econômica e política. Em verdade, quase sempre grupos étnicos minoritários são integrados a um sistema de estratificação social. Às vezes, essa relação desigual toma a forma de um colonialismo interno, o que não se limita somente aos países periféricos, mas neles é bem mais perceptível.

A eliminação física ou o genocídio de com unidades de minorias étnicas inteiras em nome da ideologia nacionalista, como no caso dos Armênios, dos judeus no holocausto, dos indígenas americanos, é definitivamente situações de exceção, mas o genocídio na História não é tão raro com outros propósitos, particularmente com propósitos religiosos.

Entretanto, o processo mais comum não é o genocídio, mas sim o etnocídio, o assassinato de características culturais de um grupo em nome da unidade nacional. Stavenhagen

(2013) define o etnocídio como a política de destruição dos traços culturais de um grupo étnico de forma que isso pareça um processo espontâneo e natural de aculturação.

Stavenhagen (2013) dá exemplos de etnocídios que ocorreram pelo mundo, a França fez essa política com as regiões da Córsega, da Bretanha e da Occitânia. A Espanha durante a ditadura franquista praticou etnocídio com os catalães. Assim fez a Inglaterra com os galeses, irlandeses e escoceses.

Stavenhagen (2013) cita as políticas públicas da maior parte dos países latinoamericanos sobre suas populações indígenas, em que na maior parte dos seus países pé chamada de “indigenismo” e se baseiam em perspectivas da teoria do desenvolvimento, mas que escondem características de integração e assimilacionismo, e esperam resultado e conteúdo etnocidas.

Enquanto o genocídio é condenado por todo o mundo e é considerado um crime internacional, muito embora seja praticado impunemente ocasionalmente, o etnocídio não possui qualquer tipo de proteção legal. Para ser justo, existem fortes legislações internacionais que proclamam os direitos culturais e os direitos de grupos étnicos minoritários. Há sempre espaço para ação nacional e internacional.

Ao mesmo tempo que o nacionalismo pode ter um poder revolucionário, particularmente em lutas por independência nacional, ao mesmo tempo pode ter um poder destrutivo à multiplicidade de grupos étnicos e das mais diversas culturas que permeiam o mundo. Pode-se demonstrar que o Estado-nação fruto do século XIX, que inspirou instituições legais e políticas em países periféricos, não demonstrou sua sobrevivência.

Do ponto de vista das organizações de integração supranacional, o Estado-nação como foi concebido deve estar atento a todas as ideologias nacionalistas. Stavenhagen (2013) afirma que o mesmo tipo de crítica deve ser feito a partir da perspectiva da pluralidade de grupos étnicos.

Esses problemas mostram a dificuldade que é integrar o nacionalismo com a teoria o desenvolvimento se o pensamento for além do Estado-nação. De fato, demandas étnicas de auto determinação dos povos, que em alguns casos ajudaram na formação das nações modernas, são consideradas demandas finalizadas com a formação do Estado. Stavenhagen (2013) aponta que esse não é o caso do que a História recente demonstra.

### 3.3 O ETNODESENVOLVIMENTO

Chega-se à ideia central proposta por Rodolfo Stavenhagen para sua perspectiva de desenvolvimento. Não se pode deixar de reconhecer que recentemente houve um aumento de

movimentos sociais usando a etnicidade como tema principal, seja em países desenvolvidos ou subdesenvolvidos. Tornou-se um tema complexo em demandas por políticas públicas. A questão étnica está relacionada a temas de guerras, de harmonia social, estabilidade política e, principalmente, a direitos humanos fundamentais.

Stavenhagen (2013) problematiza as questões sobre a importância da demanda étnica nos tempos atuais, se as demandas étnicas se diferenciam de outros tipos de demandas do sistema político de qual modo a teoria étnica estaria vinculada ao processo de desenvolvimento. A definição comum é a de que a identificação individual com o seu grupo étnico é uma forma primordial, mesmo que não racional, de ligação com um grupo para uma maneira universal. Stavenhagen (2013) pontua que outra perspectiva é a de que a ligação com esse grupo primário é tão intensa que ela constitui um obstáculo à criação de uma nação e seu consequente desenvolvimento nacional, visto que é necessário que se quebre a ligação e a identidade com o primeiro grupo para transferi-la à sociedade civil como um todo. Stavenhagen (2013) pontua que também é considerado que os primeiros elos sociais em nada inibem a construção de uma sociedade maior que pode perfeitamente coexistir com as características de uma nação moderna.

Pode-se ir um passo além e sugerir que as identidades étnicas e os elos sociais estão ganhando espaço novamente em relação à ideia individualizante, seja no trabalho ou no aparato estatal, mas isso funcionaria muito mais para sociedades industrializadas do que para os países periféricos. Isso ajuda a explicar a pauta pela questão étnica nos EUA e na Europa ocidental, em muitos exemplos, a identidade cultural passa a ser um intermediário na organização entre o indivíduo e a política, como no caso de sindicatos e instituições semelhantes.

Stavenhagen (2013) pontua que para alguns acadêmicos, o uso da etnia representa mais uma escolha política do que a ideia de um retorno a um estado originário de uma certa comunidade. Demandas étnicas são acusadas de serem usadas como pretextos para alcance de interesses econômicos e políticos que não seriam facilmente obtidos de outra forma. Esse fator seria evidente em casos de confronto entre maioria e minoria nas democracias liberais, de modo que minorias étnicas não seriam capazes de quebrar a “ditadura da maioria”. Nessa forma de pensar, as políticas étnicas também têm sido chamadas de políticas de pressão, de forma que somente assim alguns grupos étnicos poderiam ter acesso ao maior “pedaço do bolo”.

É comumente afirmado, de forma pejorativa, que as demandas étnicas se reduzem a demandas econômicas, Stavenhagen (2013) afirma que seria muito simplista reduzir toda a problemática a um economicismo. Em qualquer lugar que se encontrem minorias étnicas, como no caso dos povos indígenas do Brasil e da América Latina como um todo, suas pautas giram

em torno de obter controle sobre recursos naturais ou sobre ter uma maior autonomia, incluindo, em alguns casos, uma gerência política autônoma ou mesmo independência.

Em casos em que grupos étnicos estejam espalhados pela sociedade, suas demandas podem se enquadrar como culturais ou econômicas, mais do que busca por autonomia política ou por território. Nesses casos, suas reivindicações giram mais em torno do reconhecimento do grupo. Stavenhagen (2013) diz que esse seria o caso dos mais diferentes grupos étnicos presentes nos EUA.

O uso racional de demandas étnicas como ação política pode servir aos interesses de grande parte do espectro político. Para Stavenhagen (2013), seria um erro identificar movimentos étnicos com alguma ideologia política. Para ser possível que isso seja feito, deve-se determinar sob que circunstâncias históricas que cada movimento surge e como eles se relacionam diretamente aos grandes conflitos socioeconômicos de seu tempo.

O exemplo dado é o de que no período entreguerras, os movimentos étnicos europeus possuíam um caráter vinculado à direita política. Atualmente, movimentos semelhantes tendem a serem colocados no espectro da esquerda. Nos países periféricos, movimentos étnicos possuem um caráter mais progressista, porque reagem a um histórico de exploração e de opressão. Contudo, isso não impede que eles sejam usados ou manipulados ocasionalmente para servirem a propósitos contrários à aparência.

Em Stavenhagen (2013), quando se falar em desenvolvimento político, algumas elites atreladas a grupos étnicos se tornam deslocadas ou perdem posições de poder e privilégio, eles frequentemente reagem se utilizando de termos étnicos. Eles se utilizam dos elos sociais iniciais para se mobilizar em certas situações, é o que é comum na Índia e nos demais países asiáticos.

Stavenhagen (2013) aponta para a questão econômica presente dentro das questões étnicas, e questiona a razão de suas queixas não se expressarem na forma de consciência de classe, como ocorre em muitos casos. Ele usa os exemplos dos indígenas norte-americanos e das comunidades negras nos EUA e do caso dos católicos na Irlanda do Norte, que são economicamente desprivilegiados e explorados e questiona se não seria melhor que suas demandas fossem demandas de classe e não demandas étnicas. Esse é um argumento muito utilizado para afirmar que demandas étnicas são utilizadas por elites para desviar a atenção do real problema, que seriam os interesses de classe.

Stavenhagen (2013) afirma que existe um pouco de verdade nessa afirmação, mas que novamente seria muito simplista reduzir a questão étnica à classe, ao mesmo tempo em que é igualmente simplista negar o fator de classe presente nas questões étnicas. Por vezes, de fato, interesses de classe funcionam melhor através de uma política étnica do que por organização

de classes. O movimento negro nos EUA, por exemplo, acredita que podem melhorar a sua situação de opressão e exploração mais eficientemente por meio de uma luta política com caráter étnico do que somente deixando suas demandas étnicas ao interesse geral de classe.

Stavenhagen (2013) afirma que isso não significa negar as demandas de classe, mas seria um erro ignorar as desigualdades raciais e étnicas entre as classes sociais, seja nos EUA como em qualquer outro lugar. Não se pode deixar de pontuar que as classes dominantes através da história tentaram justificar seu domínio e privilégio ao invocar uma suposta superioridade étnica.

No caso específico da América Latina, muitos indígenas são camponeses pobres. Eles sofrem uma dupla opressão como povos historicamente colonizados e como camponeses explorados. Seria tão errôneo negar sua identidade étnica quanto ignorar sua posição nas estruturas de classe. Não somente por razões de análise social, mas por razões políticas também.

Etnicidade, classe e política no Estado-nação estão intrinsecamente relacionadas. Governantes e estudiosos de ciência política não podem se esquivar de lidar com fatores étnicos e desenvolvimento. Mesmo que alguns deles prefiram ignorar o problema justamente porque poderia ser um fator de negação para a formação de um Estado-nação.

Stavenhagen (2013) usa como exemplo o caso dos países africanos, onde a questão étnica é particularmente bem sensível, visto que herdaram fronteiras artificiais dos tempos de colonização e questionam a legitimidade do poder estatal. Mesmo que “questões étnicas” sempre venham à tona, e por vezes sob a forma mais violenta possível. Por causa desses fatos, geralmente se contesta que as questões étnicas atrasam a formação do Estado nacional na África, quebrando o progresso na formação da nação. Contudo, como bem pontua Stavenhagen (2013), recentemente reavaliou-se o pluralismo étnico como parte da formação do Estado, ao exemplo de Benin, que constitucionalmente estabeleceu o pluralismo étnico e cultural como elemento essencial da organização estatal.

Stavenhagen (2013) pontua que movimentos étnicos, organizações baseadas etnicamente, adquiriram, uma nova relevância no nosso tempo, e demandas étnicas ocupam um espaço central e se confrontam com assuntos como a construção de uma nação e o desenvolvimento socioeconômico, cada vez mais teóricos do desenvolvimento têm rejeitados as abordagens tecnocráticas e passam a reavaliar o papel de valores culturais e de sistemas sociais no desenvolvimento.

Os países periféricos têm sempre buscado respeito e por identidade cultural por um processo de desenvolvimento em harmonia com tradições culturais. Stavenhagen (2013) questiona quais seriam as tradições culturais a serem respeitadas, visto que é tão difícil para os

países periféricos identificarem uma única cultura nacional. Frequentemente a demanda por respeito a uma identidade cultural é limitada à do grupo étnico dominante, mas o mesmo respeito não é dado a grupos minoritários ou os grupos oprimidos nos Estados-nação. Nesse sentido, a situação dos indígenas na América Latina é dramática. Por exemplo, quando os latinoamericanos reclamam da cultura de consumo imposta pelo “soft power” estadunidense e da excessiva americanização de suas sociedades, parecem ao mesmo tempo ter descrédito e desconsideração pela identidade cultural dos povos indígenas que habitam seus países.

O grande argumento de Stavenhagen (2013) é o de que o etnodesenvolvimento, isto é, o desenvolvimento de grupos étnicos dentro de uma mesma sociedade, deve se tornar uma contestação nos estudos sobre desenvolvimento, tanto na teoria quanto na prática.

Verdum (2002) complementa afirmando que o etnodesenvolvimento surgiu como uma alternativa crítica ao desenvolvimentismo etnocidas cujo o entendimento sobre povos indígenas e tradicionais seria o de que eles serviriam para obstaculizar o progresso, na visão de progresso iluminista.

Walzer (2003) entende que uma sociedade plural não pode haver uma justiça única e um único critério legal para agir. Isso fica claro quando ele afirma que uma distribuição é justa ou injusta em relação aos significados sociais dos bens tratados. No caso dos povos indígenas latinoamericanos, a terra para os indígenas possui um enorme valor, uma representação e um significado cultural e histórico muito diferente do valor de mercadoria.

Em Batalla (1982), o etnodesenvolvimento seria o exercício da capacidade social de um povo para construir o seu futuro, aproveitando para isso, os ensinamentos de sua experiência histórica e os recursos reais e potenciais de sua cultura, de acordo com um projeto que se define segundo seus próprios valores e aspirações.

Não existe um processo não linear que leve da existência de uma enorme diversidade de grupos étnicos a uma única cultura, ao mesmo tempo em que não existe um processo de evolução não linear do subdesenvolvimento para um desenvolvimento. Não há razão para que 150 Estados-nação, das maiores diversidades e complexidades seriam por si sós naturalmente soluções para o desenvolvimento em suas mais diversas esferas, como o econômico, o social, o político e o cultural do que os vários grupos étnicos que são estimados pelo mundo. Para Stavenhagen (2013), o grande desafio teórico é o de incorporar um conhecimento de dinâmica étnica em qualquer teoria de desenvolvimento.

O tamanho e o número de nações no sistema internacional é um problema de natureza política. Não parece haver uma estabilidade com as mais de 150 nações que existem atualmente. Kothari (1974) argumenta que acrescentando-se mais uns 20 ou 25 países que em áreas de

conflito estaria garantida uma certa estabilidade. Stavenhagen (2013) responde questionando sobre como ficariam os demais grupos étnicos, não que ele aceite que todos os grupos étnicos do mundo devam ter seu próprio Estado, ao contrário, deve-se pensar em Estados multiculturais e multiétnicos, em que as mais diferentes comunidades étnicas possam encontrar iguais oportunidades para o desenvolvimento social, econômico e cultural dentro de uma perspectiva mais ampla.

Verdum (2002) define que o papel do Estado nesse contexto seria o de não tutelar mais o indígena, mas o de amparar o etnodesenvolvimento em um sistema globalizado, balizado pela história, com valores, interesses e objetivos endógenos, os quais imprimiriam a marca política, econômica e simbólica indígena em meio ao auxílio de atores diversos, tais como, entidades indígenas, agências bilaterais, organizações do terceiro setor e agências governamentais indígenas e ambientalistas.

Mamani (2010) aponta que no bem viver há uma identidade cultural que surge de um processo de relação profunda com o lugar onde se vive, no qual emergem modos de vida, expressões, tais como, arte, dança, música, vestimenta, que são todos vivenciados em um mesmo ambiente. O conceito de identidade remete à historicidade, viver o momento presente a partir de uma memória, de uma ancestralidade, o que sugere uma perspectiva de futuro que, além de ser vivida, pode ser possível. Com isso, percebe-se que a visão de mundo dos segmentos marginalizados pela história, precisamente dos povos originários, é uma possibilidade para construir novos tipos de sociedades, embasadas pelo bem conviver em comunidade com a natureza.

Stavenhagen (2013) afirma que defender essa ideia pode inicialmente ser um argumento bonito, mas que é difícil de encontrar respaldo na realidade, cita o exemplo de que a Índia tem encontrado problema em ter três línguas oficiais por causa de suas consequências, como um sistema educacional que ensine três idiomas, por exemplo, mas o país aprendeu que isso causa menos custos sociais e humanitários do que simplesmente ignorar o problema. Na Europa Ocidental, existe um chamado para o desenvolvimento cultural das culturas oprimidas dentro da perspectiva da descentralização, planejamento econômico regional e integração supranacional. Especialmente no caso da América Latina, reconhecer o etnodesenvolvimento de populações indígenas significa o completo oposto das políticas “indigenistas”, integracionistas e assimilacionistas que têm sido feitas pela maior parte dos governos. O movimento indígena pede pela reafirmação de valores culturais indígenas e uma reavaliação da posição dos indígenas na estrutura social. Stavenhagen (2013) afirma que o conceito de

etnodesenvolvimento serve a uma perspectiva de oposição aos conceitos de etnocídio e etnocracia explicados anteriormente.

Ao se pensar no etnodesenvolvimento voltado aos povos indígenas do Brasil, Verdum (2002) afirma que, com a Constituição de 1988, são reconhecidos os direitos à organização e representação indígena, tomando possível que passem a defender e reivindicar direitos referentes ao território, à saúde, à educação e à manifestação.

Pensar o desenvolvimento do Brasil e da Amazônia, onde se situam mais de 90% das terras indígenas e em uma nova forma de alcançá-lo, implica em transitar no meio dessa intrincada rede de interesses e de relações, o que não é fácil para nenhuma das partes envolvidas. Loureiro (2010) afirma que para se compreender a sociedade brasileira e a região amazônica é necessário fazer novos percursos históricos na busca de desenvolvimento, sem encarar indígenas e outras populações tradicionais como bárbaros ou atrasados, nem tampouco como obstáculos em seu caminho. Bárbaros seriam os que não reconhecem e nem respeitam a humanidade do outro em sua diferença.

Nessa perspectiva, Mamani (2010) acrescenta que a busca por um ideal de bem viver coloca em xeque o padrão produtivista e consumista como referência que cria uma dicotomia na organização da sociedade. A grande importância do bem viver diante desse tipo de sociedade é a de revelar a existência de aprendizados, mesmo que esses modos de vida não estejam vinculados ao processo de modernidade, o que pode nos fazer repensar o próprio conceito de desenvolvimento e progresso.

A ideologia do Estado-Nação é quase sempre utilizada contra a ideia de desenvolvimento étnico, para Stavenhagen (2013), existem fortes argumentos para a defesa do da construção de um Estado-Nação, mas é tão difícil aceitar os conceitos mais amplos “Razão de Estado” para a violação de direitos culturais assim como é para a violação de direitos humanos individuais.

Em oposição à perspectiva de um etnodesenvolvimento, há argumentação de que ao isolar grupos étnicos do meio cultural comum, tender-se-ia a mantê-los subdesenvolvidos. O etnodesenvolvimento poderia ser usado para manter a segregação e a opressão cultural, ao recusar a ideia de “integração nacional”, de fato, fortaleceria a posição de uma etnocracia dominante. Um exemplo extremo dessa perspectiva seria o Apartheid sul-africano.

Entretanto, Stavenhagen (2013) responde que essa crítica carece de fundamento, porque o etnodesenvolvimento é concebido como um processo dinâmico e criativo, que permitiria integração de energias coletivas para o desenvolvimento muito mais do que limitá-las e ele questiona sobre o que seria o meio cultural comum, senão a confluência e coexistência

de vários meios culturais distintos, se esses diferentes meios não estão podem crescer em conjunto, então o meio comum se perde em estagnação.

## 4 A PERSPECTIVA DE UMA PROPRIEDADE DEMOCRÁTICA

### 4.1 A PROPRIEDADE EM JOSEPH SINGER

Neste tópico o trabalho buscará entender a perspectiva sobre propriedade em Joseph Willian Singer e como ela se relaciona à interpretação para a defesa da terra indígena e desse modo contribuir para a perspectiva judicial brasileira e latinoamericana para os direitos indígenas. Percebe-se uma necessidade de avaliar o conceito de propriedade de uma forma menos individualizante.

Primeiramente, faz-se necessário contestar a visão de propriedade mais individualizante possível, e a definição de propriedade perto do senso comum é definida por Singer como:

O que é a propriedade? Pode-se pensar que essa é uma pergunta simples. A propriedade é sobre os direitos sobre as coisas e as pessoas que as têm são chamadas de proprietárias. Quais poderes os proprietários têm sobre essas coisas? Eles podem usar a propriedade como bem quiserem, têm o poder de excluir outros de terem acesso a essa coisa, têm o poder de transferir o seu título, passando os poderes de proprietário a outra pessoa, além de tudo, são impedidos de ter a sua propriedade tomada sem consentimento, ou então devem ser devidamente compensados caso a sua propriedade seja comprada em busca do interesse público. Presume-se que o proprietário não tem um ou dois desses poderes, mas todos em conjunto, sobre o bem (tradução nossa). (SINGER, William Joseph, 2000, p. 2)

Contudo, considerando-se uma perspectiva de um Estado democrático de Direito é reconhecer que a perspectiva de uma propriedade absoluta é algo próprio das revoluções burguesas, portanto, algo próprio do século XVIII. Uma perspectiva social leva em consideração o problema sobre aqueles que não são proprietários.

Ao discorrer sobre o direito de propriedade, Nunes (2017) destaca que as teorias que se fundamentam na conceituação da propriedade a partir de seu conteúdo têm como perspectiva de análise a relação entre um sujeito, titular do domínio e a coisa (res), objeto da titularidade. Essa relação entre sujeito e objeto não é por raras vezes distinta do direito real do direito obrigacional (ou direito de crédito), que são caracterizados pela relação entre uma ou mais pessoas.

Porém, Singer (2000) alerta que a propriedade somente existe porque existe um reconhecimento coletivo que a legitima. Desse modo, também se torna necessário destacar que o exercício das prerrogativas que o direito de propriedade concede ao titular do domínio pode resultar em danos, ou afetar interesses de terceiros sem relação alguma com a propriedade. Quando o exercício de um determinado direito de propriedade causa algum dano, está-se no que Singer (2007) denomina de *externality*.

