

**DIREITOS
DOS PÓVOS
INDÍGENAS
EM DISPUTA**



Manuela Carneiro da Cunha
Samuel Barbosa (Orgs.)

© 2018 Editora Unesp

Direitos de publicação reservados à:

Fundação Editora da Unesp (FEU)

Praça da Sé, 108

01001-900 – São Paulo – SP

Tel.: (0xx11) 3242-7171

Fax: (0xx11) 3242-7172

www.editoraunesp.com.br

www.livrariaunesp.com.br

feu@editora.unesp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

C972d

Cunha, Manuela Carneiro da

Direitos dos povos indígenas em disputa / Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa (Orgs.). – São Paulo: Editora Unesp, 2018.

ISBN 978-85-393-0715-9

1. Direito. 2. Povos indígenas. 3. Índios. 4. Legislação. 5. Supremo Tribunal Federal - STF. 6. Marco Legal. 7. Marco Temporal. I. Barbosa, Samuel Rodrigues. II. Título.

2018-10

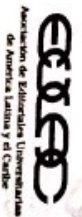
CDD: 341.4852

CDU: 34(=1.81-82)

SUMÁRIO

- Apresentação – Contra a tese do marco temporal, pela justiça 7
Manuela Carneiro da Cunha
- Agradecimentos 9
- Introdução 11
Samuel Barbosa
- 1 Parecer 17
José Afonso da Silva
- 2 O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI
Limão Verde 43
Deborah Duprat
- 3 Marco temporal e direitos coletivos 75
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
- 4 Terras indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica 101
José Antônio Peres Grediel
- 5 Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil 125
Samuel Barbosa

Editora afiliada:



A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS INDÍGENAS: UMA PRÁTICA ASSIMILACIONISTA?

Julio José Araújo Junior¹

1. Introdução

A Constituição de 1988 foi inovadora no tratamento dos povos indígenas, se comparada com os textos constitucionais anteriores. Ao consagrar o caráter plural da sociedade brasileira e afastar o paradigma assimilacionista antes vigente, a nova ordem constitucional enfatiza a autonomia desses povos, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições e mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam.² Nos manuais de direito constitucional, é recorrente a visão de que o Brasil assegura direitos a

1 Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador da República. E-mail: juliojaraujo@gmail.com.

2 O tratamento dos povos indígenas no Brasil é marcado por um longo período de leis esparsas durante o período colonial e o Império voltadas a uma política de miscigenação com a expressa intenção de criar uma população homogênea livre, o que acabou servindo, cem anos mais tarde, como pretexto à espoliação das terras dos aldeamentos em que os índios haviam sido instalados. Na República, o ideal positivista, agora dominante, preconizará a necessidade de que a incorporação daqueles povos à comunhão nacional se dê de forma gradual, o que repercutirá no pensamento constitucional brasileiro, a partir da Constituição de 1934. A Constituição de 1988, ao deixar de estabelecer qualquer hierarquia entre os grupos que compõem a sociedade brasileira, valoriza a autonomia desses povos. Para uma maior discussão sobre o tema: Cunha, *Índios no Brasil; Cultura com aspas e outros ensaios*; Pereira, *O direito sob o marco da plurinacionalidade/multiculturalidade*, em: *Pareceres jurídicos*, p. 9-21.

da de 1980, culminando na participação indígena, com algum destaque, na Assembleia Constituinte de 1987-1988.⁹ Como destacou a liderança Ailton Krenak, reconhecer as formas próprias de manifestação da cultura seria condição fundamental para que o povo indígena passasse a estabelecer relações harmoniosas com a sociedade envolvente e houvesse realmente uma perspectiva de futuro de vida, e não uma ameaça permanente e incessante.¹⁰

O resultado desse processo é um documento que efetivamente abre um novo capítulo na história das relações do Estado com os povos indígenas, ao reconhecer-lhes o direito de serem como quiserem e de terem sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições respeitados.¹¹ Após a Constituição de 1988, não se tolera mais falar em "paulatina integração à comunidade nacional" para ditar a capacidade civil dos indígenas. Não cabe falar, *a priori*, em inferioridade, e sim em grupos diferenciados, que têm modos próprios de vida e que devem ser respeitados como tais.

Não se pode mais, tampouco, hierarquizar os povos indígenas em integridades ou não integrados. Há o direito de viverem a prática de seus costumes, mas não se subtrai a possibilidade de o indígena buscar outros modos de vida, e isso não lhe retirará a sua condição. O que se proibe é a tentativa de impor um modo de vida a esses grupos, vedando-se o não respeito às suas práticas tradicionais. A identidade não pode ser definida por um terceiro, e sim pelo próprio grupo (autodefinição da própria identidade), num contexto

indígena sob a condição de integrado e, por conseguinte, capaz. Palavra sobre essa diferenciação o próprio classificatório de um indígena por parte de um sujeito externo a ele ou ao grupo (re)definição da identidade), a despeito do que previa o art. 3º do próprio Estatuto. Essa ansiedade de dizer que um grupo que não se enquadrava no estereótipo do silvícola ou do bom selvagem, embora se reconheça como indígena, serve ao discurso de que ele deixou de ser índio e, logo, não precisa de terra ou de um regime especial quanto à terra ocupada. Nesse ponto, o regime tutelar teria cumprido sua missão civilizadora, como diz Manuela Carneiro da Cunha: respeito-se o índio como homem, mas exige-se que se despoje de sua condição étnica específica (Cunha, *Índios no Brasil*, p.14).