Nunes (2017) complementa afirmando que ao se deparar com o conceito de *externality*, deve-se analisar se o dano em questão ocorre como consequência do direito à propriedade privada. Mesmo que um titular da propriedade se mantenha na legitimidade jurídica, analisando o caso isoladamente, é possível que algum interesse válido de um terceiro também seja afetado.

Singer (2000) afirma que a instituição da propriedade levanta questões relativas às características das relações sociais e à natureza da governança. Nesse sentido, a propriedade é uma questão de poder e questiona-se a própria distribuição do poder em si mesmo.

Portanto, em Singer (2000), há o reconhecimento de que a propriedade é dependente de interesses alheios e feitos decorrentes do seu uso. Sendo sempre importante avaliar que o reconhecimento de uma propriedade gera consequências. Deve-se avaliar se existe algum interesse de terceiro que possa contrapor às prerrogativas do titular do domínio sobre o bem.

Embora uma teoria de direitos se baseie na legitimidade moral que fundamenta a proteção jurídica de um determinado interesse, os direitos podem entrar em conflito, notadamente em razão da possível existência de outros interesses também relevantes sob perspectivas morais. Desse modo, o reconhecimento por uma pessoa sobre seus direitos pode gerar efeitos contrários em direitos de outros, o que pode exigir uma ponderação nas mais diferentes consequências ao se julgar um direito que decorre de diferentes formas de se julgar os conflitos de interesses, de modo a se tomar em consideração as questões de fundamento moral.

Portanto, o que se pretende discutir é o fato de que se buscou ao longo dos anos a possibilidade de se desenvolver uma teoria de direitos que tivesse como base a proteção de interesses individuais contra a interferência da coletividade. Contudo, faz-se necessário avaliar que direitos entram em conflito e por isso deve-se definir o critério para resolução desses conflitos.

Singer (2000) afirma que os direitos de propriedade são compreendidos melhor como normas jurídicas que definem as relações humanas sobre recursos disponíveis.

Nunes (2017) complementa esse entendimento afirmando que os direitos, portanto, devem ser interpretados, especialmente tratando-se de direitos de propriedade, de modo a considerar a forma como eles moldam as relações humanas, os deveres, as responsabilidades, as obrigações, e desse modo, as distribuições do poder.

Portanto, direitos podem entrar em conflito de maneira a defender interações sociais, econômicas e políticas com uma diversidade de valores em conflito. Esses conflitos precisam de uma validação moral para que sejam decididos juridicamente, o que no caso brasileiro, deve ser sempre feito em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Em Singer (2009), uma relação conflituosa de direitos que necessite de uma ponderação somente deve ser feita considerando que somente é aceitável uma relação em uma sociedade democrática e livre. Desse modo, em uma sociedade democrática, por mais que se aceite a propriedade como uma manifestação individual, fazendo parte das concepções de autonomia e liberdade consagradas em uma constituição, esse direito à propriedade não se torna absoluto e sem qualquer espécie de restrição. Há um reconhecimento de suas implicações.

Nunes (2017) cita que em exemplos do Código Civil brasileiro, existem limitações às estipulações privadas, como o princípio da boa-fé objetiva, o instituto da lesão e da onerosidade excessiva.

O direito à propriedade em uma perspectiva mais democrática, não se relaciona apenas à ideia de que existe uma relação entre o domínio individual e seu objeto. O direito à propriedade implica em uma relação interpessoal, entre o proprietário, o não proprietário e a legitimação pelo Estado.

Em um modelo democrático de propriedade, objetiva-se ir além das concepções civilistas tradicionais, de quem o proprietário é aquele que tem domínio e por isso pode dispor livremente de seu objeto, somente sendo tutelada e compreendida essa relação por parte do Estado. Em um Estado Democrático de Direito, como é o caso da Constituição Brasileira, não se pode deixar de considerar que as propriedades causam conflitos no modo em que os recursos sociais são distribuídos e isso implica em relações sociais.

Portanto, para se entender o direito à propriedade, é necessário que se entenda as suas prerrogativas e as condições em que ele é estipulado. Uma Constituição que se propõe a defender um Estado democrático de Direito faz com que o direito à propriedade esteja condicionado a respeitá-lo.

A perspectiva individual deve funcionar de acordo com o respeito a valores sociais relevantes. Singer (2009) discorre sobre o exemplo que se compactue com essa premissa da seguinte maneira, se cada indivíduo possui o direito de excluir outros de sua propriedade, e isso fazer com que um morador de rua não possa dormir em lugar nenhum, então a distribuição de recursos tem como consequência tornar o ato de alguém dormir em qualquer lugar ilegal. O direito a excluir outros de uma propriedade somente pode legitimamente existir se existirem circunstâncias que permitam que as pessoas possuam um lugar para dormir.

Essa perspectiva complementa o entendimento do próprio Singer (2000), de modo que as leis que se propõem a garantir o direito de propriedade devem ao mesmo tempo garantir condições para que outras pessoas não careçam desse direito, entendendo que deve haver limite

à propriedade e obrigações, seja na relação do proprietário com seu domínio, seja na relação com um não proprietário.

Em Singer (2014), o direito à propriedade vai além de simplesmente lidar com complexidade das interações humanas. A Propriedade não apenas representa um problema de coordenação política como representa um problema constitucional e político. Muitos problemas diretamente ligados aos sistemas que admitem a propriedade precisam estar ligados a normas, valores e formas de vida da sociedade. O problema não reside somente em melhorar as interações sociais, Os problemas que o direito à propriedade podem criar são: quantos proprietários devem existir, quem deveria se tornar um proprietário, por quanto tempo esses direitos duram e quais obrigações os proprietários poderiam ter. Somente porque se vive em uma sociedade democrática, que considera cada pessoa igualmente com respeito, é se pode interpretar valores fundamentais como liberdade, igualdade e democracia para definir o amontoado de direitos de propriedade que pode-se reconhecer.

Singer (2014) acrescenta: o Direito de Propriedade não se limita somente à gestão de uma crise de escassez e desigualdade. A democracia elege representantes que aprovam leis que estabelecem um padrão mínimo para as relações sociais e econômicas, envoltas por uma perspectiva de dignidade e respeito. O Direito à propriedade seria não somente uma forma de distribuição, seria, de fato, uma estrutura que guiaria para a vida social. O Direito à propriedade não é meramente o Direito das Coisas, é o Direito da Democracia.

Nunes (2017) interpreta essas questões com a ideia de que de fato, a propriedade, enquanto direito, se relaciona com a ideia de uma conduta humana no âmbito de uma sociedade. Trata-se, assim, de regulamentar as relações sociais a partir de como os recursos estão distribuídos. Ele se refere, nesse sentido, ao modo e aos limites com os quais serão relacionados à titularidade de um recurso, considerando-se um contexto social maior.

Em Singer (2009), a propriedade é formada por um conjunto de direitos, isto é, o direito de propriedade, colocado em contexto, insere-se em uma sociedade que é regida por valores, práticas, princípios e regras.

A propriedade, formada por esse conjunto de direitos, deverá ser entendida em observância aos critérios democráticos, assim como todas as normas que funcionem em um Estado Democrático de Direito.

Nunes (2017) complementa entendendo que a propriedade impõe obrigações ao seu titular, de modo a contemplar os não proprietários. Essas obrigações, fundamentam-se na ideia de que o direito de propriedade tem, em seu núcleo, um relevante caráter relacional entre

indivíduos, Estado, ou um grupo coletivo. Ficaria evidente a superação da compreensão do direito de propriedade como uma relação estritamente relacionada a um sujeito e um objeto.

Singer (2000) trata a questão de modo que os proprietários têm a obrigação de dividir suas riquezas com os despossuídos e de usar suas propriedades de modo que não proprietários possam se tornar capazes de serem proprietários. Esse comprometimento com uma concepção igualitária de propriedade pode ser justificada, não somente por argumentos de cunho moral, mas pelos mesmos argumentos que justificam a existência da propriedade. As mesmas normas que justificam a proteção e defesa da propriedade limitam esse direito de modo que esse sistema de proprietários permita a possibilidade de não proprietários a se tornarem proprietários eles mesmos em termos iguais com aqueles que defendem o seu direito à propriedade.

#### 4.2 A VISÃO DE SINGER SOBRE A QUESTÃO INDÍGENA

Faz-se importante relacionar a visão de Singer sobre a propriedade com a historicidade e a tradição dos povos originários da América. Em *Indian States of America*, Joseph Singer discorre sobre sua visão em relação à soberania dos indígenas da sua realidade, os EUA, e de como uma sociedade democrática deve permitir a autodeterminação de suas culturas originárias.

Singer começa seu texto mostrando que o mapa dos EUA esconde um fator importante, os seus cinquenta estados não mostram que existem os mais diferentes povos soberanos dentro do território estadunidense. E são territórios que existem independentemente do conhecimento da maior parte dos estadunidenses.

Singer (2013), que é professor de Direito Indígena nos EUA, afirma que seus colegas o perguntam o porquê de existir algo como a soberania indígena, se o reconhecimento de uma soberania indígena não seria um conceito defasado que trata os povos indígenas como cidadãos de segunda classe, se a soberania não seria uma aceitação de que a ideia dos “separados, mas iguais” rompida pelo caso *Brown vs. Board of Education*, se não contrariaria ideais de democracia ao admitir-se soberanias baseadas em ancestralidade e se isso não constituiria discriminação racial.

Questionar a razão de existir uma soberania indígena nega o Direito e a História dos EUA. A realidade que não se pode negar em Singer (2013) é a de que os EUA possuem soberania indígena. O mapa dos Estados Unidos que exclui terras indígenas é um mapa falso. Admite-se que os não indígenas os conquistaram e colonizaram, de modo que eles teriam ido embora ou sido assimilados e integrados como cidadãos estadunidenses. Ao mesmo tempo em

que os indígenas são cidadãos estadunidenses, são cidadãos do país e de seus respectivos povos. O fato é que os EUA nunca conquistaram realmente os povos indígenas, sua soberania antecede à própria existência do país, essa soberania pode ter se reduzido dentro da formação da federação, mas ela nunca deixou de existir, muito embora o número de povos indígenas tenha diminuído drasticamente.

Portanto, em Singer (2013) abolir a soberania dos povos indígenas seria abominável, porque seria equivalente ao ato de invadir e de colonizar novamente. Não se pode deixar de ter algo que já existe. Seria o mesmo que dizer que os Estados Unidos conquistaram seus povos indígenas no passado e por isso deveriam continuar.

Um ponto é imaginar que a colonização aconteceu, outro é pensar que ela deveria continuar acontecendo, de modo a finalizar o trabalho iniciado.

Em Singer (2013) uma coisa é imaginar que a colonização aconteceu, que foi uma atrocidade, que não pode ser desfeita e vive-se com suas consequências, outra é pensar que um processo semelhante deve continuar no século XXI. Questionar a soberania indígena é um eufemismo para se questionar o porquê de a colonização não continuar. Não que exista essa pretensão em quem questiona, mas essas pessoas não percebem as consequências da pergunta. Compara-se a uma invasão de guerra ou a um processo novo de colonização, o que Singer (2013) afirma que facilmente violaria normas de Direito Internacional.

Desse modo, há duas percepções sobre os direitos indígenas nos EUA, e que a invasão foi completa e não há mais soberania indígena, outra é a de que ela sempre existiu, foi reduzida, mas jamais abolida e coexiste com a soberania dos Estados Unidos.

A corrida para o Oeste e a aquisição das terras francesas fez com que os estadunidenses acreditassem que estariam ocupando um grande vazio. Singer (2013) enfatiza que essas terras, de fato, estariam ocupadas com várias nações indígenas, que foram apagadas da História pela forma com que os fatos foram ensinados. Após ter adquirido terras ao Oeste da Inglaterra, México e França, o nascedouro Estados Unidos também adquiriu terras de populações originárias que lá habitavam. Houve ao menos cinco grandes guerras entre os EUA e os povos Sioux, que passaram longe de serem aquisições pacíficas, uma verdadeira guerra de conquista.

Singer (2013) contesta que de acordo com o mapa convencional ao qual se tem o costume, os EUA se expandiram do atlântico ao pacífico completamente a partir do fim da Guerra de Secessão (1861-1865), contudo, ao se considerar as conquistas de terras indígenas, o mapa dos EUA somente se consolidou ao fim do século XIX, e mesmo assim povos indígenas ainda permaneceram com grandes faixas de terra.

Não é pouca coisa ignorar milhões de pessoas de centenas de nações indígenas. Quando povos indígenas exercem sua soberania inerente, frequentemente encaram oposição ao seu direito de existir. Em vários momentos de sua História, os EUA fingiram que a soberania de seus povos originários era uma relíquia do passado e estaria com seus dias contados.

Em Singer (2013) o reconhecimento da soberania indígena toma como fundamento conceitos históricos, de democracia e de igualdade. Não somente ela pode coexistir com a soberania estadunidense, como ela é diretamente compatível com uma sociedade democrática e livre, que trata igualmente seus cidadãos com respeito, como isso faz com que se deva escolher pelo reconhecimento da soberania indígena em vez de extingui-lo.

O argumento para o reconhecimento da soberania indígena se justifica em sua historicidade. Como fato histórico, a soberania indígena e suas propriedades precedem à existência dos Estados Unidos, e esse direito persiste reconhecido pela Federação dos EUA. O grande processo de conquista de fato ainda não terminou.

Mesmo que o país tenha historicamente sido contrário à soberania indígena, percebe-se a necessidade de uma avaliação histórica sobre o que justificou no passado as atrocidades cometidas a esses povos. Resta à população dos EUA reconhecer o que fazer perante essa parte de sua História.

Singer (2013) argumenta em contrariedade aos que acreditam que a Soberania é unitária e não pode existir mais que um soberano sobre uma terra em particular, a verdade é que, em sua interpretação, a soberania indígena é plenamente compatível com a soberania dos EUA. Sabe-se disso porque ela coexistiu com a soberania dos EUA desde o início. A História dos Estados Unidos, como é contada pelos mapas, não é a história que realmente aconteceu. Os mapas tradicionais mostram que a colonização foi parcial e não total, e embora seja verdade que as políticas públicas do país variaram entre proteger a soberania indígena ou reduzi-la, o Estudo de Políticas Públicas mais contemporâneo preza pela autodeterminação dos povos.

Essa política tem origem nos anos 1970 e foi implementada pelo presidente Richard Nixon. Após, todos os presidentes, sejam eles republicanos ou democratas, intensificaram a relação de reconhecimento à soberania dos povos indígenas. Por mais que o país tenha desconsiderado vários tratados feitos com esses povos, muitos deles ainda persistem em vigor, sendo leis reconhecidas sob a Constituição dos EUA.

A soberania indígena existiu desde o começo e persiste existindo, em completa harmonia com a federação e os governos estaduais. O país tem poder militar para conquistar esses povos, mas não o fez, em parte por iniciativa própria e também porque tratados e acordos foram feitos diretamente com essas nações indígenas. Os EUA acordaram em limitar o exercício

de sua soberania sobre os povos indígenas reconhecendo que existiam governos preexistentes nas nações indígenas.

Singer (2013) tenta mostrar por meio de hipóteses o que aconteceria em um conflito entre o direito indígena e um não indígena:

Nações indígenas exercem de fato poderes governamentais sobre seus cidadãos e sobre não- indígenas que estão em suas terras e têm algum tipo de relação. Nações indígenas possuem legisladores, tribunais, prisões, leis, agências administrativas, faculdades e comércios próprios. A soberania nativa é complexa sob a federação dos EUA e não pode ser explicada em poucas frases. É suficiente dizer que o poder da nação indígena sobre suas terras é robusto e equivalente ao poder que os estados exercem sobre seus cidadãos. Os povos possuem legislações de trânsito sobre suas rodovias, leis sobre o casamento, custódia dos filhos e adoções, reforçam contratos entre os próprios membros internos e eles protegem seus cidadãos contra o cometimento de crimes. A Suprema Corte dos Estados Unidos diminuiu drasticamente o poder dos povos sobre os não indígenas, mas não o aboliu completamente. Por exemplo, os povos não têm poder de impor penas de crimes a não indígenas ou de direcionar a propriedade de um não indígena que possui parte de sua terra dentro da reserva indígena. Porém, se um não indígena visita um cassino dentro da área de reserva e se machuca dentro do cassino, deve processar o povo responsável buscando alguma compensação financeira dentro do próprio tribunal indígena em vez de tentar em algum tribunal estadual (tradução nossa). (SINGER, Joseph William, 2013, p. 12-13)

Nesse parágrafo, Singer (2013) esclarece com exemplos práticos como a soberania indígena é exercida dentro das áreas indígenas nos EUA e quais seriam os limites de poder e autonomia desses povos, principalmente em uma interrelação entre indígenas e não indígenas dentro do território dos Estados Unidos. Fica claro que no momento em que se reconhece um povo como autônomo, torna-se difícil diferenciar o poder de uma nação indígena a um Estado da Federação.

De fato, o poder dos Estados é considerado como superior, significando que eles podem exercer sua soberania para promover legitimamente seu governo dentro de seu território. Entretanto, no momento em que as nações indígenas dividem territórios, sua soberania preexistente não diminui e o poder estatal não pode interferir nos direitos inerentes desses povos de se autogovernarem e sobre seu território. Ao mesmo tempo em que o governo federal evita interferência na soberania inerente desses povos, seus poderes são mantidos intactos. Povos, Estados e a soberania federal por vezes sobrepõem seus poderes e cada governo deve ceder ou reconhecer a autoridade legal sobre certos problemas relativos a pessoas específicas dentro de suas fronteiras.

Singer (2013) prossegue afirmando que abolir a soberania indígena seria o mesmo que tentar colonizar outro país. Enquanto muitos não indígenas desconhecem que a lei federal reconhece a soberania nativa, e sempre a reconheceu. Por mais que os poderes tradicionais tenham se esvaído com o tempo, a política atual do congresso e de todos os presidentes desde

Nixon é a de respeitar a soberania e de reconhecer que os povos são legitimamente capazes de governar suas próprias terras e suas pessoas.

Os tratados feitos com os povos indígenas representam o reconhecimento de sua soberania, permitindo uma grande relação entre o governo federal e as nações indígenas. Esses acordos não são tratados de rendição, eles representam o reconhecimento formal por parte dos EUA de que existe a soberania indígena, reconhecendo que esses povos exercem poderes sobre suas terras, e legislações específicas confirmam essa perspectiva.

Singer (2013) esclarece que a legislação recente dos EUA promove a autodeterminação para os povos e transfere competência de programas federais para governo dos povos. Por exemplo, a agência federal de proteção ambiental dos EUA delegou autoridade aos povos para atuar na preservação de áreas dentro de reservas indígenas. Membros dos povos definitivamente querem que a soberania continue e, com os tratados, os Estados Unidos reconhecem o seu poder inerente de continuar com as soberanias. A democracia não requer a abolição da soberania indígena, ao contrário, reconhecer sua cultura e respeitá-la é um ato inteiramente democrático.

Singer (2013) detalha mais a perspectiva democrática em:

Essa é maneira que democracias lidam com a diferença, lida-se com diferentes soberanias aceitando e negociando tratados. Muitos povos fazem isso hoje, negociando, por exemplo, acordos de cooperação entre municípios a reservas, de modo que a polícia indígena possa perseguir criminosos fora da reserva e para prendê-los, ao mesmo tempo em que a polícia estadual pode perseguir criminosos dentro das reservas de modo a que não escapem. Povos e municípios têm acordos para harmonizar seus planos diretores e suas leis ambientais (tradução nossa). (SINGER, 2013, p.17).

Desse modo, Singer (2013) detalha mais procedimentos específicos em que há a necessidade de negociação entre os poderes locais e as soberanias indígenas. Em sua perspectiva, isso seria um ideal de democracia a ser respeitado pelos povos e seguido pelos EUA.

Weber (2004) define a soberania como o monopólio sobre o uso legítimo da força em um território específico. Contudo, a História dos EUA tratou de diminuir drasticamente a soberania de seus povos nativos. Sobrepor-se a uma soberania feriria a base da Constituição estadunidense.

Singer (2013) retorna a confrontar a História dos EUA e todo o processo de conquista. O modo como os EUA conseguiram suas terras foi injusto, opressivo e violou a liberdade e a autodeterminação de centenas de nações. Conta-se uma História gloriosa sobre os EUA, de que a corrida para o Oeste fez aumentar o crescimento da liberdade e da igualdade, em momentos de abolição da escravatura e de reconhecer o voto feminino. Ao mesmo tempo em que se fez

isso, violou-se e diminuiu-se a soberania indígena, desconsiderando todos os processos de liberdade e de igualdade. Ao final, ele se propõe a imaginar e conjecturar o que ocorreria caso a conquista nunca tivesse ocorrido. De fato, com as mais variadas soberanias internas que residem nos EUA, vive-se concomitantemente nos Estados Indígenas da América, tradução do título do seu texto.

## **5 PERSPECTIVAS JUDICIAIS SOBRE A TERRITORIALIDADE INDÍGENA**

### **5.1 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA POSIÇÃO A CERCA DA TEORIA DO INDIGENATO E A TEORIA DO FATO INDÍGENA**

Neste tópico, o presente trabalho, busca apresentar de forma coerente, casos levados ao Supremo Tribunal Federal, os quais debatem as interposições da teoria do Indigenato e a teoria do fato indígena, para que com isso consiga-se analisar a partir das perspectivas apresentadas nos demais tópicos da dissertação.

Essa é uma das razões que demonstra a importância de se estudar a temática dos fundamentos dos direitos que envolvem a territorialidade indígena no Brasil e, em especial, na Amazônia. Trata-se de um problema comum, pois, apesar de o Brasil não ter sido responsabilizado internacionalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por demandas envolvendo a violação ao território de povos indígenas, muito embora, como será exposto, esse tribunal já proferiu sentenças nesse sentido, possui na Comissão Interamericana de Direitos Humanos demandas com relatórios de admissibilidade desde 2002.

No plano doméstico, são recorrentes as ações no judiciário. No STF, por exemplo, nos últimos anos, há um movimento crescente de análise de casos que discutem esse tema em específico. Parte-se agora para descrição e análise de decisões reiteradas nesse sentido.

#### **5.1.1 Caso Raposa Serra do Sol**

De acordo com o que foi estabelecido nos tópicos anteriores, passa-se a analisar o grande caso referência envolvendo a demarcação de terras indígenas, conhecido como “Raposa Serra do Sol”, que teve seu julgamento pelo STF no ano de 2008.

Em busca do reconhecimento do direito à terra indígena pelas comunidades indígenas, que possuíam tão somente garantido o direito à demarcação dessas terras, porém até mesmo esse simples processo encontrou dificuldade por parte dos próprios órgãos públicos, que passaram boa parte do processo omissos acerca de seus problemas, ou mesmo, utilizaram-se de desculpas que pouco possuem relação com os Estados, os povos nativos e as terras, como por exemplo, sobre questões puramente econômicas.

O direito à demarcação de terras indígenas passou a ser a base no processo de caracterização dos povos nativos, pois é a partir deste marco temporal que começam a ser

reconhecidos os demais direitos consequentes da titulação indígena. Dessa forma, é necessária a demarcação territorial, para consagrar a comunidade que tem cultura e história indígena.

Desse modo, é importante ressaltar a relação terra indígena e povo indígena existente no Brasil, em que um deve estar associado ao outro, para que dessa maneira venham a caracterizar indivíduos como sendo de fato indígenas. Ao mesmo tempo, há uma dificuldade de haver o devido processo para tais demarcações, o que prejudica o verdadeiro reconhecimento cultural e histórico dessas comunidades por parte do Estado.

É nesse contexto da existência de uma demanda por demarcação de terra indígena que se apresenta o caso Raposa Serra do Sol, localizada no estado de Roraima, nos municípios da Normandia, Pacaraima e Uiramutã, que se localizam nas proximidades da fronteira do Brasil, Venezuela e Guiana. A Região era ocupada por milhares de indígenas de várias etnias e representou um marco no processo de reconhecimento do território indígena.

Figura 1: Localização da Reserva indígena Raposa/Serra do Sol



Fonte: (GEOGRAFIA HOJE, 2010)

No caso, agricultores de arroz que se instalaram indevidamente em terras indígenas tentaram consolidar sua posse alegando o suposto interesse nacional, afirmando que os direitos dos indígenas eram contrários ao desenvolvimento econômico do país. Em 2005, o então Presidente do país, Luiz Inácio Lula da Silva, assinou o decreto homologando a portaria nº 534, demarcando as áreas, que hoje são conhecidas como Raposa Serra do Sol.

Nessa área, abrangem-se mais de 194 mil comunidades indígenas, como os povos Ingarikó, Patamona, Taurepang e Wapixana. Contudo, logo essa portaria sofreu ação popular com o objetivo de pedir a sua nulidade e a manutenção das famílias rizicultoras nas áreas. A ratificação da portaria de 2005 conseguiu se concretizar com a decisão final do STF em 2009.

O processo de reconhecimento dessas terras iniciou-se no ano de 1977, porém houve inúmeras dificuldades ao longo dos anos. Em 1993, elas foram identificadas como terra indígena. E entre os anos de 1995-2003, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, alcançou o status de demarcação, porém, sua homologação só foi concedida em 2005.

O caso foi marcado por longas disputas e tentativas de invasão aos territórios indígenas por fazendeiros e agricultores, justificavam-se sob a ideia de que grande parte do território do Estado de Roraima acabaria pertencendo à demarcação de terra indígena. Logo, não sobraria espaço para que existissem áreas de desenvolvimento. (MONTEIRO; PINHEIRO; TEIXEIRA, 2015)

Depois da homologação de 2005, novas reclamações e invasões aconteceram no território, o que levou a necessidade de um julgamento final realizado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008, por meio de uma ação popular contra união, de autoria do Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, e o Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti. O julgamento teve como Ministro relator Min. Carlos Ayres Britto, em seu mérito o pedido e principal objetivo da ação é a declaração de Nulidade da portaria nº 534/2005 do Ministério de Estado e da Justiça, que foi alvo do decreto homologatório do Presidente da República. (BRASIL, 2008)

Na ação popular, se apontou que a portaria nº 534/2005 continuava com os vícios presentes naquela que antecedeu nº 820/98, que seriam relacionados ao processo de demarcação de terra, visto que não teria respeitado as normas dos decretos nº 22/91 e 1.775/96, pois não houve a devida escuta das partes e entidades afetadas pela controvérsia, bem como o laudo antropológico foi assinado por apenas um profissional, Dra. Maria Guiomar Melo, o que poderia ser visto como fator de parcialidade. (BRASIL, 2008)

Ainda no âmbito da acusação, apontou-se um desequilíbrio no concerto federativo, uma vez que a área fosse demarcada esta passaria para o domínio da União, o que mutilaria parte significativa do território do Estado de Roraima, afetando assim o princípio da razoabilidade, privilegiando a tutela do indígena em detrimento da livre iniciativa, deixando os não-índios, que habitam a região a muito tempo, sem sua devida capacidade para a produtividade, afetando de forma desastrosa o Estado de Roraima, prejudicando em aspectos comerciais, econômicos e sociais. (BRASIL, 2008)

A contestante, se legitimou no art. 231 da Constituição Federal de 1988, afirmando que não é procedimento demarcatório que cria uma posse imemorial, com a noção já mencionada de *habitat* indígena, mas tão somente delimita a área indígena de ocupação territorial. Argumentou ainda, que não houve lesão de modo algum ao patrimônio público, assim como o

autor da referida ação não comprovou a ocorrência dos vícios apontados na inicial, e que a diferença de 68.664 hectares, em ambas as portarias já citadas, é perfeitamente comum e possível em se tratando de demarcações de terras indígenas. (BRASIL, 2008).

O relator foi enfático no sentido de que já há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras objeto de demarcação sem que exista um antagonismo entre o reconhecimento deste direito originário e o desenvolvimento nacional, defendendo o chamado “desenvolvimento com um crescer humanizado”, uma vez que não se contempla apenas a categoria econômica ou material, mas também os valores consolidados pelos povos indígenas enquanto importantes sujeitos na sociedade brasileira.

O Ministro discorre sobre os "índios como tema de matriz constitucional" (PET 3.388/RR, p. 262), por identificar que tal matéria encontra-se dentro do "bloco normativo-constitucional", motivo que leva o magistrado a fazer uma "interpretação sistêmica/contextual" da Constituição de 1988, enfatizando que tratados e convenções internacionais não podem interferir na interpretação constitucional. Neves (2017) enumera que o ministro chega às seguintes conclusões: (1) que os "índios" são parte essencial da realidade política e cultural brasileira; (2) que tais dispositivos permitem adjetivar de brasileiros, os "índios"; (3) que todas as terras indígenas nesses dispositivos fazem parte do território estatal-brasileiro, sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano, tampouco o de qualquer organismo internacional, a não ser mediante convenção ou tratado que tenha por fundamento de validade a Constituição Federal Brasileira de 1988 (PET 3.388/RR, p. 270) e que todas essas terras são propriedades físicas da União, cuja titularidade não é compartilhada pelos "índios", pois fazem parte de uma categoria jurídico-constitucional, não um ente federado e exerce a União controle contra os Estados, os Municípios e os "não-índios"; (6) que as terras indígenas são inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis; (7) que tais dispositivos não permitem a adoção dos vocábulos "povo, país, território, pátria ou nação indígena", pois o conceito de terras indígenas assume uma postura nitidamente sociocultural, não política; (8) que essa previsão constitucional protege os "índios" de modo tão próprio, que lhe causa estranhamento o fato dos agentes públicos brasileiros terem aderido formalmente aos termos da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; (9) que é a nossa Constituição que os "índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja (PET 3.388/RR, p. 280); (10) que a demarcação de terras indígenas revelam um capítulo avançado do constitucionalismo fraternal; (11) que "a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios para agregar valor à subjetividade deles (fenômeno

da aculturação)" os benefícios de um estilo de vida civilizado (PET 3.388/RR, p. 290); (12) que há um falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, pois a Constituição tem como intenção conciliar os institutos da colonização e do indigenato. De modo que a:

(...) Desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca (PET 3.388/RR, p. 292).

(13) que quanto ao conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas, o marco temporal da ocupação deve respeitar a promulgação da Constituição, o marco da tradicionalidade relaciona-se com a questão "originária", ou seja, a mais antiga expressão da cultura brasileira, o marco da concreta abrangência fundiária interrelaciona a habitação permanente com a utilização de terras para atividades produtivas, mais preservação dos recursos ambientais e com a reprodução física e cultural e o marco da proporcionalidade que deve basear-se na Constituição; (14) que o modelo contínuo de demarcação das terras indígenas é compatível com a Constituição; (15) que há conciliação entre terras indígenas e a visita de não-índios e terras indígenas com a questão de território de faixa de fronteira.

Contudo, o que nos remonta principalmente ao caso é a controvérsia que o permeou pelo embate da teoria do indigenato e da teoria do fato indígena e como elas foram abordadas no julgamento da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Enquanto o indigenato considera toda a perspectiva histórica de exploração, exclusão e genocídio e não tão somente a existência de uma propriedade, uma vez que os direitos dos povos indígenas são anteriores a própria criação do Estado brasileiro. Dessa maneira, a teoria em questão serviu como base ao longo dos anos para a demarcação de terra das reservas indígenas, porém, durante o julgamento do caso, surge uma nova teoria a Teoria do Fato indígena ou Marco Temporal.

A teoria do fato indígena é usada no julgamento a partir dos votos dos ministros, o quais alegam que a Constituição trabalhou com uma data certa, ou seja, valendo-se do seu início em 1988, utilizando-se desse período para lidar com as ocupações dos índios a partir deste momento, não se abrangendo a terras ocupadas em outras épocas. Sobre isso, tem-se o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor. Isso

chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. (BRASIL, p. 378, 2008)

Segundo o Ministro Ayres Britto, a Constituição Federal vem ser o marco necessário para melhor desenvolver as demarcações de terras indígenas, de forma que a ocupação seria verificada a partir da promulgação da Constituição, impedindo possíveis fraudes para que haja a demarcação de terra, de modo que:

(...) a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (BRASIL, p. 296, 2008)

Outro ponto colocado em cheque pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito é a questão de a ocupação ser tradicional, para o Ministro isso não está relacionado ao decurso do tempo, mas sim no que importaria a retirada da terra, bem como a definição já está clara no art. 231, § 1º, ou seja, estariam ligadas a um certo caráter permanente, mas não remontaria ao tempo de ocupação. Sobre isso o Ministro acrescenta:

O caráter permanente da habitação já mostra que a referida desvinculação da idéia de posse imemorial não pode retirar do advérbio "tradicionalmente", de forma absoluta, toda consideração à temporaneidade da ocupação. Alguma expressão pretérita deve subsistir ou o adjetivo "permanente" (que, segundo o Aurélio, é "1. o que permanece; contínuo; ininterrupto; constante; 2. duradouro, durável; 3. tem organização estável") não faria nenhum sentido. (BRASIL, p.380, 2008)

Por meio dessas colocações, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito entende que seria mais coerente adotar a posição Constitucional, não mais a teoria do indigenato, o que levaria uma subjetividade para compreender fatos temporais muito antigos, para tanto o Ministro compreende que melhor atenderia os casos de demarcação de terra seria a teoria do fato indígena, acerca disso tem-se:

A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena. Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar. (BRASIL, p. 381, 2008)

Além disso, é necessário analisar o fator econômico, uma vez que as terras devem ser utilizadas para atividades produtivas, pois são locais responsáveis pela subsistência e produção

econômica, como campos de caça e cultivo. O fator ecológico, é substancial que as terras venham a ser utilizadas pela preservação de recursos naturais. E ainda observar os fatores cultural e demográfico, ou seja, é importante que as terras sejam utilizadas para a manifestação cultural das tradições indígenas, como o caso de locais religiosos e cemitérios. (BRASIL, 2008)

Para o Ministro do STF (Supremo Tribunal Federal), é necessária uma ciência, ou seja, uma questão objetiva, a qual precisa de um ponto de partida, seja ele a promulgação da Constituição de 1988. Essa ciência se dará por meio da teoria do fato indígena, pois é este fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Essa teoria dispensa considerações acerca da ocupação imemorial, contudo exige comprovação e demonstração. O artifício encontrado foi a data da promulgação da Constituição de 1988, sendo assim, é imprescindível a presença dos índios nas terras neste período além da sua constância e persistência em prosseguir nelas. (BRASIL, 2008)

Nesse ponto em específico, é importante ressaltar que as partes mencionam a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, o que faz com que o magistrado entenda necessário trazer à tona, a Convenção 169 da OIT, pois também é "atinentes aos povos indígenas" (PET 3.388/RR 395). E já nesse início, o julgamento destaca alguns artigos da Convenção 169 da OIT para dizer que muitas das garantias previstas nesse documento já se encontram "asseguradas pela nossa Constituição, não havendo, em princípio, inovação no que se refere às prerrogativas de nosso Estado Nacional" (PET 3.388/RR, p. 396) e que quanto à Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, os procedimentos e medidas referidos nela, "são, a nosso ver, aqueles estipulados na legislação nacional de cada país".

Para Neves (2017), a Suprema Corte do Brasil deixa claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas para o reconhecimento e fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo.

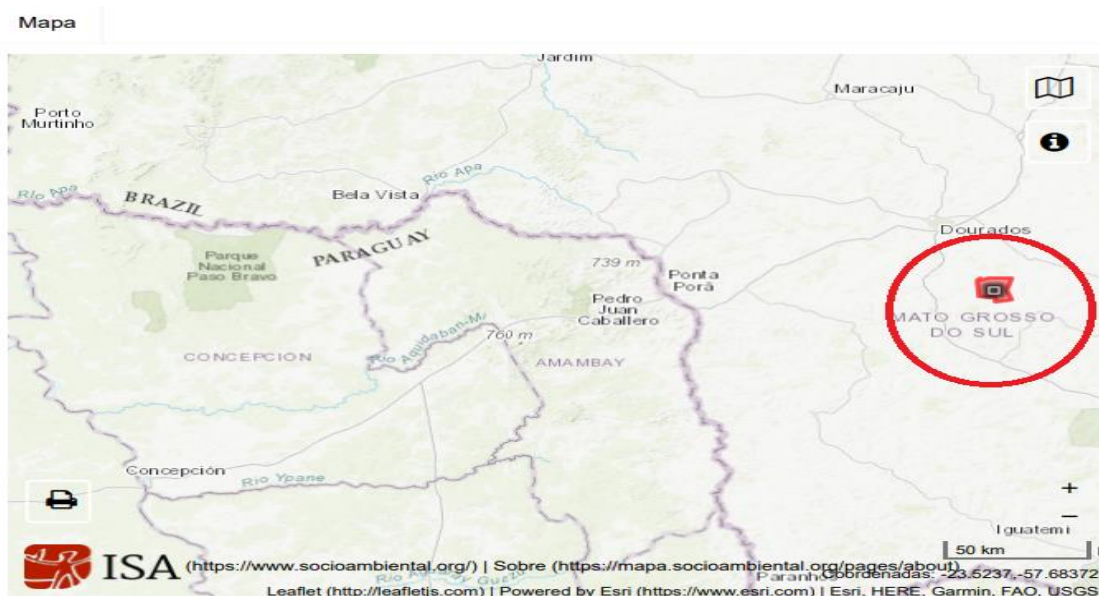
Dessa forma, houve a substituição das teorias e por meio disso almejou-se alcançar uma forma menos problemática de definição de posse indígena, sendo assim implicando em um marco temporal. Ambas as teorias são feitas por métodos concorrentes, com o objetivo de na prática explicar a melhor forma de definir a posse indígena. (VIEIRA, p. 7623, 2010)

Isso posto, a discussão será retomada novamente no item 5.4, em que será emitido direcionamento acerca deste embate, focando em como o indigenato pode ser compreendido como a melhor maneira de atender às necessidades do caso.

### 5.1.2 Caso da terra indígena Guyraroka

O caso das terras indígenas Guyraroka, que entrou em destaque em 2014 pelo seu julgamento no Supremo Tribunal Federal como mais um caso em que se aplicou a teoria do marco temporal e se acabou por conceder a nulidade sobre a demarcação de terras indígenas referentes à comunidade Guarani Kaiowá. Localizada no sul do Estado do Mato Grosso do Sul, nas bacias dos córregos Ypytã e Caracu, além de ocupar parte dos riachos secundários como o Ypo'i (água estreita), o Chagua Yry e o Lucero. (PEREIRA, 2002)

Figura 2: Localização da Reserva indígena Guyraroka



Fonte: (TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL, 2021)

A comunidade tinha a posse consolidada de suas terras, quando houve sua retomada no ano de 2000, porém muitos lugares antigos que eram utilizados para atividades da comunidade indígena, como caça, pesca, desapareceu com o avanço do agronegócio no Estado. A comunidade acabou sendo cercada por grandes fazendas de gado e soja. (TERENA, 2021)

O processo demarcatório deste território encontra-se regulado pelo decreto nº 1.1775/96, obteve a aprovação da FUNAI no estudo de identificação e delimitação de acordo com a portaria nº 76/2004, além de obter o reconhecimento da área como sendo de ocupação tradicional nos termos do art. 231 da Constituição Federal de 1988, por meio da Portaria Declaratória nº 3.219/2009 do Ministério da Justiça. (TERENA, 2021)

Contudo, no ano de 2014, a segunda turma do STF acatou um recurso judicial contrário à comunidade, beneficiando os não-índios e concedeu a anulação do processo demarcatório

referente às terras indígenas Guyraroka. Esse foi um exemplo de processo que tramitou na justiça sem dar a oportunidade de participação dos povos nativos, que seriam os mais afetados com o processo.

Trata-se de um recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Avelino Antonio Donatti, contra o acórdão proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal (STJ) de Justiça. No recurso, o impetrante entende de forma contrária à Portaria do Ministro de Estado da Justiça, a qual conferia posse permanente da terra indígena Guyraroka à etnia Guarani Kaiowá.

Porém o STF compreendeu que o recurso não era cabível por nenhum momento demonstrar efetivamente que os laudos apresentados sofriam de algum vício que lhe pudesse aproveitar, sendo, portanto, improvido. Inconformado com a situação impetrou o recurso ordinário junto ao STF, alegando a violação do seu direito líquido e certo ao transformar em reserva indígena terras cujo domínio e a posse lhe pertenceriam. (BRASIL, 2014a)

O recorrente defendeu que o próprio laudo antropológico apresentado pela FUNAI admitia que a posse das terras indígenas aconteceu no passado, tendo tido uma ocupação remota, concluindo que, em razão disso, não atenderia ao preceito disposto no §1º do artigo 231, da Constituição Federal de 1988.

Afirmou ainda que a FUNAI por meio unicamente de processo administrativo demarcatório, ou seja, sem ser dada a possibilidade do contraditório por meio de processo judicial, retirou-lhe o seu direito de propriedade de suas terras, transferindo para a demarcação das terras indígenas. (BRASIL, 2014a)

Por fim, enfatizou que as terras em questão foram desapossadas na década de 40 e estão sem utilização indígena desde então, ou seja, desabitadas e desapossadas. Sendo assim, mais de 60 anos depois houve a demarcação de terra indígena, mesmo que elas não tenham mais tido uso por parte dos indígenas. Com isso, pediu que fosse declarada a nulidade da demarcação de terra indígena Guyraroka. (BRASIL, 2014a)

O relatório do Ministro Ricardo Lewandowski apresentou somente os pontos apresentados pelo impetrante, dessa forma, não se viu defesa para as acusações, assim como não foi chamada a participar do julgamento a comunidade indígena Guarani Kaiowá, a quem pertenceria a reserva indígena, portanto, comunidade diretamente interessada.

Nesse caso, o relator entendeu que a Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente o direito originário das terras tradicionalmente ocupadas, não se exige pressuposto de exatidão dos registros de ocupação anterior. A demarcação é uma declaração do

Poder Público sobre o caráter originário da posse indígena, sendo os títulos concedidos pelos estados, nulos de pleno direito diante do reconhecimento da ocupação tradicional.

Os Kaiowá possuíam o domínio pleno da região durante o período de 1864-1870, com o fim da guerra do Paraguai, comerciantes e soldados incentivados pela política de colonização do interior do Brasil fixaram-se no local. A companhia Matte Laranjeira também se instalou na região, provocando profunda mudança nas comunidades indígenas, culminando na exploração dessa mão-de-obra. Com o fim do monopólio dessa empresa, a terra voltou a domínio da União que a concedeu a particulares, por incentivo do governo de Getúlio Vargas, com isso os Kaiowá foram expulsos de suas terras e confinados em pequenas reservas indígenas. (TERENA, 2021)

Dessa forma, verificou-se que os índios em questão foram impelidos a deixar suas terras, uma vez que se viram expulsos por particulares com títulos de propriedade concedido, por essa causa não estavam na reserva em 1988, retomando posse apenas em 2000, o que foi utilizado como argumento em contrariedade à demarcação de terra.