9 Sobre os debates da Assembleia Constituinte, ver Lopes, *O movimento indígena na Assembleia Nacional Constituinte* (1984-1988).

10 "O povo indígena tem um jeito de pensar, tem um jeito de viver, tem condições fundamentais para a sua existência e para a manifestação da sua tradição, da sua vida, da sua cultura, que não coloca em risco e nunca colocou em risco a existência, sequer, dos animais que vivem no interior das áreas indígenas, quanto mais de outros seres humanos. Creio que nenhum dos sr.s poderia jamais apontar atos, atitudes da gente indígena do Brasil que colocaram em risco, seja a vida, seja o patrimônio de qualquer pessoa, de qualquer grupo humano neste país" (Cohn (Org.), *Encontros - Ailton Krenak*, p.32-5).

11 Souza Filho, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, p.107-8.

em que as ideias de autenticidade ou de classificação de indígenas por um terceiro devem ruir juntamente com o regime tutelar.

Após quase trinta anos da promulgação da lei fundamental, algumas conquistas são visíveis, como a demarcação de vários territórios, especialmente na Amazônia Legal, o estabelecimento formal de políticas públicas, o papel de instituições em defesa da causa no sistema de justiça, o crescimento da população indígena – impulsionado pela (re)afirmação étnica¹² – e a adoção de políticas afirmativas. Paradoxalmente, os povos indígenas do país vêm sofrendo ao mesmo tempo graves ameaças à sua própria sobrevivência, pois estão sendo considerados os principais adversários do projeto de desenvolvimento traçado para o país. De um lado, constituem um obstáculo às ações do Estado, que deseja explorar recursos hídricos e minerais em áreas menos visadas e exploradas, como comprova o empreendimento de Belo Monte, no Pará. De outro, o agronegócio vê nas terras indígenas um entrave para a exploração econômica e para a expansão da fronteira agrícola.

A insatisfação com os efeitos do comando constitucional, que é claro acerca do dever estatal de demarcar as terras, e da ausência de dever de indenizar os proprietários, salvo quanto a benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé, tem levado os opositores da causa indígena a se organizarem na bancada ruralista do Congresso Nacional para minar as conquistas consolidadas na Constituição de 1988. Isso se dá em várias frentes: reforma legislativa,¹³ atuação contenciosa no Judiciário, inclusive no Supremo Tribunal Federal,¹⁴ com o fim de conferir a menor densificação possível ao art.

12 Segundo dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, a população indígena abrange 896,9 mil indígenas, pertencentes a 305 povos, com 274 línguas distintas. Destes, cerca de 817,9 mil assim se declararam no quesito cor ou raça e 78,9 mil são pessoas que se declararam de outra cor ou raça (cerca de 67,5% se declararam pardos), porém residem em terras indígenas e se consideram indígenas em razão de tradições, costumes e antepassados. Em 1991, a população era de 294.131 indígenas e em 2000, 734.127 indígenas. Informações disponíveis em: <http://indigenas.ibge.gov.br/gráficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em: 10 out. 2016.

13 A Proposta de Emenda à Constituição n. 215 tem por objetivo transferir a atribuição do processo demarcatório do Poder Executivo para o Legislativo, justamente o locus em que as minorias étnico-culturais possuem menos voz e estarão sujeitas a maiorias de ocasião para a regulamentação de seus territórios. Sobre o tema, ver: Sarmento, *Nóda técnica*. Disponível em: <http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

14 O caso Raposa Serra do Sol e os efeitos do julgamento são exemplo disso, como se analisará mais adiante.

231 da Constituição, e atuação junto ao Poder Executivo para enfraquecer a atuação administrativa da Fundação Nacional do Índio (Funai).¹⁵

Paralelamente a esse processo, a violência contra os povos indígenas vem aumentando, tendo o número de mortes por assassinato saltado de 92, em 2007, para 138, em 2014.¹⁶ Após visita ao país em 2016, a relatora especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre Direitos Indígenas apontou preocupação com o cenário, sobretudo em Mato Grosso do Sul, tendo em vista que os ataques decorrem de repulsões a ocupações de terras ancestrais realizadas pelos indígenas após "longos atrasos nos processos de demarcação".¹⁷ O documento destaca que o Brasil possui uma Constituição progressista, com "disposições exemplares para a proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas", nas quais se reconhece a diversidade cultural do país, que já foi líder mundial em demarcações. Contudo, passados oito anos desde a visita do relator anterior, "tem havido uma inquietante ausência de avanços" na matéria. Como exemplo, cita a estagnação dos processos de demarcação, a realização de empreendimentos sem a observância de consulta prévia, o aumento da discriminação e do racismo institucional. Como conclusão, a relatora acredita que os povos indígenas enfrentam hoje riscos mais graves do que em qualquer outra época desde 1988.¹⁸