O Ministro Ricardo Lewandowski negou provimento à ação, uma vez que em sua visão os argumentos apresentados pelo impetrante em nada provavam o que exigia em sua demanda, entendendo a terra como sendo de fato ocupação tradicional.

Contudo, o Ministro Gilmar Mendes interpretou de forma divergente. O Ministro observou que o relatório de identificação e delimitação produzido pela FUNAI indicou que o povo Kaiowá não se encontrava mais na terra reivindicada desde a década de 40, portanto, há décadas não são encontrados indígenas no território e não existiria mais posse indígena. O entendimento do STF reafirmou a permanência de alguns indígenas nas terras, trabalhando como mão-de-obra e que isso seria o suficiente para a demarcação, acerca disso:

Se esse critério pudesse ser adotado, muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situados os antigos aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região Norte e na Amazônia. Diferente desse entendimento, 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.’ (BRASIL, p. 23, 2014a)

Gilmar Mendes voltou a citar a teoria do fato indígena, ou teoria do marco temporal da ocupação em referência ao caso Raposa Serra do Sol, em que se estabeleceu essa teoria:

Importante foi a reafirmação de marcos do processo demarcatório, a começar pelo marco temporal da ocupação. O objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas. Deixou-se claro, portanto, que o referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988. (BRASIL, p. 24, 2014a)

Além disso, não é suficiente que a ocupação fundiária ocorra no mesmo período da ocupação, porque é necessário ainda uma certa qualificação como tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena. É imprescindível o *animus* de viver em determinadas terras de forma que essa posse se perdue ao longo do tempo. Com isso, vê-se que os indígenas pertencem às terras assim como elas pertencem a eles. O Ministro afirma somente existir demarcação de terras indígenas no período de existência da Constituição Federal, de modo que somente assim estariam de fato sendo apropriadas pelos indígenas.

Como visto, há mais de setenta anos não existe comunidade indígena na região reivindicada. Isto é, em 5 de outubro de 1988, marco objetivo insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, essas terras não eram habitadas por comunidade indígena há quase meio século! O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial. (BRASIL, p. 25, 2014a)

O Ministro Gilmar Mendes foi o primeiro a dar provimento ao recurso ordinário, e dessa forma concordar com a nulidade do processo de demarcação das terras indígenas Guyraroka.

A Ministra Cármen Lúcia, com base na justificativa de pacificação das relações sociais e na confiança que se deve ter na atuação estatal, concordou com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes por compreendê-lo como mais coerente com a decisão do STF na Petição no 3.388-RR.

O Ministro Celso de Mello concordou em aplicar a teoria do marco temporal. Conforme é visto em seu voto a seguir:

Não obstante a centralidade de que se reveste a questão pertinente às relações que os povos indígenas mantêm com a terra, é preciso ter presente que o art. 231 da Constituição – ao reconhecer aos índios direitos sobre as terras “que tradicionalmente ocupam” – estabeleceu, de maneira bastante precisa, quanto ao fato da ocupação indígena, um marco temporal que, situado em 05 de outubro de 1988, atua como aquele “insubstituível referencial” a que aludiu, em seu voto, na Pet 3.388/RR, o eminente Ministro AYRES BRITTO. Isso significa que a proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios, considerando-se, no entanto, para efeito dessa ocupação, a data em que promulgada a vigente Constituição, vale dizer, terras por eles já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa Lei Fundamental, tal como assinalou, no julgamento da Pet 3.388/RR (BRASIL, p. 59, 2014a)

De forma a prestigiar a segurança jurídica, faz-se necessário que um marco temporal seja apresentado, como critério objetivo, afastando assim as dificuldades práticas de compreender o que é o imemorial da ocupação indígena. Do mesmo modo, a Ministra Cármen Lúcia:

Disso decorre a conclusão de que representantes desse grupamento indígena, da etnia Guarani-Kaiowá, não ocupavam a terra reivindicada no momento da promulgação da Constituição da República de 1988, marco temporal erigido no julgamento da Petição n. 3.388/RR para o reconhecimento da posse tradicional indígena. É nesse contexto que passo a perfilhar o entendimento externado pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual o exame da ocupação indígena para fins de reconhecimento do direito originário à terra e, portanto, sua declaração como de posse indígena, deve passar pelo atendimento das salvaguardas institucionais atinentes aos marcos temporal e de tradicionalidade da ocupação. (BRASIL, p,51, 2014a)

Por fim, no final do julgado entendeu-se procedente o pedido do impetrante e a consequente nulidade do processo demarcatório, que negou as terras como sendo pertencentes à reserva indígena. Em 2018, foi protocolada uma ação rescisória com o fim de reverter o julgamento da Segunda Turma do Superior Tribunal Federal. De forma unânime, o Tribunal recuou e suspendeu a decisão que inviabilizava essa demarcação. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021)

Portanto, o STF deu provimento ao recurso ordinário, declarando a nulidade do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Guyraroka e consequentemente da Portaria do Ministro da Justiça n. 3.219/2009, em razão do não atendimento à tese do marco temporal.

No caso específico o voto do Ministro Gilmar Mendes não leva na devida consideração o fato que a esbulho das terras indígenas iniciou décadas antes de 1988 como denuncia a liderança Daniel Vasques Guarani Kaiowá:

No próprio governo de Getúlio Vargas nós fomos expulsos. Em 1930 já tinha pistoleiro, jagunço do fazendeiro para matar o indígena que estava lá. Prolongou-se a situação na ditadura militar. E querem que a gente esteja lá? (LUIZY, Luana, 2014)

Segundo o Relatório Figueiredo, a expulsão dos indígenas de Guyraroka se iniciou em meados do século XX e se estendeu até os dias atuais.

O laudo antropológico reproduziu uma denúncia apresentada, ainda em 1971, por Tomáz de Almeida num artigo publicado no ACONTE (1991: 547-549) 27:

O SPI e posteriormente a Fundação Nacional do Índio efetivamente constituíram-se num braço governamental de pouca ou nenhuma participação para garantir as terras e os direitos Guarani na região. O desempenho de seus funcionários no decorrer do século revela profundas dificuldades em desempenhar a função de proteção que lhes fora designada oficialmente.

A omissão e o descaso nos processos jurídicos levados a cabo por fazendeiros contra esses povos por parte do SPI e FUNAI é flagrante; a condescendência em reduzir paulatinamente as terras indígenas fica clara na demarcação de todas as oitos terras no início do século: os traslados ilegais de comunidades inteiras de seus legítimos e tradicionais espaços de ocupação foi corriqueiro durante os últimos vinte anos.

A Comissão Nacional da Verdade, no capítulo dedicado à USURPAÇÃO DE TRABALHO INDÍGENA, CONFINAMENTO E ABUSOS DE PODER comprovou o esbulho das terras indígenas Guarani e Kaiowá e seu deslocamento forçado:

As terras indígenas demarcadas pelo SPI no Mato Grosso caracterizaram-se por Suas extensões diminutas. Jogados com violência em caminhões e vendo suas casas sendo queimadas, índios Guarani e Kaiowá foram relocados à força nessas áreas, em uma concentração que provocou muitos conflitos internos. Esse confinamento foi um método de "liberação" de terras indígenas para a colonização. (KEHL, Maria Rita, p. 5)

Outras duas lideranças indígenas questionam a atuação do Estado brasileiro que, desrespeitando os ditames constitucionais à época, não garantiu a posse indígena. Somente sessenta anos após esses crimes, o Supremo Tribunal Federal parece pretender utilizar a omissão, quando não a ação concreta do Poder Público de favorecimento e expansão da fronteira agrícola, para não reconhecer os direitos territoriais indígenas.

A coisa está tão absurda que, hoje, querem nos penalizar por termos sido expulsos de nossos territórios. Querem que assumamos a culpa pelo crime deles", critica Ava Kaaguy Rete Guarani-Kaiowá, uma das lideranças que foram a Brasília, esta semana, pedir que o STF garanta seus direitos territoriais. Esse processo de saída não ocorreu livre de violências, de coações, de estratégias, enganações, técnicas de atração para retirar o índio que estava no fundo da fazenda, para a área de reserva, através de promessas de que lá você ia ter saúde, melhorias etc" comenta Marcos Homero Ferreira Lima, antropólogo do Ministério Público Federal no Mato Grosso do Sul (MPF-MS). (SOUZA, Oswaldo Braga, np.)

Dessa forma, há mais um caso que chega ao Supremo Tribunal Federal em que a demarcação de terra é apreciada e toma-se como fundamento o marco temporal (teoria do fato indígena) e, portanto, leva em consideração apenas o marco da promulgação da Constituição, ignorando, o que foi apresentado pela teoria do Indigenato pautada na origem e tradição dessas comunidades. Ignorou-se a História e os laudos antropológicos apresentados em caso concreto. Neste trabalho, voltar-se-á a discutir o assunto do no tópico 5.4.

### **5.1.3 Caso terra indígena Limão Verde**

Outro caso importante debatido no Superior Tribunal Federal foi o caso da terra indígena Limão Verde, localizada no Estado do Mato Grosso do Sul, mais precisamente no município de Aquidauana. Conta com 9 aldeias: Limão verde, Lagoinha, Córrego Seco, Colônia Nova, Ipegue, Bananal, Imbirussu, Morrinho e Água Branca. A região possui cerca de 5 mil indígenas morando na área. Essas áreas pertencem à comunidade indígena Terena. (MARQUES, 2012)

Figura 2: Localização da Reserva indígena Limão Verde



Fonte: (TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL, 2021)

Em 2014, chegou a julgamento do STF o agravo regimental, o relator Ministro Teori Zavascki, apresentou as intenções do agravante, o que sustenta em suma, que de acordo com julgamentos da suprema corte somente poderia ser demarcadas como terras indígenas aquelas que estavam ocupadas à época. Os indígenas foram expulsos das terras por volta da década de 1950, porém, nunca saíram totalmente, continuaram usando as terras como área de caça e coleta.

O impetrante alegou que o esbulho que foi aceito como argumento pelo Tribunal Regional da 3ª região, nunca aconteceu, pois para ser caracterizado como esbulho seria necessária a reiteração da espoliação, e como ela não ocorreu até a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, não haveria ofensa ao direito indígena. Logo, fora o esbulho ocorrido em 1953, que foi comprovado no relatório da perícia oficial, não voltaram a ocorrer novos esbulhos, portanto, mesmo que os indígenas tenham sido esbulhados em 1953, nunca reclamaram ou protestaram contra a situação. (BRASIL, 2014b).

Observando mais uma vez a teoria do marco temporal, utilizou-se da data da promulgação da Constituição Federal de 1988 como referência temporal ao fato de que a comunidade não se encontrava no local. Em relação a isso, cita-se o voto do Ministro Relator Teori Zavascki:

Ao julgar a Pet 3.388 (Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1/7/2010), o Plenário desta Corte assentou que o art. 231, § 1º, da CF/88 estabeleceu, como marco temporal para reconhecimento à demarcação como de natureza indígena de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, a data da promulgação da Carta Constitucional, ou seja, 5 de outubro de 1988. Assim, não se incluem nesse o conceito

de terras indígenas aquelas ocupadas por eles no passado e nem as que venham a ser ocupadas no futuro. (BRASIL, p. 6 e 7, 2014b)

Sobre a questão do esbulho, o Ministro compreendeu que não existiu uma continuidade na ocupação, o que permitiria o retorno às terras indígenas, o que segundo ele, não ocorreu, descreve da seguinte maneira:

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. (BRASIL, p. 15, 2014b)

Isso posto, Teori Zavascki compreendeu que não havia posse indígena no ano da promulgação da Constituição, e que essa não se dava por força maior, ancorada em esbulho, e assim deu provimento ao agravo regimental. Os demais ministros seguiram o entendimento do relator. Com isso, novamente, viu-se uma decisão baseada na teoria do fato indígena, ligada tão somente ao marco temporal, sem levar verdadeiramente em consideração o longo histórico de tradições culturais. Esse julgamento terminou por impedir a demarcação de terra do povo Terena e sua reserva Limão Verde, além de comprometer a situação sem aprofundar na compreensão da verdadeira razão de terem sido retirados de suas terras.

Nesse sentido, o Tribunal decidiu, por votação unânime, dar provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso extraordinário, julgando procedente o pedido a fim de declarar a nulidade do processo de demarcação da Terra Indígena Limão Verde.

O entendimento de Treccani e Alves (2017) para essa situação é o de que sustentar que o esbulho renitente somente poderia ser comprovado caso os indígenas tivessem ajuizado as competentes ações possessórias em defesa de seus territórios, portanto, essa interpretação transfere o ônus que a Constituição havia previsto ser da União para os indígenas.

Como o trabalho elucidou por meio da história do Direito Indígena, esses povos sequer eram civilmente capazes à época e não há sentido algum em afirmar que o esbulho deveria ter sido arguido. Em três casos, os ministros parecem ter preferido a construção de uma lógica formal que garantisse tão somente uma segurança jurídica que permitisse que esses casos fossem resolvidos com facilidade a realmente defender o significado do que está escrito na Constituição

#### 5.1.4 A Atualidade da Discussão.

O entendimento do Direito brasileiro sobre qual seria o fator de relevância na interpretação a respeito do reconhecimento da posse indígena sobre a terra ainda não é claro e pacífico. O Poder Judiciário e o Legislativo têm mobilizações recentes em que buscam chegar a uma definição única.

A complexidade dos casos não permitiu um simples entendimento, muito embora a Constituição seja clara ao reconhecer fatores que remontam a uma historicidade. Não há nada especificamente na Constituição que defina a data de 5 de outubro de 1988 como seu o Marco Temporal, muito menos que a deixe como fator implícito. Em sentido contrário, o texto constitucional menciona claramente o seu reconhecimento à tradição e ancestralidade

A partir desse obstáculo, o legislativo retoma o projeto de Lei 490/2007, que altera o Estatuto do Índio de modo que a demarcação de terras indígenas ficaria à mercê do legislativo, ignorando os procedimentos anteriormente elencados, de modo que as terras somente seriam demarcadas por lei.

Esse projeto é formalmente inconstitucional por pretender modificar atribuições constitucionais por meio de Projeto de Lei, não por emenda Constitucional, como deveria ser. Em seu conteúdo, ele é inconstitucional por desconsiderar as definições de demarcação entendidas pela Constituição e pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, e como de praxe, desconsidera a convenção 169 da OIT por não considerar em momento algum a possibilidade de consulta prévia aos povos indígenas em uma política pública que implica em consequências diretas.

Concomitantemente, ocorria o julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, que trata do reconhecimento de modo que a sua interpretação deve servir de referência para o entendimento do fundamento para a demarcação de terras indígenas no Brasil no que afirma o artigo 231 da Constituição. Visto que por mais que exista em padrão nos julgados anteriores, ainda não há um efeito vinculante atribuído a qualquer decisão sobre o assunto.

O Recurso tem relatoria do Ministro Edson Fachin, que afirma que o reconhecimento à terra indígena não possui uma limitação temporal, ao contrário, a Constituição é propositiva ao defender uma posse tradicional e histórica. Seu voto foi oposto pelo ministro Kassio Nunes Marques, que entendeu que não limitar a demarcação criaria possibilidades infinitas de reconhecimento do direito indígena e criaria uma grande insegurança jurídica.

A Procuradoria Geral da República deu parecer favorável ao reconhecimento da posse originária anterior à Constituição e ao Estado Brasileiro, de modo a reconhecer que o direito indígena teria nascido anteriormente ao Estado Brasileiro. Ao terceiro voto dos ministros do STF, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vistas dos autos e o julgamento segue sem previsão de ser retomado.

## 5.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROPRIEDADE COMUNAL INDÍGENA

Apesar do uso da terminologia singular “propriedade” prevalecer por muito tempo na maior parte dos textos internacionais, a partir de 1969, com a convenção americana de Direitos Humanos, foi que se passou a perceber uma abertura pluralista para a interpretação do conceito. Em seu artigo 21, fala-se em direito aos bens, ainda que o título do artigo seja “Direito à Propriedade Privada”

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei

Nesse caso, a realizou uma interpretação acerca do referido artigo, no qual o termo “propriedade” se refere às coisas materiais apropriáveis, bem como a qualquer direito que possa fazer parte do patrimônio de uma pessoa.

Para Moreira (2017), a adoção de termo bens não se deu por acaso. Alejandra Gonza (2014) complementa afirmando que essa redação permite a elaboração de outros direitos, propiciando caminhos à reivindicação judicial de direitos econômicos, sociais e culturais.

Por essa razão, a Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser compreendida como um marco internacional importantíssimo para a abertura dos sistemas internacionais de Direitos Humanos ao reconhecimento da pluriétnicidade e multiculturalismo que reverberam no reconhecimento da multiplicidade de relações e usos da terra.

Tomando-se uma perspectiva de território de um povo tradicional, o conceito individual e liberal de propriedade moderna jamais traduziu todas as formas de relação do ser humano com a terra. Foi o reconhecimento da realidade pluriétnica e multicultural enquanto realidade global que nos impulsionou paulatinamente a absorver, no contexto do Direito Internacional,

relações diferenciadas com a terra que extrapolam sua compreensão como mero bem econômico.

a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou que para efeito de interpretação do alcance do direito à propriedade perante a evolução do Sistema Interamericano, quando se trata de povos indígenas, deve-se recorrer à Convenção 169 da OIT, invocando o item 1 do artigo 13 do instrumento, o qual declara in verbis:

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 23)

Além disso, a Corte Interamericana vem interpretando o direito à propriedade de acordo com esse dispositivo, conforme se extrai o trecho da coletânea de normas e jurisprudências do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o Direito dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais:

(...) deve ser interpretado e aplicado no contexto de comunidades indígenas com a devida separação pelos princípios que se relacionam com a proteção de formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural e direitos à terra, territórios e recurso. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2004, par. 115)

A partir disso, a Corte entendeu que o ato que formaliza o reconhecimento jurídico da personalidade da comunidade comprova sua existência anterior. Nesse sentido, no momento em que solicitou sua personalidade jurídica e reconhecimento por parte do Estado, devia acreditar que possuía os requisitos para pertencer à comunidade do solo. Por essa razão, a outorga do Estado em relação às terras da comunidade teria o caráter meramente declaratório.

Esse reconhecimento tem como um dos principais marcos a Convenção 169 da OIT que, ao resgatar a visão plural das relações territoriais, inicia uma profunda revisão dos paradigmas reinantes do conceito moderno de propriedade. Ao reconhecer o direito à terra e a obrigação de respeito à sua importância cultural, espiritual, ambiental e coletiva, a Convenção 169 pavimenta o caminho para a incorporação dos territórios tradicionais como Direitos Humanos e como veículos garantidores da função socioambiental da terra, resgatando os múltiplos significados de relação com a terra rompidos pela modernidade.

Na perspectiva de Neves (2016), a composição do conceito de propriedade comunal se ajusta na dinâmica do ativismo dos atores e, por isto, "não é algo hermeticamente fechado.

Trata-se de um instituto que está constantemente em construção, em respeito à sociodiversidade da cultura e da identidade dos povos tradicionais".

Em Rentería (2014), os direitos territoriais incluem:

Direitos de propriedade e posse; Direito de ocupação tradicional; Direito às terras não necessariamente ocupadas; Medidas de identificação dos terrenos; Direito de reivindicar terras; Direitos aos recursos naturais; Direito de transferência, realocação e compensação em algumas circunstâncias; Direito de retorno às terras; Direito às modalidades de transmissão da terra de acordo com a cosmovisão (tradução nossa). (RENTERÍA, 2014, p.144)

Conclui-se que a interpretação dinâmica e evolutiva da Corte significa o reconhecimento dos direitos territoriais aplicáveis aos povos indígenas e tribais de acordo com o que é previsto na Convenção 169 da OIT.

Em Moreira (2017), o direito à propriedade comunal será continuamente considerado na construção jurisprudencial como um direito vinculado à identidade cultural. Logo, mesmo bens que não estão acessíveis ao uso e gozo, tais como os minérios encontrados no subsolo, também compõem o conceito de direito territorial. Esse entendimento é reforçado pela Corte quando reconhece as relações existentes entre o direito à saúde, alimentação e acesso à água limpa como direitos que impactam diretamente os direitos à vida, educação e identidade cultural.

A Corte reconhece que existe uma relação entre os conceitos de “propriedade comunal” e “territórios tradicionais” compreendidos a partir de direitos territoriais que se "estendem sobre a superfície terrestre e sobre seus recursos naturais que estão sobre ela e em seu subsolo" (OAS, 2009, p. 14) de tal modo que "As terras e os recursos naturais que elas se contém confirmam a noção jurídica de 'território'" (OAS, 2009, p. 15).

Para Moreira (2017), é a partir da junção dessas perspectivas que ganha sentido o conteúdo socioambiental atribuído ao artigo 21 do Pacto de San José, direcionando-o à salvaguarda de povos e comunidades tradicionais a partir da proteção do direito ao desenvolvimento alinhado com a doutrina do direito ao projeto de vida. O conteúdo desse direito se referiria ao direito de cada pessoa em eleger o seu próprio destino, porém, a Corte dá uma dimensão coletiva atrelada a uma perspectiva de “projeto de vida comunitário”.

Percebe-se também que a corte já não utiliza mais a ideia de um desenvolvimento com um simples crescimento econômico, adequando-se ao desenvolvimento que considera a convivência harmônica de uma pluralidade de etnias, que seria o etnodesenvolvimento.

Para Moreira (2017) a Corte dá valor à posse coletiva intrínseca aos territórios tradicionais e o reconhecimento de sua "significação coletiva", cujo elemento principal tem

sentido e proteção por estar centrado no grupo e não no indivíduo, em um distanciamento com o conceito de propriedade moderna, impondo-lhe inclusive, condições de existência e funcionalidades baseadas em conceitos socioambientais. Há não somente o reconhecimento de um direito à propriedade comunal, mas, também, a consolidação de sua função socioambiental.

Nesse sentido, a construção jurisprudencial interamericana consolida o reconhecimento dos efeitos da posse tradicional afirmando que eles são equivalentes aos títulos de domínio pleno concedidos pelo Estado, dos quais decorrem prerrogativas como o direito de exigir a efetiva titulação oficial e gerar obrigações positivas ao Estado, tais como a obrigação de delimitação, demarcação e titulação dos territórios coletivos, o dever de assegurar um recurso efetivo para a garantia desse direito assim como a qualificação dos processos de titulação como processos que devem obedecer ao princípio do devido processo legal, inclusive quanto à razoabilidade do prazo de sua duração.

Na interpretação de Shiraishi (2006), a ação da Corte Interamericana se aproxima da necessidade de repensar os modelos jurídicos a partir das "novas situações" vivenciadas por coletividades como povos e comunidades tradicionais cuja demanda é pela garantia de "existência enquanto coletivo diferenciado, que não pode ser representado na simples soma dos indivíduos. Tem-se a impossibilidade de dissociar os indivíduos, uns dos outros, pois a existência de um está condicionada à do outro".

Portanto, tem-se o entendimento de que "afirmação de práticas jurídicas intrínsecas a povos e comunidades tradicionais, enquanto instrumentos de interlocução com o poder político" (ALMEIDA, 2006, p. 07). Esses povos pedem "o livre acesso aos recursos naturais, a garantia de que os recursos básicos permaneçam abertos e o reconhecimento das diferentes modalidades de apropriação, manejo" (ALMEIDA, 2006, p. 07).

Para Moreira (2017) é justamente esse fator que se observa nas decisões da Corte que reconhece a existência de "práticas jurídicas" já consolidadas entre povos e comunidades tradicionais em suas relações territoriais que, por si, já exigem do Estado reconhecimento e adoção de medidas destinadas à sua garantia.

Para Moreira (2017) complementa afirmando que a firme posição da Corte quanto ao entendimento de que a existência de títulos privados e, mesmo, a alegação de produtividade da propriedade privada não pode se servir de argumento para deixar de assegurar direitos territoriais coletivos; fortalece, sob outra ótica, a obrigação de observância da função socioambiental imposta à propriedade particular. Isto é, a função socioambiental tanto desenha o conceito de propriedade comunal, no sentido de território coletivo, quanto impõe à propriedade moderna condicionantes, sem as quais ela perde o seu sentido e deixa de existir.

Nesse sentido, a aferição da função social é instrumento que não apenas reconhece direitos, como também os condiciona. O reconhecimento do direito de propriedade como direito humano só pode ter lugar quando observado o cumprimento de seus requisitos enquanto garantia da liberdade humana, como afirma Comparato (2013):

Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação (COMPARATO, 2013, p. 5)

Sobre a função social da propriedade, Comparato (2013) afirma que o conteúdo ligado a uma função social da propriedade reconhece a adequada utilização dos bens em proveito da coletividade" (p. 06). Na linha de pensamento formulada pelo autor, a imposição do cumprimento da função social, enfatiza-se o fator socioambiental, resulta na compreensão do direito de propriedade como um "direito-meio e não um direito-fim", de tal sorte que "a propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais" (p. 09).

Na interpretação de Moreira (2017), a função socioambiental propicia a proteção dos territórios tradicionais em, pelo menos, duas dimensões, quais sejam: a imposição de limites a direitos de propriedades particulares que os ameacem; e ao reconhecimento do direito à garantia da propriedade comunal.

É por essa razão que o direito humano é a função social da propriedade e não a propriedade em si, mas é preciso compreendê-la a partir dos liames aqui traçados que recolhem, na função socioambiental da terra, seu conteúdo mais verdadeiro, em seus aspectos ambientais, culturais, sociais, espirituais, dentre tantos outros. Eles não são elementos que se enfileiram um ao lado do outro, mas, sim, elementos que se interligam e revelam interdependências.

Santilli (2005) recorda que a função socioambiental não é elemento externo ao direito de propriedade, isto é, não se trata de mera limitação ao direito de propriedade; trata-se, outrossim, de elemento que compõe a própria estrutura deste direito em sua visão mais do que uma limitação ou restrição ao direito de propriedade, trata-se, na verdade, de uma modificação da sua própria estrutura, que lhe imprime um novo conteúdo normativo", que seriam determinados pelos pressupostos constitucionais. Em sua percepção, trata-se de um princípio orientador não apenas do Direito Ambiental, mas, sim, de todo o sistema constitucional que irradia os seus efeitos sobre diversos institutos jurídicos.

Na jurisprudência da Corte Interamericana, o direito de retorno aos territórios sob quais tenha ocorrido perda ou privação decorrentes de despojos por terceiros ou pelo próprio Estado é abordado sob a terminologia do direito de recuperação, o qual é um direito remanescente no tempo sempre que a tenha se dado involuntariamente e que este retorno seja possível, e, sobretudo que estas terras ainda existam; caso contrário, remanesce o direito a obter as alternativas de mesma extensão e qualidade.

É importante ressaltar que, de acordo com a jurisprudência, o direito de recuperação das terras persiste mesmo perante a descontinuidade da posse e à ausência de titulação formal. Existe, todavia, a ressalva nas decisões sobre a impossibilidade fundamentada de retorno, situação em que a corte lamentavelmente prevê a mitigação deste direito, remetendo à destinação de outras terras e o direito à indenização.

De toda sorte, o tema das terras alternativas é tratado fora do âmbito de discricionariedade do Estado, no que diz respeito à escolha ou entrega dessas terras, procedimento no qual deve observar a escolha em consenso com os povos interessados, aplicando-se a consulta prévia e o respeito às suas tradições e ao seu Direito costumeiro, bem como a permanência da obrigação de pagamento de indenização e vinculação à garantia de que essas terras sejam suficientes para a manutenção dos seus modos de vida tradicional.

O direito de recuperação não se submete a prazos para sua reivindicação, isso é, trata-se de um direito imprescritível ao qual não se aplicam limites temporais; sua única condição é a permanência das bases espirituais e materiais das relações com o território, enquanto esta relação persista, o direito de recuperação existe. O direito prevalente, segundo a jurisprudência da Corte, é sempre o retorno ao território especificamente reclamado, devendo ser assegurado o cumprimento, pelo Estado, da obrigação de apoio ao retorno, por intermédio de programas específicos, como por exemplo, políticas públicas que garantam programas de moradia digna.

O tema do direito de recuperação atinge, em especial, os deslocados internos que foram reiteradamente tema de apreciação da Corte em suas sentenças, nas quais, por mais de uma vez, afirmou que os deslocamentos internos são um "problema de direitos humanos" que sujeita os povos e comunidades tradicionais à vulnerabilidade e geram sequelas no "tecido étnico e cultural". A vulnerabilidade é considerada uma "desproteção de fato" que faz nascer, para os Estados, obrigações positivas do desenvolvimento de medidas especiais para o seu tratamento.

Nesse sentido, os deslocados internos são compreendidos pela Corte em sentido próximo ao conceito de desenraizados, no sentido de afetados na dinâmica de desterritorialidade na qual se "aniquila o ser humano na sua capacidade de luta (inércia da alma) diante da opressão". Aumenta-se a possibilidade de povos inteiros deixarem de se reconhecer.

Moreira (2017) destaca a relevância do instrumento diante do direito aos recursos naturais das terras tradicionais, abrangendo a participação dos povos em sua utilização, administração e conservação. Outrossim, no caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios e dos recursos do subsolo, ou no caso de o Estado ter direito sobre outros recursos encontrados nessas terras, há a necessidade de esse Estado consultar os povos interessados, para que possa ser determinado se os seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de realizar qualquer tipo de projeto de exploração da região, conforme consta no artigo 15.2. da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Acrescente-se o entendimento de Rodolfo Stavenhagen (1998), ao expor o debate acerca dos direitos humanos voltado à proteção dos povos indígenas, aduzindo que há uma visão clássica e liberal de que os direitos humanos constituem somente os direitos individuais de toda a pessoa humana. Em contraponto e em progressão ao sentido coletivo, o autor aponta outra visão, na qual acredita na proteção dos povos indígenas a ultrapassar a esfera dos direitos individuais, em virtude de esses povos possuírem características coletivas peculiares, provenientes de uma histórica opressão, negação, discriminação e exclusão.

A reivindicação territorial dos povos indígenas atravessa duas dimensões: o espaço e os processos. A primeira dimensão expressa-se na demanda pelo uso, gozo e manejo dos recursos naturais; a segunda na reivindicação do controle sobre os processos de ordem política, econômica, social e cultural para assegurar a reprodução e continuidade material e cultural do grupo, de forma que sejam efetuados conforme as normas próprias dos povos indígenas. O território apresenta-se então como um sistema de recursos e um espaço jurisdicional onde se exercem direitos coletivos cujo titular é o povo indígena (COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE, 2015, p. 52)

Assim, o direito fundamental dos povos indígenas à terra constitui elemento de sua identidade, fundando-se, conceitualmente, no direito à propriedade, bem-estar físico e integridade cultural reconhecidos a todo ser humano. O direito à propriedade, voltado especificamente aos povos indígenas, é fundamentado nos princípios da igualdade e da não discriminação.

Em Moreira (2017), a interpretação evolutiva da Corte permitiu uma adequação do mero direito de propriedade no movimento jurisprudencial aqui tratado, neste ponto que se percebe a afirmação de direitos territoriais coletivos, ou, mais precisamente, direitos de territorialidade, aqui compreendidos como direitos que não se restringem à delimitação de um pedaço de terra, mas, sim, que se reportam à compreensão de significados mais amplos do território em aproximação ao direito de territorialidade que está presente nas sucessivas sentenças que têm delineado o desenho jurídico do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja

intervenção interpretativa da Convenção 169 da OIT lhe proporciona o desenvolvimento do conceito.

Em Ferreira Júnior e Bentes (2019), o desenvolvimento do conceito de normas *jus cogens* levou à defesa da existência de uma “ordem pública internacional” já mencionada nos projetos apresentados à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI). Tal ordem é constituída por normas dispositivas de livre negociação, e imperativas, que se impõem sobre todas as vontades. As últimas são as normas *jus cogens*, que, pela sua natureza e conteúdo, devem ser consideradas como fundamentais e como mais importantes em relação às demais normas.

Para Ferreira Júnior e Bentes (2019), a Convenção de Viena de 1969 e de 1986, o *jus cogens* é a Ordem Pública do Direito Internacional, apesar de existirem normas convencionais imperativas, normas inderrogáveis, indisponíveis ou as normas *jus dispositivum*, mas que não fazem parte do *jus cogens*, pois somente o fazem as normas costumeiras cuja imperatividade for derivada de considerações de Ordem Pública.

Diante deste entendimento, é compreensível que a evolução sobre a interpretação do direito à propriedade dos povos indígenas tenha sofrido grande resignificação ao longo do período de conquistas jurídico-sociais. Desde os debates entre o direito natural e a existência de um direito positivado que não se circunscreve a um ordenamento jurídico interno, em meio às mudanças históricas, sociais, econômicas e culturais dos indígenas americanos, até à criação de instrumentos declaratórios e normativos, influenciando os ordenamentos jurídicos internos a desenvolverem mecanismos jurídicos de proteção aos povos indígenas, percebe-se a importância do reconhecimento do direito à propriedade desses povos e de sua relação com a terra.

Para tanto, deve-se mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que cria um sistema de normas universais a partir do consentimento dos países signatários, de modo que acrescenta alguns elementos utilizados pelos povos indígenas para a fundamentação de seus direitos.

O primeiro tem como premissa a necessidade de ampliar a proteção gerada pelos direitos individuais – os princípios de igualdade e não-discriminação, por exemplo – para abrigar grupos ou comunidades de pessoas – coletividades – e considerá-las em conjunto como sujeitos de direito, e assim tratar de aspectos como de propriedade coletiva da terra. (URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, p. 203).

Portanto, para Ferreira Júnior e Bentes (2019), a propriedade comunal indígena teria o caráter *jus cogens*.

A aprovação da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, em junho de 2016, aponta na direção da consolidação dos direitos territoriais coletivos a partir da visão plural que se deve ter. Ao afirmar o reconhecimento das múltiplas 'formas tradicionais de propriedade' e o 'direito a terras, territórios e recursos', a Declaração indica a busca de compatibilização de seu texto à jurisprudência interamericana, assegurando o direito ao reconhecimento das modalidades e formas diversas e particulares não apenas de propriedade, mas, também, de posse ou domínio de terras, territórios e recursos. Amplia-se a perspectiva sobre a propriedade individual para que se chegue a um conceito de possibilidade de uma propriedade comunal.

### **5.2.1 Caso Povo Kichwa de Sarayaku v. Equador**

Parte-se nesse ponto a análise de casos específicos e reiterados em que a Corte aplica o entendimento de sua interpretação evolutiva, primeiramente, toma-se o caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, que é definitivamente um dos pontos de referência para a consolidação do direito à consulta prévia previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho para os Povos Indígenas e Tribais.

O caso foi sentenciado pela Corte em 27 de junho de 2012 e traz a demanda do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, de nacionalidade Kichwa da Amazônia equatoriana, que são formados por dois povos que compartilham da mesma tradição linguística e cultural: o Povo Napo-Kichwa e o Povo Kichwa de Pastaza, organizados politicamente através de assembleia comunitária, localizando-se na região do Equador Amazônico nas margens do rio Bobonaza, um território de difícil acesso, mas com terras adjudicadas pelo Estado em 1992, onde vivem de acordo com seus costumes e tradições.

A sentença especifica que o território Kichwa de Sarayaku é um dos mais populosos do País, com 1.200 habitantes, e Moreira (2017) pontua que seu território é considerado como um dos que possuem a maior biodiversidade do mundo. Os Sarayaku desenvolveram atividades como "agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales" (§ 54) e 90% de suas necessidades alimentícias são satisfeitas por sua própria produção. O povo possui organização social e política autônomas orientadas por sua tradição e costumes.

De acordo com sua visão de mundo, o seu território possui uma enorme pluralidade de significados: "la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (supay), que se

encuentran conectados entre si y cuya presencia sacraliza los lugares. Únicamente los Yachaks Pueden acceder a ciertos espacios sagrados e interactuar con sus habitantes" (§ 57)

Neves (2017) detalha que o Estado do Equador, com interesse de intensificar a atividade hidrocarborífera, assinou, em 1996, um contrato de participação com a empresa argentina Compañía General de Combustibles (CGC) para exploração de hidrocarbonetos e extração de petróleo cru, cedendo um espaço territorial para esse fim. O problema seria que, como o espaço concedido correspondia a 65% do território ancestral e legal dos Sarayaku, determinou o Estado, como obrigações contratuais à empresa: (a) a obrigação de obter de terceiros qualquer permissão ou direito de passagem ou servidão que se fizesse necessário para chegar à área do contrato; (b) a elaboração de um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e um plano de manejo ambiental nos seis primeiros meses; e (c) a realização de todos os esforços para preservar o equilíbrio existente na área de exploração do bloco adjudicado.

Desse modo, após um ano da assinatura do contrato, o Estudo de Impacto Ambiental foi aprovado, mas na prática não foi implantado e em, 2000, quatro anos após a assinatura do contrato, iniciam-se as negociações da CGC para que entrasse no território Sarayaku, sem respeitar sua organização política e a autoridade da assembleia comunitária, ao passo que tentavam obter a concessão individualmente, que, diante da resistência do Povo Indígena, restou-se falido o motivo que ensejou a assinatura de um convênio de cooperação de segurança militar entre a CGC, o Estado do Equador e as Forças Armadas que adentraram no território Sarayaku, tentando obter à força a permissão para a entrada da CGC.

Neves (2017) destaca que Associação dos Sarayaku apresentaram uma comunicação perante o Ministério de Minas e Energia, uma queixa perante a defensoria pública equatoriana, um mandado de segurança no judiciário e se reuniram com lideranças estatais em Quito com o intuito de obter a imediata saída das forças armadas.

Conforme constam nos autos, os Sarayaku sobrevivem da agricultura familiar coletiva, da caça, da pesca e da colheita em seu território, de acordo com as tradições e costumes ancestrais.

Contudo, diante da negativa citada anteriormente, a associação resolve declarar "Estado de Emergência" no território, paralisa todas as atividades da comunidade para que os membros, exceto os que não sabiam andar e os que estivessem muito doentes, pudessem adentrar a mata e exercer uma tarefa de vigilância para proteger todo o seu território, em especial, suas fronteiras, e permaneceram por meses nessas condições.

Por insatisfação, a CGC, com todo o apoio do Estado equatoriano e em 2003, plantou 467 poços com explosivo "pentolite" no território Sarayaku, ocasionando na destruição de parte

do seu território sagrado. Nesse ano, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que no ano seguinte concedeu o pedido de Medidas Provisórias, emitido pela Corte Interamericana, para que houvesse a imediata retirada dos explosivos no território indígena, que somente teve parte dos explosivos retirados em 2009.

Esse fato obrigou a CGC a retomar, mais uma vez, suas atividades; o que fez com que a Comissão levasse o caso à Corte em 2010, que terminou em condenação ao Estado do Equador em 2012 em uma sentença bastante inovadora no sentido da defesa dos direitos territoriais indígenas.

Nesse sentido, Neves (2017) opina que a Corte confirmou um novo e importante padrão de aplicação da Convenção 169 da OIT, afirmando que, mesmo que os projetos tenham sido autorizados antes da entrada em vigor da Convenção, o direito de consulta prévia é exigível. Reconhece-se também o caráter histórico e atemporal da Convenção.

Em Moreira (2017), a decisão aprofunda também a forte conexão entre direitos territoriais e direitos ambientais, formulando assertivas de reiteração de direitos socioambientais. Esse pensamento se torna claro no trecho em que se lê: “És decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio (§ 146)” ou, ainda, quando afirma que "la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de a necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida" (§ 146)

A decisão deixa claro o reconhecimento de que existe a obrigação estatal de realização de "procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas" (§ 165). Moreira (2017) aponta que, faz-se interessante observar que a obrigação é estabelecida na sentença como uma obrigação perante "Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales", deixando evidente o reconhecimento amplo dos sujeitos que são o objeto do reconhecimento desse direito.

Para Moreira (2017), esse reconhecimento tem como consequência uma obrigação de estruturar as instâncias estatais com o objetivo de assegurar este direito, devendo este processo ocorrer desde as primeiras etapas de planejamento para que seja realmente possível participar e influenciar na tomada de decisão.

Moreira (2017) entende que é extremamente importante mostrar a necessidade da consulta prévia com os padrões estabelecidos pela Corte em sua sentença, pois, segundo, sua apreciação: o Estado tem o dever de consultar ativamente e de maneira informada; segundo

seus costumes e tradições; em uma comunicação constante entre as partes; as consultas devem realizar-se de boa fé; observando procedimentos culturalmente adequados; objetivando chegar a um acordo; a consulta deve ser dar nas primeiras etapas do projeto; com conhecimento suficiente dos benefícios e riscos; deve ter em conta os métodos tradicionais de tomada de decisão. Ressaltando que o descumprimento da obrigação ou sua realização sem a observância desses aspectos desencadeia a responsabilidade internacional dos Estados.

Destaca-se a importância que a decisão dá à consulta como responsabilidade estatal:

La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta (§ 187).

Aliás, a Corte condena expressamente a hipótese de delegação da consulta prévia pelo Estado a uma empresa privada, estabelecendo que, no caso concreto, a delegação efetivada resultou na violação do princípio da boa fé "y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera" (§ 199).

Portanto, a atitude de não compor um diálogo genuíno em busca de um acordo descaracteriza a boa fé exigida na consulta prévia. A delegação a uma empresa privada da obrigação de obtenção da consulta prévia foi declarada pela Corte como inapropriada e todos os atos de delegação considerados como atos que: "no pueden ser entendidos como una consulta adecuada e accesible (§ 203).

Sobre a alegada violação dos direitos de circulação e residência, a Corte entendeu que estes precisariam ser analisados a partir das considerações do direito à propriedade comunal e consulta prévia, ocorrendo o mesmo em relação aos direitos de liberdade de pensamento, expressão, direitos políticos e econômicos, sociais e culturais.

El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado (§ 232).

Logo, a grande violação do Estado equatoriano reside no fato de que o empreendimento foi realizado sem qualquer participação dessa comunidade, sendo todas as violações consequências de não existir essa participação. Ressaltando-se que o Estado equatoriano já havia ratificado a Convenção 169 da OIT desde 1998.

Neves (2017) aponta que diferentemente das outras sentenças da Corte, quanto ao mérito esta sentença não traz os artigos da Convenção Americana violados, e sim, os direitos. Tal observação se faz importante, pois é nesse caso que a Corte vai sedimentar o direito à consulta a partir da intersecção com outros direitos previstos na Convenção, em especial, do direito ao território. Estratégia utilizada diante da não previsão deste direito na Convenção.

Foram determinadas medidas tanto de extração de explosivos, quanto de reflorestamento das áreas degradadas, reiterando que, em atividades que envolvam exploração, extração de recursos naturais, planos de investimentos ou de desenvolvimento de qualquer natureza que afetem o território tradicional ou os aspectos essenciais de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales", a consulta prévia deve ter lugar e deve se dar de forma prévia, adequada e efetiva, observando os padrões internacionais, além de estudos de impacto ambiental. Foi reiterada a obrigação de adotar medidas internas para absorver internamente a consulta prévia, assim como de evitar qualquer objeção que possa existir à consulta.

Nesse sentido, passa a Corte a discorrer acerca do mérito do direito ao território. Mais especificamente, à propriedade comunal indígena, de modo que a convenção americana protege a estreita vinculação que os povos indígenas com suas terras, porque reconhece que entre os povos indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva. Como dito anteriormente, uma nova forma de visão da propriedade.

Essa proteção passou a ser a garantia de que essas comunidades possam continuar vivendo de acordo com seu modo de vida tradicional, sua identidade cultural e estrutura social", e que há uma relação especial do Povo Sarayaku com o seu território. A Corte chegou a essa conclusão com base em seus próprios precedentes, o que reforça uma coerência de sua interpretação a favor da defesa da tradição e da historicidade dos povos indígenas. Além de tudo, esse caso em específico se diferencia por a Corte consolidar o reconhecimento ao direito à identidade cultural.

De acordo com a corte, o entendimento de que a identidade cultural é um direito decorre da leitura da Convenção 169 da OIT sobre povos Indígenas e Tribais e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A Corte entende que o direito à identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado em uma sociedade plural, multiculturalista e democrática.

### 5.2.2 O Caso Yakye Axa vs. Paraguai

O Caso Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai foi apreciado em 2005 diz respeito ao despojo de terras sofrido pelo povo Enxet de Yakye Axa, que os levou a viver à margem de uma rodovia, com cerca de 28 a 57 famílias, forçando o restante a se misturar em aldeias da região.

Conforme Batista (2017), no final do século XIX, grandes extensões de terra dos Chacos Paraguaio foram vendidas a empresários britânicos, que começaram a instalar na região várias missões da igreja anglicana, e os povos nativos da região serviram como mão-de-obra nessas instâncias. No início do ano de 1986, os membros da comunidade indígena Yakye Axa foram transferidos para um outro pedaço de terra, devido às más condições em que viviam nas fazendas de gado. A mudança, entretanto, somente piorou a qualidade de vida dos membros da comunidade.

A demanda foi apresentada sob a alegação de que o Estado não garantiu o direito de propriedade ancestral da comunidade e seus membros e visto que, desde 1993, estariam pleiteando esse direito internamente nas cortes de justiça do Paraguai sem respostas efetivas, esgotando as possibilidades de recursos.

Em relatório, a Comissão Americana de Direitos Humanos afirmou que a necessidade de análise do caso se deve “À las graves condiciones de vida que tenían (...) no recibían sueldos o estos eran muy bajos, las mujeres eran explotadas sexualmente por obreros paraguayos y no contaban con servicios de salud ni alimentación” suficientes. Fato que necessitava de julgamento especial pela Corte.

A alegação foi de que a impossibilidade de ter acesso ao território e aos recursos naturais, tais como água, animais para caça e plantas da flora, levou a comunidade e seus membros a um grave estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária com graves ameaças à sobrevivência e integridade da comunidade, conforme constam nos autos.

Bentes e Lima (2019) trazem a ideia de que como agravante, a comunidade Yakye Axa foi retirada da região em que conviveu por séculos e essa retirada contribuiu para sua marginalização e o impedimento de celebrações culturais e familiares. Um exemplo concreto de desestabilidade é o fato de que na atual área para onde foram remanejados, há a proibição do cultivo de hortifrúti, o que os obriga a realizarem longas viagens para obter o seu sustento natural.

Outro grande exemplo de precariedade elencado pela comissão interamericana se deu pelo dano irreversível feito às particularidades culturais desses povos nativos. Isso ocorre

porque nativos idosos passaram a se dispersar, ter a saúde debilitada e eventualmente falecer. Afetou-se a transmissão da tradição oral indígena, causando danos ao seu direito de preservação cultural.

Nesse caso em específico, é de grande importância a consideração da relação dos indígenas com o território, compreendida a partir de fatores espirituais, culturais, sociais, mas, também, por uma profunda relação com a natureza. Moreira (2017) deixa claro que essa relação foi enfatizada por um dos peritos ouvidos em juízo, que afirmou que ela se constituía com a ideia de “vivir con la naturaleza”. Em contraste às decisões brasileiras, a Corte tomou como bem relevante a consulta à perícia para a motivação e fundamentação da decisão.

O centro da análise desse trabalho se dá pela sua interpretação do Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, combinado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. A Corte interpretou o direito de propriedade privada, tratado no art. 21, considerando o significado especial da propriedade comunal de suas terras ancestrais para os povos indígenas, inclusive com o intuito de preservar a sua identidade cultural e transmiti-la às gerações futuras.

Ao apreciar o caso, a Corte interpreta a Convenção como um instrumento vivo "cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales" (§ 125), tomando como base a já mencionada e elaborada interpretação evolutiva do art. 21 referente ao direito à propriedade privada. Prossegue, ainda, afirmando a importância da Convenção 169 da OIT como um instrumento útil e apropriado para interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a corte entendeu que esses critérios permitem a definição da "estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras" (§ 131).

Bentes e Lima (2019) complementam em sentido que a memória histórica é um fator fundamental para se decidir sobre a violação do direito à propriedade. Dentro da região antes ocupada, existiam lugares sagrados e com nomes tradicionais indígenas. Logo, a ligação do povo indígena com a terra possui também um enorme componente do fator de religiosidade desses povos.

Sobre o conflito entre a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular, a Corte afirmou que os direitos relativos àquela não devem ser restringidos deliberadamente e que, a princípio, estes direitos vigoram, aceitando-se excepcionalmente restrições desde que pautadas em parâmetros admissíveis, sendo esses: "a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse

con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática" (§ 144). Nesse sentido, a sentença volta a mencionar o art. 21.1 ressaltando que:

La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido (§ 145).

Esses seriam os padrões a serem aplicados perante conflitos entre a propriedade privada e a propriedade comunal, de acordo com as particularidades de cada caso concreto. Esse conjunto foi ampliado pela Corte com a inserção das condicionantes relativas à consulta prévia e participação nos benefícios e Estudos de Impactos Sociais e Ambientais.

A Corte afirma, também, que ao realizar a análise desse tipo de conflito, incumbe aos Estados levar em consideração o sentido amplo tão enfatizado neste trabalho sobre fatos relativos ao direito coletivo à territorialidade para os povos indígenas, sempre com relação aos direitos coletivos de sobrevivência e reprodução cultural, no sentido de que a propriedade sobre a terra garante aos membros das comunidades indígenas a conservação de seu patrimônio histórico-cultural.

A Corte chega à conclusão que o desrespeito ao direito das comunidades sobre seus territórios afeta direitos básicos, como por exemplo o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros, como visto no parágrafo 147 da decisão.

Importante observar que a Corte ainda ressalta, ainda, que, em alguns momentos, é necessário restringir direitos sobre a propriedade privada particular, de modo que ela somente esteja sendo propriedade privada com a condicionante de que cumpra o objetivo de garantir o "objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención" (§ 148) e que a proporcionalidade advém do pagamento de uma indenização justa aos afetados.

Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida" (§ 146).

A Comissão entendeu pela violação ao direito à vida como uma consequência imediata da negativa do direito ao território ancestral, relacionando-o com a limitação ao direito de subsistência tradicional, fato que teve como resultado a morte de pelo menos dezesseis pessoas.

Para a Corte, as condições em que vivia a comunidade eram de extrema miséria, o que era consequência direta da falta de terra e de acesso a recursos naturais, fato produzido por que deu causa ao processo. Assim como a precariedade do assentamento temporário para onde foram remanejados e a obrigação de permanecerem no aguardo da boa vontade do julgamento que tratava sobre sua reivindicação de terras. Portanto, a demora no resultado do julgamento influenciava nas condições da comunidade.

Moreira (2017) reforça que a corte considerou a existência de relações intrínsecas entre o direito à saúde, a alimentação e acesso à água limpa, ressaltando seus impactos no direito à vida digna, educação e identidade cultural. Na mesma medida, reconheceu que tal situação violou o direito dos membros da comunidade por deixar de adotar medidas para evitar as situações de ameaça às suas vidas, direito este assegurado no artigo 4.1 porém, entendeu não existirem provas suficientes sobre a relação de tais fatos com a morte de 16 pessoas — ocorrida ao longo dos anos.

A Corte declarou a violação do artigo 4.1, combinado ao 1.1., artigos 21, 8 e 25, relacionados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelecendo como beneficiários das reparações impostas os membros da comunidade individualizados em listagem apresentada, reconhecendo, todavia, a comunidade como beneficiária das medidas de reparação. Portanto, foi estabelecida a reparação por danos materiais e imateriais como obrigações impostas ao Estado.

Destaca-se a afirmação de que toda privação ao gozo e exercício dos direitos territoriais teria como consequência "menos cabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones" (§ 203). O caso consolida o entendimento de que em casos em que os povos indígenas tenham compulsoriamente perdido o seu direito à territorialidade, o Estado tem a obrigação pela garantia do direito a uma vida digna.

Foram estabelecidas medidas de satisfação como consequência do declarado, caráter coletivo dos danos ocasionados, determinando a identificação e entrega do território tradicional, tomando como importante referência os valores, usos, costumes e o direito consuetudinário desse povo.

A Corte pondera sobre a possibilidade de não ser mais possível a entrega do território ancestral reivindicado, hipótese na qual devem ser apresentados os motivos que levam a esta impossibilidade de forma fundamentada, fato que conduzirá à entrega de terras alternativas, de modo que a comunidade deverá participar ativamente para a escolha, respeitando-se os procedimentos de consulta e tomada de decisão, observando-se, ainda, que as terras sejam suficientes para garantir a manutenção dos modos de vida tradicional.

Portanto, a Corte determinou a identificação e entrega do território coletivo, o atendimento imediato de bens e serviços necessários à subsistência, criação de um fundo para a aquisição de terras, criação de um fundo de desenvolvimento comunitário, adoção de medidas destinadas a garantir o "direito de propriedade dos membros dos povos indígenas", realização de ato público de reconhecimento de responsabilidade, publicação da sentença, pagamento por danos materiais e morais sofridos.

Em suas conclusões, a Corte reforça a responsabilidade do Estado por violação dos direitos à consulta prévia, à propriedade comunal indígena e à identidade cultural, considerados conjuntamente como aspectos interligados, numa apreciação bastante avançada do conteúdo do art. 21. Também de forma articulada, considerou os direitos à vida, integridade pessoal e à propriedade comunal violados em razão da colocação de explosivos no território tradicional.

Moreira (2017) complementa que em 2006 foi publicada a interpretação da sentença de 2005. O pedido de interpretação foi apresentado pelos representantes das vítimas em relação a dois pontos: não teria ficado claro se o Estado deveria identificar o território e restituí-lo ou simplesmente restituí-lo; o outro seria a forma de operar da obrigação de criação de um fundo para a aquisição destas terras, pois o prazo para criação do fundo seria incompatível com o prazo para demarcação dos territórios, pelo que a Corte manifestou-se no sentido de que a obrigação de identificação do território tradicional é do Estado — que tem a obrigação de fazê-lo levando em conta os valores, usos, costumes e direito consuetudinário, priorizando-se a entrega do território pleiteado e somente perante a impossibilidade de fazê-lo teria lugar a entrega de terras alternativas.

Em seu voto, o julgador Cançado Trindade se manifestou com o entendimento de que a devolução de terras é uma questão de sobrevivência da identidade cultural dos membros da comunidade e somente com essa perspectiva poderá ser protegido o seu direito à vida, aqui em um sentido bem mais amplo do que o convencional, passando a levar em consideração a perspectiva de identidade cultural.

Portanto, é mais um caso que reforça o entendimento de que a interpretação de fatores histórico-culturais é fundamental para entender e reconhecer o direito indígena à

territorialidade. Mostrando novamente que há um padrão da Corte sobre sua perspectiva do direito à propriedade comunal indígena.

### 5.3 A PROPRIEDADE COMUNAL INDÍGENA APLICADA AO BRASIL: CASO BRASIL X POVO XUCURU

O Povo Indígena Xucuru possui documentação histórica que o reconhece como habitante desde o século XVI na região onde hoje é o estado de Pernambuco. Documentos presentes nos autos do caso descrevem que as áreas ocupadas por esse povo remontam ao período do século XVIII, a exemplo do Povo Indígena Xucuru de Ororubá, que é constituído por 2.354 famílias, que vivem em mais de 2.265 casas. Os dados do processo apontam que dentro do território Xucuru existem 7.726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades, em uma área de 27.555 hectares.

Esse povo conta com uma organização política autônoma e com estruturas de poder, como uma Assembleia própria, com o seu Cacique e o Vice-Cacique, o Conselho Indígena de Saúde de Ororubá, uma comissão interna para resolução de problemas entre a comunidade, um conselho de líderes e um pajé (líder espiritual da comunidade e dos líderes do Povo) entre outras possibilidades.

Desde 1996, há um regulamento acerca do processo administrativo de demarcação e titulação de terras indígenas, realizado por meio do Decreto nº 1.775 e pela Portaria do Ministério da Justiça nº 14/96. Como destacado anteriormente por este trabalho, o processo de demarcação é constituído de cinco etapas, ocorrendo por iniciativa e sob orientação da FUNAI, mas o ato administrativo final de demarcação é atribuição de competência exclusiva da Presidência da República.

O processo administrativo se inicia quando a FUNAI tem conhecimento de uma terra indígena que deve ser demarcada, ou a pedido dos próprios indígenas e suas organizações ou de Organizações Não Governamentais. Uma vez conhecidos os pedidos e a urgência da demarcação, a administração pública detém o poder discricionário de decidir iniciar o processo.

Após a promulgação do Decreto nº 1.775/96, foram introduzidas mudanças no processo administrativo de demarcação e de interposição de ações judiciais por seu direito à propriedade e de solicitar indenizações. Como citado anteriormente neste trabalho.

Aproximadamente 270 objeções contra o processo demarcatório foram interpostas por pessoas interessadas, inclusive pessoas jurídicas, como por exemplo, o município de Pesqueira.

Em 10 de junho de 1996, o Ministro da Justiça declarou todas essas objeções improcedentes, por meio do Despacho de número 3.

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

O relatório deixa claro que Cacique Xicão, chefe do Povo Indígena Xucuru, foi assassinado em 21 de maio de 1998. O inquérito determinou que o autor do homicídio foi o fazendeiro José Cordeiro de Santana, conhecido como “Zé de Riva”, um ocupante não indígena do território indígena Xucuru. Após incidentes ocorridos com o acusado e pessoas relacionadas à ocupação das terras indígenas, o processo foi redistribuído à 16ª Vara Federal de Pernambuco e, em novembro de 2004, o Tribunal do Júri condenou Rivaldo Cavalcanti, contratado por José Cordeiro de Siqueira – portanto, autor material do crime – a 19 anos de prisão. O senhor Cavalcanti foi assassinado enquanto cumpria pena no centro penitenciário, em 2006.

Ressalta-se que, em 20 março de 2003, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) criou uma comissão especial com o objetivo de acompanhar a investigação de tentativa de homicídio contra o Cacique Marquinhos e aos seus fatos conexos. Ao final, houve a inclusão do cacique no Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos de Pernambuco, em 2008.

Diante desse contexto, a Corte se pronunciou em defesa do dever de proteção à propriedade, que emana do artigo 21 da Convenção Americana, bem como à Convenção 169 da OIT e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em face da obrigação dos Estados em cumprirem o que está disposto na Convenção. Portanto, aplicou-se a já exemplificada interpretação evolutiva do direito de propriedade ao estado brasileiro, com a intenção de reconhecer a propriedade comunal.

A Corte deixa claro em sua decisão que as obrigações postas no artigo 1.1 da Convenção Americana implicam o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e todas as estruturas do poder público de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Ferreira Júnior e Bentes (2019) afirmam que essas obrigações se manifestam de diferentes formas, como por exemplo, assegurar a igualdade e a não discriminação fato e de direito não exige do Estado os mesmos atos praticados para assegurar o livre uso e gozo da propriedade privada ou, como neste caso, da propriedade coletiva das populações indígenas.

Diante disso, inicia sua análise sobre o direito de propriedade coletiva na Convenção Americana no parágrafo 115, destacando a necessidade de ultrapassar o conceito civilista clássico e individual de propriedade que é descrito no seu já citado artigo 21, de modo a definir os alcances da norma, e protegendo o direito à propriedade coletiva em suas versões específicas relacionadas à cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, que se relacionariam com o caso em questão por meio das particularidades do povo Xucuru.

No Relatório de Mérito nº. 44/15, a Comissão Interamericana concluiu que o Brasil era internacionalmente responsável pela violação do artigo 23 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem para fatos ocorridos até a confirmação da Convenção Americana pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. A partir desse marco, o Estado seria responsável pela violação dos direitos já demonstrados em casos anteriores, como à integridade pessoal, à propriedade comunal, às garantias judiciais e à proteção judicial estabelecidos nos artigos 5, 21, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com as obrigações consagradas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros, estipulando as seguintes recomendações:

1. Adotar com brevidade as medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Em consequência, garantir aos membros do povo que possam continuar vivendo de maneira pacífica seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares;
2. Adotar com brevidade as medidas necessárias para finalizar os processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas sobre parte do território do povo indígena Xucuru. Em cumprimento a esta recomendação, o Estado deverá velar para que suas autoridades judiciais resolvam as respectivas ações conforme os parâmetros sobre direitos dos povos indígenas expostos no presente relatório.
3. Reparar nos âmbitos individual e coletivo as consequências da violação dos direitos enunciados. Em particular, considerar os danos provocados aos membros do povo indígena Xucuru pelas demoras no reconhecimento, demarcação e delimitação, e pela falta de desintrusão oportuna e efetiva de seu território ancestral.
4. Adotar as medidas necessárias para evitar que no futuro ocorram fatos similares, em particular, adotar um recurso simples, rápido e efetivo que tutele o direito dos povos indígenas do Brasil a reivindicar seus territórios ancestrais e a exercer pacificamente sua propriedade coletiva.

Nesse sentido, Para Loureiro, Brito Silva e Brasil (2019), o principal fundamento jurídico invocado pela Corte para sustentar o reconhecimento das violações aos artigos 21, 8 e 25 da CADH foi o princípio de segurança jurídica, aplicado a reclamos territoriais indígenas, extraído da obrigação de respeitar os direitos, previsto no artigo 1.1 da CADH. As considerações da Corte a esse respeito foram mais aprofundadas em comparação com a jurisprudência anterior, principalmente em relação ao aspecto da desintrusão, que, anteriormente, já havia sido objeto de apreciação nos casos das Comunidades Garífunas de

Punta Piedra e Triunfo de la Cruz contra Honduras, julgados em 2015. Assim, em relação à casuística anterior, o caso do Povo Indígena Xucuru se diferencia em parte porque, desde 2005, havia sido encerrada a parte formal do procedimento administrativo demarcatório com o registro da Terra Indígena Xucuru e, por conseguinte, não havia dúvida jurídica acerca do direito dos povos indígenas brasileiros ao seu território tradicional. Porém, o que se discutiu, em larga medida, foi a garantia da efetividade prática desse direito pela falta de segurança jurídica no seu exercício e gozo em face do território permanecer, até os dias atuais, invadido por terceiros não indígenas.

Além dessa perspectiva, os instrumentos consolidados em torno da proteção dos direitos dos povos indígenas em questão se fazem essenciais para a sua garantia. A Corte deixa claro em seu parágrafo 116, na perspectiva que é objeto desse trabalho, do direito de propriedade dos povos indígenas sobre os seus territórios tradicionais com base no artigo 21 da convenção, necessariamente aliado à Convenção 169 da OIT e à Declaração da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, formando um entendimento sistemático de normas que define obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana para a proteção do direito à propriedade comunal indígena.

A corte é coerente e interpreta que o artigo 21 da Convenção possui as mesmas características de decisões construídas em casos semelhantes. Por exemplo, no sentido do entendimento das regras gerais de interpretação estabelecidas em seu artigo 29 (b), citada no mesmo parágrafo 116 da sentença.

Ferreira Júnior e Bentes (2019) destacam que a Corte IDH, no parágrafo 117, com base na construção de sua jurisprudência, afirma que a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem feitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado, bem como confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro. Outrossim, é obrigação do Estado garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território (par. 193). Com base nisso, conclui-se que o uso da terra pelos povos indígenas não é um privilégio que pode ser cassado pelo Estado ou superado por direitos à propriedade de terceiros, mas um direito dos integrantes de povos indígenas e tribais de obter a titulação de seu território, garantindo o uso e o gozo permanente dessa terra, sem interferência externa de terceiros, como estabelece no caso do Povo Saramaka vs. Suriname (par. 115).

Diante desse fato, a questão da demarcação de terras constitui um ato meramente declaratório e não constitutivo do direito. Isso significa que não há a necessidade de tal

demarcação por parte do poder público para que o reconhecimento das terras como pertencentes aos povos indígenas exista. Portanto, a demarcação das terras do Povo Indígena Xucuru de Ororubá é garantia e direito deste povo que as ocupa tradicionalmente, de um modo que reconhece a posse histórica e cultural desses povos.

Nesse mesmo sentido, a Corte dispõe que o Estado deve garantir de maneira imediata e efetiva o direito à propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de maneira a não sofrerem qualquer invasão, interferência ou dano por parte de terceiros ou agentes do Estado que tenham a possibilidade de depreciar a existência, o valor, o uso e o gozo de seu território, de acordo com a análise da perita Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas (par. 124) e com o entendimento no caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras (par. 181). Ferreira Júnior e Bentes (2019) concluem que a Corte explicou que os processos administrativos de delimitação, demarcação, titulação e desintrusão de territórios indígenas são mecanismos que garantem a proteção do direito à propriedade coletiva.

Ferreira Júnior e Bentes (2019) enfatizam que a Corte ainda constatou que, no Brasil, a própria Constituição Federal e sua interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal preveem o direito à propriedade coletiva e à propriedade privada, quando se estabelece a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território, ou seja, o direito dos povos indígenas ou originários prevalecem ante terceiros de boa-fé ou ocupantes não indígenas. O Estado possui o dever constitucional de proteger as terras indígenas, conforme estabelece no parágrafo 127 da sentença.

Dessa forma, por declaração da Corte, o Estado brasileiro foi considerado internacionalmente responsável pela violação do direito à propriedade coletiva (§ 220.4). Fato que para Ferreira Júnior e Bentes (2019), diante da fundamentação histórica, social e política, é considerada norma *jus cogens*, imperativa de direito internacional, insculpida no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

#### 5.4 A PERSPECTIVA DO INDIGENATO NA DEFESA DA TRADIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

Nota-se, portanto, que existe uma necessidade de se reconhecer os povos indígenas como comunidades políticas e senhores de suas terras. Os temas tomados como referência em tópicos como A Escola Ibérica da Paz, o pensamento de Joseph Singer, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a própria Constituição, ao acolher o instituto do

indigenato, defendem que o direito à terra indígena é um direito congênito, anterior à Constituição e conseqüentemente ao Estado Brasileiro, sendo essa a ênfase deste trabalho.

Como Treccani e Alves (2017) defendem, a Constituição de 1988 não pode ser considerada como “marco temporal”, como é o entendimento de alguns ministros que pretendem elevar o acórdão de Petição 3.888 como definidor do começo dos povos indígenas. Se tiver que existir algum marco temporal, que sejam as cartas régias de 1609 e 1611, ou, podendo até considerar a Constituição de 1934, que já dava o status constitucional a esse direito.

As terras indígenas a serem demarcadas deverão configurar o conceito de “tradicionalmente habitadas”, conforme o parágrafo §1º, do artigo 231 da Constituição Federal, as quais devem ter aproveitamento econômico; serem indispensáveis à preservação do meio ambiente; e necessárias à sua reprodução física e cultural.

A expressão “terras tradicionalmente ocupadas” se refere a uma maneira peculiar de ocupar a terra, observando-se os usos, costumes e tradições de cada povo indígena.

Nesse sentido, Silva (2016) é enfático ao afirmar que o marco temporal é uma categoria questionável porque foi fixado de modo arbitrário com a imposição da data de 5 de outubro de 1988 a todos os casos referentes às terras indígenas. Deve-se questionar em que parte do texto constitucional está expressa essa determinação de uma data certa para definição da posse indígena, concluindo que a Constituição Federal nada diz a respeito, ou seja, não há nenhuma cláusula, nenhuma expressão no art. 231 que leve a qualquer conclusão parecida.

Treccani e Alves (2017) entendem que estabelecer a data de 1988 como: “marco temporal” significa contrariar o princípio da continuidade da proteção constitucional e usurpar os direitos indígenas. O STF, em vez de fazer respeitar os direitos indígenas, conforme determina a Constituição Federal, parece preferir colocar fim aos conflitos entre eles e os usurpadores de suas terras ao negar e desconsiderar os direitos originários dos povos nativos. Como descrito nas decisões presentes neste trabalho, a exigência comum de que se prove o “renitente esbulho”, faz com que se utilize um conceito civilista de “esbulho possessório”, que é estranho ao direito constitucional deferido aos índios.

Salienta-se que em nenhum momento a legislação afirma que estas terras deveriam estar ocupadas em determinada data, sendo o dia 5 de outubro de 1988 um elemento abstrato imposto apenas a partir das decisões do STF desde o caso Raposa Serra do Sol que, indevidamente, os ministros do STF, pretendem que irradie seus efeitos para os demais casos em situações semelhantes julgadas posteriormente pela Corte.

Em relação à compatibilidade com a jurisprudência internacional, o julgamento Raposa Serra do Sol cita um precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos para mostrar que

a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-membros suas posições quanto a esses direitos.

Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União", pois o "direito dos índios às suas terras", segundo a decisão e o artigo 21 da "Convenção Interamericana", pode ser subordinado pela lei ao interesse social e deve ser interpretado como abrangente na sua forma de ocupação tradicional e seu enfoque coletivo (PET 3.388/RR, p. 398).

O julgamento entende que ao contrário do que se extrai dessa Declaração dos Povos Indígenas e da Convenção 169 da OIT, é compatível com a Constituição a instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes ou quando do interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária, das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, "independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI" (PET 3.388/RR, p. 408), razão porque julga parcialmente procedente a ação popular desde que sejam observadas dezenove condicionantes de usufruto dos "índios sobre suas terras" que foram extraídas da interpretação constitucional, as quais foram incorporadas ao acórdão, por maioria, e que, em geral, limitam a finalidade do uso das terras dos povos indígenas, pois não abrange a exploração de recursos hídricos, potenciais energéticos, pesquisa, lavra de recursos minerais, garimpagem, fiscoação, a cobrança de tarifas em troca da utilização das estradas, objeto de arrendamento ou de qualquer negócio jurídico, a caça por pessoas estranhas, a ampliação da terra indígena já demarcada.

Terras com a atuação das Forças Armadas, da Polícia Federal, condicionadas ao interesse da política de defesa nacional, independentemente de consulta aos envolvidos e, havendo a criação de uma unidade de conservação, as terras indígenas serão, também, administradas pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade que determinará o acesso, trânsito, permanência e uso dos indígenas, visitantes e pesquisadores não-índios" nessas áreas. Sendo tais terras imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis e gozando de plena isenção tributária (PET 3.388/RR, p. 418).

Em Neves (2017), faz-se interessante destacar que sequer o STF aceita que seja referida a denominação "território" e "povo" aos indígenas, por que o Tribunal somente reconhece tais vocábulos como legítimos se referentes à soberania nacional. Fato que é uma situação contraditória, pois ao mesmo tempo em que tem esse entendimento, reconhece que as terras indígenas não são um simples objeto de direito, de fato, possuem a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda a ancestralidade, toda a coletividade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles

tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis' e os direitos sobre elas imprescritíveis (Petição 3.388, 2009).

Outra postura contraditória refere-se à utilização de fontes do direito internacional para fundamentar o direito à territorialidade. Aqui, mais que uma postura de desconsideração aos tratados internacionais, inclusive da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, existe, pelo STF, uma postura de ceticismo e aversão ao direito internacional, na qual mais pareceu uma interferência estranha e externa, ou melhor, "alienígena" no sentido pejorativo em qual se atribuiu até "intenção", como descrito:

É a nossa Constituição que índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria [...] e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja (PET 3.388/RR, p. 280).

Para Neves (2017), há uma postura de resistência assumida pelo STF, pois em que pese haver o reconhecimento da demarcação de terras indígenas de maneira contínua, não há o reconhecimento do direito à territorialidade de modo completo, tendo em vista que as condicionantes limitam a plenitude do uso e gozo deste direito. Há também uma postura resistente quanto às influências internacionais, elas poderiam ser marcos jurídicos que auxiliam um melhor entendimento e aplicação do direito à territorialidade, algumas até incorporadas em âmbito nacional, como o caso da Convenção 169 da OIT. Contudo, essas influências internacionais são, de fato, completamente desconsideradas pelos ministros do STF.

Diante dessas posturas, é nítido perceber que os ministros se reconhecem apenas como Guardiões da Constituição, sendo esse documento o seu limite de abordagem e interpretação. Não poderiam se enxergar como magistrados de uma Corte que é integrante de um sistema regional de proteção de Direitos Humanos.

Para Ferreira Júnior e Bentes (2019), o direito à propriedade dos povos indígenas, como demonstrado, é norma proveniente do direito convencional, reconhecendo-se sua intrínseca relação com as normas de proteção dos direitos humanos. Dessa forma, as garantias relacionadas às terras indígenas são essenciais para a sua preservação cultural, havendo previsão constitucional para que as áreas públicas ocupadas tenham finalidades especiais, voltadas para a manutenção da utilização por quem as ocupa tradicionalmente. De fato, as terras ocupadas pelos povos indígenas são de sua posse permanente, imprescindíveis para a realização de seus hábitos em consonância com o meio ambiente local.

A Suprema Corte Brasileira não procura se aprofundar no conceito de terras tradicionalmente ocupadas, porque faz-se necessária uma interpretação de toda uma narrativa de vida desses povos indígenas que pleiteiam o seu direito originário de demarcação de seus territórios.

Assim, verifica-se que as decisões judiciais têm legitimado o esbulho e a invasão das terras indígenas ao desconsiderar as análises antropológicas trazidas nos laudos periciais da FUNAI para considerar preponderantemente a ocupação das terras objeto de demarcação somente a partir da data da promulgação da Constituição, fato que não possui qualquer respaldo antropológico, apenas por mera convenção judicial fundada na suposta busca pela pacificação de conflitos entre indígenas e fazendeiros, como os apresentados nos casos em questão.

Em seu voto vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator do RMS 29.087, que reconhece o genocídio dos indígenas:

Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam *manu militari*, e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos, acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional. (BRASIL, 2014, p.3)

O voto não somente reconhece o genocídio como mostra que há irregularidades formais e jurídicas feitas para não exista o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. Prejudicando consideravelmente o conceito de posse originária.

De acordo com Marés (2013), o direito indígena é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas brasileiras têm direito às suas terras e o Estado brasileiro as reconhece e as garante. Por ser originário, esse direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro servem apenas para dar conhecimento a terceiros. Como é dever da União demarcar, proteger e respeitar, quando não o faz, há ato omissivo da administração pública, reparável por meio do judiciário, mas jamais deslegitimador do direito indígena.

De acordo com Treccani e Alves (2017), as cartas régias já reconheciam a prevalência das terras indígenas em relação às demais formas de apropriação. Nelas, já estaria presente a defesa do instituto do indigenato que se consolidou apenas com a Constituição de 1988.

Essas concepções que reagem ao marco temporal e à teoria do fato indígena reconhecem um direito originário e congênito aos povos indígenas que pode ser facilmente posto como um

direito fundamentado no instituto o indigenato. Esse é o instituto que ajuda a definir os direitos originários indígenas.

A Constituição passa a considerar elementos étnicos e culturais inclusive para tratar de institutos de posse e propriedade que assumem também um caráter coletivo no caso de determinados grupos sociais.

Treccani e Alves (2017) reconhecem que o direito territorial indígena prescinde a Constituição de 1988, sendo direitos que independem de sua formalização pelo Estado, a Constituição não pode ser considerada “marco temporal” como tem entendido o Supremo Tribunal Federal em alguns casos.

De acordo com a legislação em vigor, as terras a serem demarcadas devem atender ao conceito de “tradicionalmente habitadas” que são aquelas com aproveitamento econômico, indispensáveis ao meio ambiente e necessárias à reprodução física e cultural, independentemente de investigação temporal.

Treccani e Alves (2017) afirmam que em nenhum momento a legislação dispõe que as terras indígenas deveriam estar ocupadas na data de promulgação da Constituição de 1988, não há nenhuma cláusula, nenhuma expressão no artigo 231 que leve a essa conclusão. Não haveria base para o fato indígena e o marco temporal. O poder judiciário tem desconsiderado análises antropológicas e emitido decisões sem qualquer respaldo na história cultural.

Retorna-se a Stavenhagen (2013) e fica claro que sua perspectiva de desenvolvimento sociocultural, que permita a autonomia e o livre desenvolvimento das mais diversas comunidades étnicas se alinha perfeitamente aos preceitos da Constituição. Portanto, a perspectiva de desenvolvimento humano preconizada pela Constituição se enquadra perfeitamente com o conceito de etnodesenvolvimento.

Portanto, ao se analisar a Constituição de 1988, não se pode deixar de notar um caráter de reconhecimento do fator de ancestralidade e de historicidade no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Ao elaborar-se uma interpretação construtiva sobre a propriedade comunal indígena, leva-se em conta fatores como a multiculturalidade, multietnicidade e a ancestralidade. Enquadrando-se nas perspectivas de desenvolvimento tratadas por este trabalho. Desenvolvimento não em uma perspectiva simples e economicista, procura-se um desenvolvimento que considere a pluralidade étnica e o pleno desenvolver dos mais diferentes povos e comunidades tradicionais, no caso em questão, defende-se a perspectiva indígena.

Em verdade, o Estado brasileiro falhou ao não proteger esses povos, seja por suas políticas públicas através do SPI, posteriormente FUNAI, e mais recentemente com o Supremo

Tribunal Federal querendo penalizar o seu passado. Desconsiderando o que a Constituição afirma sobre o respeito à sua organização social, seus costumes e tradições.

Com o intuito de reforçar essa perspectiva, Treccani e Alves (2017) reafirmam que o primeiro reconhecimento constitucional à demarcação das terras indígenas ocorreu em 1934 e por isso prescinde a qualquer questão temporal. A obrigação do Estado a partir da Constituição de 1988 vai além de reconhecer as terras ocupadas pelos povos indígenas, deve também assegurar seus direitos étnicos e culturais.

Em uma interpretação construtiva e possivelmente evolutiva sobre o direito à propriedade privada, deve-se avaliar o caráter de ancestralidade e historicidade, o que no caso do Brasil, há um instituto que justifica a sua existência, que seria o indigenato. Reconhecer que existem direitos anteriores à Constituição e ao Estado, reconhecer os indígenas como senhores absolutos de suas terras é reconhecer a existência do indigenato, fundamento para a soberania indígena sobre suas terras e seus domínios.

Portanto, abre-se a possibilidade de reconhecimento de que a Constituição ao reconhecer o indigenato, deve permitir uma interpretação ao ponto de reconhecer e acolher o instituto da propriedade comunal indígena, tendo esses povos controle e soberania sobre suas próprias terras, não podendo dispor, pois a lógica de compra e venda não se aplica a um instituto que reconhece a coletividade e a História.

Há fundamento não somente para a recepção da propriedade comunal, há fundamento para o seu reconhecimento interno. Reconhecer a propriedade comunal no Brasil, com base em um direito que não nasceu em 1988 é reconhecer o indigenato.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou através da história da proteção legal aos povos indígenas que se buscou sempre seu reconhecimento como comunidades políticas autônomas, embora isso tenha sido o oposto às práticas históricas com o contato com esses povos. Esse reconhecimento, desses povos com poder de autodeterminação, precisa ser reconhecido pelas atividades políticas, seja por meio da execução de políticas públicas, seja por meio do Direito. De modo que existe respaldo na legislação nacional e nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Estudar a História do Direito Internacional Público e a História dos Direitos Humanos dos povos indígenas são fatos intrinsecamente relacionados. Por essa razão, o trabalho remete ao início da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas, que é reportada à escola ibérica da Paz, uma escola teológica do século XVI, que através de uma reinterpretação de São Tomás de Aquino, buscou pautar por temas de Direito Público. E nomes como Francisco de Vitória e Domingos de Soto tinham forte oposição às práticas desumanas feitas pela colonização feitas aos povos do Novo Mundo. De modo que sugeriu-se a necessidade de uma proteção internacional.

O grande ponto de Vitória é tratar do significado do descobrimento e da conquista da América para o Reino da Espanha no século XVI. Ele reconhece povos indígenas como nações titulares de suas terras, partindo do pressuposto de que os nativos eram originalmente seus verdadeiros senhores.

Essa ideia apresenta a clara separação entre o poder civil (temporal) e o poder eclesiástico (espiritual), distinguindo as ordens natural e sobrenatural, sem deixar de reconhecer que há uma interligação entre as ordens, ambas dependentes do homem.

Dessa forma, há, portanto, uma Escola Histórica de pensamento que fundamenta que haveria um Direito pelos indígenas que seria anterior inclusive à formação do Estado como modernamente o concebemos. Os povos indígenas possuiriam um direito sim, dedutível da razão humana, de ter o seu poder civil e político juridicamente reconhecido. Há um pioneirismo no reconhecimento dos povos indígenas como comunidades autônomas e soberanas.

Importante ressaltar que apesar de existir à época uma justificativa teológica para a colonização e o início de um genocídio indígena na América conquistada por portugueses e espanhóis, a Escola de Salamanca mostrou que esse pensamento não era unanimidade acadêmica e havia sim resistência na metrópole. Importante pontuar que mesmo sob uma

perspectiva teológica, não se poderia justificar e aceitar naturalmente o que se fez com os povos indígenas. Existia, de fato, uma resistência acadêmica com o intuito de defesa a esses povos, que não tinha nenhuma dificuldade em ofender a pretensão dos imperadores à época.

Portanto, mostra-se impossível estudar Direito Internacional público, Direitos Humanos e Direito dos Povos Indígenas sem qualquer menção à Escola Ibérica da Paz. Com este trabalho, que tem como interesse a investigação de um reconhecimento de um direito atemporal à terra indígena, jamais poderia ser diferente.

Após, o trabalho investiga como o Direito e as políticas públicas se comportaram a respeito da proteção aos povos indígenas historicamente no Brasil. Percebe-se que as legislações não consideraram a possibilidade de existir uma autonomia desses povos, prevaleceram leis e políticas públicas voltadas ao seu integracionismo e ao assimilacionismo.

Essas práticas parecem ter se esquecido de um instituto que serviria para a defesa de um direito indigenista que reconhecia a autonomia desses povos, que seria o indigenato. O trabalho busca revalorizá-lo, visto que ele parece ter sido esquecido pelos juristas, pelas legislações e pelas políticas públicas ao longo do século XX, voltando somente a ser usado como tema central de fundamentação dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988.

Esse instituto foi defendido pelo jurista João Mendes Júnior em suas conferências compiladas em 1912, ele fazia uma investigação das cartas régias feitas no período de colonização que reconhecia povos indígenas como senhores de suas terras, remontando à imemorialidade e à História. A lei de Terras de 1850 faz referência a esse instituto. Que não foi usado como fundamento à lei até a constituição de 1988, inovadora no reconhecimento da autonomia sociocultural dos povos indígenas.

O trabalho pauta-se em uma perspectiva de desenvolvimento, mas o tipo de desenvolvimento quando se defende a autonomia dos povos indígenas não é a sua concepção tradicional de desenvolvimento como crescimento econômico puro e simples. Ao se defender as comunidades indígenas como culturalmente autônomas, defende-se uma perspectiva de desenvolvimento étnico ou de etnodesenvolvimento.

Ao rever-se o conceito de desenvolvimento, pensa-se na concepção de Rodolfo Stavenhagen, que elaborou uma perspectiva de que deve-se considerar às pluralidade étnicas e respeitá-las, permitindo uma convivência harmoniosa e criativa, o que permitiria à sociedade como um todo ter uma perspectiva de bem viver, sem desconsiderar as particularidades e as minorias étnicas. Essa é a concepção de desenvolvimento usada como referência pelo trabalho.

Volta-se ao pensamento de Joseph Singer, professor de Direito nos EUA que ousa defender uma perspectiva coletiva que não torna a propriedade absoluta dentro do país. Sua

perspectiva mostra que a propriedade gera consequências para a sociedade, e em uma sociedade democrática, a defesa e garantia da propriedade deve garantir que não falte propriedade a ninguém. Pensamento que não torna a propriedade absoluta e se adequa perfeitamente a uma perspectiva de função social.

Após, ele discorre sobre como a autonomia indígena ocorre internamente aos EUA, defende que o país age corretamente ao reconhecer que esses povos são autônomos e preexistentes aos EUA, visto que tinham comunidades políticas anteriores à chegada dos colonizadores. Em seu texto, ele discorre sobre como respeitar a autonomia dos povos que resistiram ao processo de conquista é reconhecer que eles são soberanos, têm poder político próprio e devem coexistir pacificamente com o que se tornou a sociedade estadunidense. Em seu entendimento, nada poderia ser mais democrático que isso.

Por fim, o trabalho procurou entender a perspectiva das decisões judiciais acerca dos territórios indígenas. No Brasil, tomou-se como referências casos sobre demarcação de terra indígena, com destaque para Raposa Serra do Sol, que definiu diretrizes para a demarcação de terras. No caso, ficou evidente o conflito entre os conceitos de indigenato e fato indígena, ou marco temporal, que define que devem ser levadas em consideração as terras ocupadas pelos povos indígenas no momento da promulgação da Constituição Federal. Ao se falar em reconhecimento territorial ancestral e histórico, o trabalho claramente se opõe a essa perspectiva.

Após, em sentido oposto ao entendimento do STF, mostra-se a interpretação evolutiva que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem feito sobre a possibilidade de defesa de uma propriedade comunal indígena, uma propriedade que não pertenceria a um indivíduo e teria o caráter de reconhecer a relação de um povo com a terra, com suas tradições e ancestralidade. O trabalho mostra decisões reiteradas que mostram um padrão de entendimento da Corte ao se reconhecer o caráter cultural e histórico das terras indígenas em casos com diferentes contextos, mas que ressaltam a necessidade do reconhecimento de uma propriedade comunal, enfatiza-se que ao final há o exemplo de um caso de uma condenação do Brasil sofreu, e que teve que reconhecer esse tipo de propriedade comunal.

O Trabalho pretende fomentar a discussão sobre o tema, visto que, em uma perspectiva de etnodesenvolvimento, de se reconhecer as tradições dos povos indígenas e seus fatores culturais, deve-se reconhecer os seus direitos originários, que estão reconhecidos pela Constituição, embora ela não preveja a possibilidade de uma propriedade indígena ainda diretamente, apenas o conceito de posse originária expressamente.

O trabalho é incapaz de dizer se o reconhecimento de uma propriedade indígena seria a melhor solução para os conflitos indígenas. Como foi demonstrado pelo trabalho, o simples reconhecimento de direitos é incapaz de solucionar os conflitos e trazer a paz a esses povos que resistem desde o período da colonização. Contudo, o trabalho foi capaz de identificar que existe um instituto na doutrina que ampliaria o reconhecimento territorial indígena, e que poderia ser fonte para utilizado e compreendido pelo Brasil. Em perfeito diálogo com a proposta da Escola Ibérica da Paz.

A proposta inicial do trabalho em encontrar um fundamento para a propriedade indígena no Brasil e sua devida recepção resultou conflituosa, isso ocorre porque o pesquisador é alguém não-indígena e por isso se julga incapaz de dar a melhor forma de se proteger o território indígena em uma linguagem que dialogue diretamente com a perspectiva desses povos.

Contudo, o trabalho constatou que existe um enorme problema jurídico e uma resistência ao progresso de reconhecimento do direito às terras pela Suprema Corte Brasileira, de fato, o que ocorre é um retrocesso.

Em nenhum momento a Constituição dá margem para fundamentar o fato indígena, ele não passa de uma construção judicial com fundamento apenas em uma necessidade de parâmetro temporal, sem qualquer base em qualquer fonte do Direito, apenas por necessidade de segurança formal.

Portanto, o grande mérito do trabalho é demonstrar que existe um conflito de conceitos entre a jurisprudência internacional e a nacional em relação aos direitos territoriais indígenas. Em verdade, há uma completa dissonância em perspectivas e interpretações. Enquanto a Corte busca fazer uma interpretação evolutiva com o objetivo de ampliar a defesa dos direitos indígenas, a Suprema Corte Brasileira ainda decide se é razoável limitá-los e ignorar a História e a sua Cultura, em contrariedade ao que diz a própria Constituição.

A Suprema Corte do Brasil parece ter uma grande resistência ao reconhecer que existe um sistema Internacional de Direitos Humanos do qual o Brasil faz parte e é capaz de recebê-lo. Não reconhece declarações, convenções acordos e tratados que ampliam a perspectiva de autonomia e defesa dos interesses dos povos indígenas e muito menos os toma como base para reconhecer a sua perspectiva, como bem define a Convenção 169 da OIT.

O Brasil parece querer retornar à perspectiva anterior à Constituição e tratar os povos indígenas com questões assimilacionistas, deixando de lado a perspectiva histórico-cultural que esses povos merecem e já possuem esse reconhecimento.

Há conflito e grande divergência em todo um sistema de interpretações que precisam ser uniformizadas e estar de acordo não somente com a Constituição, mas com os tratados,

acordos e Convenções dos quais o Brasil é signatário. É necessário sempre evoluir a perspectiva de defesa dos direitos humanos, aliada a uma compreensão de harmonia e desenvolvimento cultural. A Coexistência é um direito humano e permite o etnodesenvolvimento.

Conclui-se que defender o direito indígena não é nenhuma novidade para o ordenamento jurídico brasileiro, todo esse trabalho feito em uma perspectiva histórica de reconhecimento os povos indígenas como senhores de suas terras, inclusive anteriormente à colonização. O Ponto do trabalho é mostrar que desde o século XVII já existia o reconhecimento do Direito territorial indígena, e assim como a Corte Interamericana o fez, essa interpretação deve evoluir internamente no Brasil, e não retroceder.

De fato, o Brasil possui legalmente um melhor fundamento para a defesa dos direitos históricos indígenas do que a própria Corte Interamericana, visto que o Pacto de San José da Costa em nada fala expressamente sobre a possibilidade de uma propriedade comunal, mesmo assim, a Corte faz uma interpretação evolutiva do seu artigo 21.

Como a Constituição fala em defender as terras tradicionalmente ocupadas, reconhece-se que há um direito cultural que remonta a fatores históricos e antropológicos anteriores à própria Constituição, que em nenhum momento deixa qualquer margem de interpretação para um possível marco temporal.

O trabalho busca mostrar que há a possibilidade de defender direitos territoriais indígenas históricos e já existe um fundamento no Direito Brasileiro que também permite o reconhecimento de uma autonomia ancestral indígena, que seria o indigenato. Através dele seria possível fazer-se uma interpretação e progredir na defesa dos direitos territoriais indígenas, reconhecendo sua autonomia cultural e política, como foi possível pela Escola Ibérica da Paz, como foi possível na visão de soberania indígena em Peter Singer, como foi possível na Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte, também pode ser possível na interpretação do Direito Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AIDA. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** 2010.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de quilombo, terras indígenas, babaçuais livres, castanhais do povo, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas.** Manaus: PPGSA-UFAM, 2006.

AMARAL, Domingues Raquel. **A Interpretação dos Enunciados do art. 231 Caput e Parágrafos 1º, 2º, 6º e artigo 20, inciso XI, todos da CF/88 à luz do Construtivismo Lógico Semântico.** (Mestrado em Direito) Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. São Paulo, 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

APARICIO, Adriana Biller. **Indigenato e Teoria Crítica: a possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani.** Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 253, 2018.

ASSIS, Eneida. **Direitos indígenas num contexto interétnico: quando a democracia importada.** 207 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro: IUPPERJ; UFPA, 2006.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil.** São Paulo: Plêiade, 2001.

BATALLA, G. B. **El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización.** In Aravena, F. R. América Latina: etnodesarrollo y etnocidio: Ediciones Flacso, 1982.

BATISTA, Michelle. **Os Direitos Coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso da comunidade indígena Yakye Axa v. Paraguai.** Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 262-279, maio/ago, 2017.

BECKER, Bertha Koiffmann. **A Amazônia como um território estratégico e os desafios às políticas públicas.** In SIFFERT, Nelson; CARDOSO, Marcus; MAGALHÃES; Walsey de Assis; LASTRES, Helena Maria Martins (Org.). Um olhar territorial para o desenvolvimento: Amazônia. Rio de Janeiro: BNDES. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Mortos e desaparecidos políticos / Comissão Nacional da Verdade.** Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular, PETIÇÃO 3.388 RORAIMA, com o objetivo de demarcação de terra indígena, caso Raposa Serra do Sol. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da constituição federal,**

**bem como da lei nº 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da portaria nº 534/2005.** Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 27 de ago. 2008, p. 229-881. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RO em Mandado de Segurança DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES.** Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 de set. 2014a, p. 1-74. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.** Relator Teori Zavascki. Brasília, 09 de dez. 2014b, p. 1-19. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

**CÂMARA DOS DEPUTADOS. Por unanimidade, STF acolhe recurso do povo Guarani Kaiowá e abre caminho para reverter precedente sobre o marco temporal.** 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/por-unanimidade-stf-acolhe-recurso-do-povo-guarani-kaiowa-e-abre-caminho-para-reverter-precedente-sobre-o-marco-temporal>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). **História dos índios no Brasil.** 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de mérito, reparação e custas.** Série C, nº 125. Julgado em 2005.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória.** São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **"Terra indígena": aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico.** História, Franca, v. 35, e75, 2016.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio.** São Paulo: Atlas, 2014.

CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. **A demarcação territorial indígena e o problema do "marco temporal": o Supremo Tribunal Federal e o indigenato do Min.**

**João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923)**. 2016. 96 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

COHN, Clarice. **Culturas em transformação: os índios e a civilização**. São Paulo em Perspectiva. V. 15, n. 2, p. 36-42, abril de 2001.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Os Povos Indígenas na América Latina. Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos**. 2015.

DEMÉTRIO, André, Kozicki, Katya. A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil. **Rev. Direito Práx.** vol.10 no.1 Rio de Janeiro Jan./Mar. 2019.

DITÃO, Y. P. P., & Marcello, K. Da Escola de Salamanca ao limiar do século 21: a difícil missão de proteger os direitos indígenas. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 114, 735-761. 2019.

DYE, Thomas. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs: New Jersey: Prentice Hall, 1984.

DUPRAT, Deborah. **Pareceres jurídicos: direito dos povos e das comunidades tradicionais**. Org. Martaus: UEA. 2007.

DUSSEL, Enrique. **Meditaciones Anti-Cartesianas: sobre el origen del anti-discurso filosófico de la Modernidad**. Tabula Rasa, n. 9, p. 153-197, 2008.

FEIJÓ, Julianne. **Cidadania Indígena: ampliação e democratização na Constituição brasileira de 1988**. Rev. Direitos Fundamentais & Justiça, ano 10, n. 34, p. 177-201. Belo Horizonte

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA JÚNIOR, Waldir de Jesus Brabo; BENTES, Natália Mascarenhas Simões. O desenvolvimento das normas jus cogens em relação ao reconhecimento do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas à luz da sentença do caso Povo Indígena Xucuru e seus membros versus Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 64, n. 1, p. 9-38, jan./abr. Curitiba, 2019.

FUKUDA-PARR, Sakiko; SHIVA KUMAR, A. K. Introdução. In: **desenvolvimento humano: Leituras selecionadas**. PUC Minas, Belo Horizonte, 2007.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Porto Alegre, L&PM, 2016.

GARNELO, Luiza. **Políticas de saúde indígena na Amazônia: gestão e contradições**. In: SCHERER, Elenise; OLIVEIRA, José Aldemir de (Org.). **Amazônia: políticas públicas e diversidade cultural**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006 - 2007.

GEOGRAFIA HOJE. **A região da Reserva Indígena Raposa/Serra do Sol**. 2010.

Disponível em: <http://geografianovest.blogspot.com/search?q=raposa+serra+do+sol#>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

GOMES, Renata Andrade. **“Com que direito?”: análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda- Valladolid, 1550 e 1551**. 2006. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

GONZA, Alejandra. **“Artículo 21” Derecho a la Propiedad Privada**”. In: STEINER, Christian; Uribe, Patricia(Eds.). *Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

GUIMARÃES, José Ribeiro Soares; JANNUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores sintéticos no processo de formulação e avaliação de Políticas Públicas: limites e legitimidades**. In: encontro nacional de estudos populacionais, ABEP, 14, 2004, Caxambú.

GUIMARÃES, Hiago. **Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos: A alternativa teórica do humanismo latino em Francisco de Vitória**. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós-graduação em Direito- Centro Universitário do Pará. Belém, 2016.

GUTIÉRREZ, Jorge Luis. **A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa**. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./maio. 2014.

HABIB, Paulo Victor Pinheiro Alves; RIBEIRO, Jeancezar Ditzz de Souza. **O Caso Raposa Serra do Sol sob a perspectiva da corte interamericana de direitos humanos. Lex Humana**, Petrópolis, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2021. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/decisao-do-stf-reforca-ataque-aos-direitos-territoriais-indigenas>. Acesso em: 20 de jun. 2021.

INSTITUTO SOCIO AMBIENTAL. **Decisão do STF reforça ataque aos direitos territoriais indígenas**. 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/por-unanimidade-stf-acolhe-recurso-do-povo-guarani-kaiowa-e-abre-caminho-para-reverter-precedente-sobre-o-marco-temporal>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

JUSTENHOVEN, H. G. Las raíces teológicas del derecho internacional según Vitoria. In: CRUZ CRUZ, J. (Ed.). **Razón Práctica y Derecho: Cuestiones filosófico-** 146 juricias em el Siglo de Oro español. Colección del Pensamiento Medieval y Renacentista. N° 123. Navarra: EUNSA, 2011.

KOTHARI, Rajni. **1974: Footsteps into the Future: Diagnostic of the Present World and a Design for an Alternative** (New York).31

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia. Brasília. 2002.

- LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios:** da necessidade de um novo ethos jurídico. Rev. direito GV, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 503-526, Dezembro, 2010.
- LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Amazônia:** Estado, homem, natureza. Belém: Cejup, 1992.
- LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Amazônia:** Estado, homem, natureza. Belém, CEJCJP, 2004.
- LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira; BRITO SILVA, Izabela de; BRASIL, Victória Braga. CASO DO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS V. BRASIL. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 19, p. 313-334, set. 2019.
- LUIZY. Luana. **Diante do massacre imposto, comitiva Guarani-Kaiowá cobra dos órgãos governamentais garantia de direitos previstos na CF em Brasília.** In [http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo\\_id=7776&action=re-ad](http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7776&action=re-ad). Acesso em 10 de setembro de 2021.
- MACEDO, Marcus Vinícius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígenas:** invasões madeireiras e os povos Ashanink. Rio Branco-AC: Edufac.2009.
- MAMANI, F. H. (2010). **Buen vivir/vivir bien.** Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima-Perú: Oxfam América y Solidaridad Suecia América Latina.
- MARINI, Ruy Mauro. **Dialética da dependência.** In: SADER, Emir. Dialética da Dependência. Petrópolis: Vozes, 2000.
- MARQUES, Cíntia Nardo. **Os Terena da Terra indígena Limão Verde: História e Memória.** Dourados. 2012. 148 f., il. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), 2012.
- MENDES JÚNIOR, João, **O Índio Brasileiro Seus Direitos Individuais e Políticos,** Typ.Hennies Irmãos, São Paulo, 1912.
- MENDES JÚNIOR, João, **Direito judiciário brasileiro.** São Paulo: Freitas Bastos, 1954.
- MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos:** uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais. Lumen Iuris. 1ª ed. Rio de Janeiro, 2017.
- MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Os índios e a ordem imperial.** Brasília, DF: Fundação Nacional do Índio, 2005.
- MONTEIRO, Isabella Pearce de C.; PINHEIRO, Letícia Cristine Ribeiro; TEIXEIRA, Andressa Pereira. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol: a concretização do constitucionalismo fraterna. **REVISTA DO CEDS** Periódico do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável da UNDB n. 3, v. 1, setembro/dezembro, 2015. Disponível em: <http://www.undb.edu.br/ceds/revistadoceds>. Acesso em: 20 de jun. 2021.

MUKERJI, Nirman, **Seminar**. Delhi, 1982.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. **Territorialidade em Pauta: um estudo desde o STF à Corte IDH**. In: BASTOS, Elísio; FONSECA, Luciana Costa da; CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. *Direitos Humanos na Amazônia*. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; MASSULO, Débora Silva. **A Teoria do indigenato vs Teoria do fato indígena (Marco Temporal): breve análise desde a perspectiva do colonialismo interno**. Empório Direito, 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-teoria-do-indigenato-vs-teoria-do-fato-indigena-marco-temporal-breve-analise-desde-a-perspectiva-do-colonialismo-interno>. Acesso em: 13 de fev. 2021.

NUNES, Raphael Marcelino De Almeida. **O modelo democrático de propriedade no Brasil**. 2017. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

OLIVEIRA, A. R. **Processo de construção da Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial de Terras Indígenas (PNGATI): possibilidades, limites e desafios do diálogo entre Estado e povos indígenas no Brasil**. Brasília: Funai, GIZ, 2011.

OLIVEIRA, Paulo Celso de. **Os Povos Indígenas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos Humanos – Volume I*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2016.

PAGDEN, A. **La caída del hombre natural: el indio americano y los orígenes de la etnología comparativa**. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, 2014.

PLANS, Belda. **La Escuela de Salamanca: y loa renovación de la teologia em el siglo XVI**. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 2000.

PONTE, Laura Arlene Saré Ximenes. Políticas públicas e os índios citadinos: estudo das políticas indigenistas de educação e saúde em Belém e Manaus (1988 a 2010). Universidade Federal do Pará. Belém, 2011.

SANTOS, Anderson de Souza; URQUIZA, Antonio H. Aguilera. Direitos indígenas e o marco temporal: a demarcação do território Terena de Limão Verde (MS). **Revista interdisciplinar de Direitos Humanos**. Bauru, v. 7, n. 2, p. 19-38, jul./dez., 2019. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/686/308>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

RENTERIA, Jafeth Paz. **Los Afrocolombianos y el Territorio: análisis desde la teoria de la captura del Estado**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SANTOS, Luciano Gensen dos. **O Índio Brasileiro: O que você precisa saber os povos indígenas de hoje**. Vol. 1 Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **A Particularização do Universal: povos e comunidades tradicionais face às Declarações e Convenções Internacionais**. In: (Org.). Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed. Malheiros, São Paulo, 22ª edição, 2016.

SIMÕES, Pedro Calafate. **A Escola Ibérica da Paz universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)**. Rev. Teocomunicação, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 78-96, jan.-abr. 2014.

SIMONIAN, Ligia Terezinha Lopes. **Políticas públicas, desenvolvimento sustentável e recursos naturais em áreas de reserva na Amazônia brasileira**. In: COELHO, Maria Célia N; SIMONIAN, Lígia.; FENZL, N. (Org.) Estado e políticas públicas na Amazônia: gestão de recursos naturais, Belém, 2000.

SINGER, Joseph William. **Democratic Estates: property law in a free and democratic society**. Cornell Law Review, 94, 1009-1062, 2009.

SINGER, Joseph William. **Entitlement: The paradoxes of property**. Yale University Press. New Haven, 2000.

SINGER, Joseph William. **Property law as the law of democracy**. Duke Law Journal, 63, 1287-1355, 2014.

SINGER, Joseph William. **The Indian States of America: Parallel Universes & Overlapping Sovereignty**, 38 Am. Indian L. Rev. 1, 2013.

SOTO, Domingo de. **Relectio De Dominio aos cuidados de J. BRUFAU PRATS**. In: Relecciones y Opusculos, Salamanca 1995, Vol I;

SOUZA LIMA, Antônio Carlos (Coord). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/Rio de Janeiro, Contra Capa/ LACED/ABA, 2012.

STAVENHAGEN, Rodolfo. (2013). **Ethnodevelopment: a neglected dimension in development thinking (1986)**. In Stavenhagen, R. Pioneer on Indigenous Rights: Springer.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional: Un Sujeito en Construcción**. Revista IIDH. São José, v. 26, p. 81-103, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 3.388 Roraima (Caso Raposa Serra do Sol)**. Acórdão de 19 de março de 2009.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. **Terra Indígena Guyraroká**. 2021. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/4143>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. **Terra Indígena Limão Verde**. 2021. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3748>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

TERENA, Luiz Eloy. **Violências, expulsões e subjugação jurídica: no STF o destino dos Kaiowá de Guyraroká**. APIB. 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/03/29/violencias-expulsoes-e-subjugacao-juridica-no-stf-o-destino-dos-kaiowa-de-guyraroka/>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

TERENA, Luiz Eloy. **Violências, expulsões e subjugação jurídica: no STF o destino dos Kaiowá de Guyraroká**. NINJA, 2021. Disponível em: <https://midianinja.org/luizhenriqueeloy/violencias-expulsoes-e-subjugacao-juridica-no-stf-o-destino-dos-kaiowa-de-guyraroka/>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

TOSI, G. **Raízes teológicas dos direitos subjetivos modernos: conceito de dominium no debate sobre a questão indígena no sec. XVI**. *Prima Facie*, v. 4, n. 6, p. 42-56, 11. 200.

TRECCANI, Girolamo Domenico; ALVES, Luana Nunes Bandeira. Os Direitos Territoriais Indígenas e a (In) Compatibilidade com o Marco Temporal. In: BASTOS, Elísio; FONSECA, Luciana Costa da; CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. **Direitos Humanos na Amazônia**. Editora Juspodivm. Salvador, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do Sistemas Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: avaliação crítica. **Revista de Informação Legislativa**. V. 19, n. 73, p. 107-130, 1982. *Cadernos Prolam/USP*, ano 8, São Paulo, v. 1, 2008.

UL HAQ, Mahbub. **O paradigma do desenvolvimento humano**. In: *Desenvolvimento Humano: Leituras selecionadas*. PUC Minas, Belo Horizonte, 2007.

URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. **Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, Novo Constitucionalismo e Organização dos Movimentos Indígenas**.

VALENZUELA-VERMEHREN, L. Vitoria. **Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain: a heuristic overview**. In: *Logos*, 16, 2, Primavera, 2013, p. 99-125.

VERDUM, Ricardo. **Os povos indígenas no PPA 2004-2007: hora de afirmação de direitos**. In: *Orçamento & Política Socioambiental*. Brasília: Publicação INESC, ano 2, n. 6, jun. 2003.

VERDUM, Ricardo. **Etnodesenvolvimento e mecanismos de fomento do desenvolvimento dos povos indígenas**. A contribuição do subprograma Projetos Demonstrativos (PDA). In Lima, A. C. S., & Barroso-Hoffmann, M. *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista: Contracapa*. 2002.

VEITER, Theodor, 1977: **Nationalitätenkonflikt und Volksgruppenrecht im 20. Jahrhundert**, Vol.I (Munich).

VIEIRA, José Ribas. **O Supremo Tribunal Federal e a Diversidade Social: estudo do caso Raposa Serra do Sol**. CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais, p. 7614-7633. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3615.pdf>. Acesso em: 13 de jun. 2021.

VITORIA, Francisco de. **Relectiones**: sobre os índios e sobre o poder civil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.