Considerando esse cenário, em que a efetividade das normas constitucionais é colocada em xeque, em que os indígenas enfrentam constantes dificuldades para expressar as suas cosmovisões, veicular pretensões políticas e acessar a justiça, põem-se em dúvida os limites e as possibilidades do texto de 1988. Em que pese o seu viés transformador, experiências constitucionais posteriores de outros países vêm demonstrando que o mero reconhecimento da diferença não é suficiente. É necessário criar condições para um

15 O mais recente esforço nesse sentido é o Parecer n. 01/2017, da Advocacia Geral da União, que estabelece que a Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do STF na Peti. 3.388/RK (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. 01, de 19 de julho de 2017. Diário Oficial da União – Seção 1, 20 jul. 2017, p. 7).

16 Conforme dados do Conselho Indigenista Missionário (Cimi), *Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil*, p. 74.

17 Organização das Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, *Relatório da missão ao Brasil da relatora especial sobre os direitos dos povos indígenas*, 8 ago. 2016, p. 6. Disponível em: <http://unsr.vnuilicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add11-portuguesa.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

18 *Ibid.*, p. 13.

diálogo efetivo entre culturas e assegurar formas de participação e arranjos institucionais que permitam uma relação entre povos indígenas e a sociedade envolvente em pé de igualdade, de forma a assegurar que o processo de aplicação da Constituição não seja dominado pelas visões de mundo hegemônicas, tidas como colonizantes, e seja permeado por um diálogo intercultural em que o aprendizado seja recíproco. Por isso, pergunta-se: a Constituição de 1988, a despeito do seu caráter inovador e progressista, conduz a uma efetiva proteção dos grupos culturalmente diferenciados? A essa pergunta agrega-se outra, acerca da prática constitucional: qual paradigma a vem regendo, o assimilationista ou o da autonomia?

O presente artigo busca discutir tais questões por meio de três partes. Na primeira, examinam-se os debates em torno do multiculturalismo e do reconhecimento, buscando localizar as principais questões sobre o tema no âmbito da doutrina, sobretudo de matriz liberal. Na segunda parte, acresce-se uma perspectiva descolonizadora sobre o tema, levantando-se a necessidade de uma análise do fenômeno que parta da interculturalidade crítica, com ênfase na visão dos povos indígenas, como vêm praticando outros países do continente americano. Na terceira parte, avalia-se o estabelecimento desses direitos no Brasil, analisando-se o texto da Constituição de 1988 e a prática constitucional brasileira.

A conclusão a que se chega, em breve síntese, sustenta que a Constituição brasileira, embora progressista, deixou em aberto o tratamento de temas que poderiam ter contribuído para uma maior autonomia dos povos indígenas e pela efetividade dos seus direitos. Este, porém, está longe de ser o maior dos problemas, uma vez que a prática constitucional segue muito apegada aos parâmetros anteriores à promulgação da Constituição de 1988, marcados pelo assimilationismo e pela distinção entre grupos de indígenas conforme o grau de integração, ou mesmo pela priorização de certos projetos nacionais, para os quais o componente indígena representa um empecilho. Esse assimilationismo vigora em todos os poderes, mas é mais especialmente sentido no sistema de justiça, sobretudo no Poder Judiciário.

2. O multiculturalismo e as políticas de diferença

No fim do século XX, o debate iniciado por John Rawls e sua teoria de justiça extrapolou o universo acadêmico¹⁹ e chegou aos movimentos sociais, passando a ser pautado também pelas discussões em torno do direito à diferença cultural e do direito de minorias.²⁰ As limitações do sistema político liberal clássico, cego às diferenças e pretensamente neutro, e a sua incapacidade em lidar com uma sociedade multicultural passaram a ser objeto de preocupação, principalmente no que se refere ao respeito às identidades.²¹ Tais preocupações foram absorvidas inclusive por autores liberais, que incorporaram aspectos do multiculturalismo na sua teoria e tentaram construir um modelo que negasse a pretensa neutralidade estatal do liberalismo clássico e fosse mais permeável ao respeito à diferença.

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

básicas de violação (violação, privação de direitos e degradação).²² O amor corresponde à integridade corporal, sendo que a violação recairia sobre o corpo, como ocorre no caso de tortura. Já o direito seria a expressão de interesses universalizáveis, cuja privação acarretaria rebaixamento dos indivíduos. Por fim, a estima social estaria relacionada à reputação e ao prestígio, os quais na sociedade moderna estariam desvinculados do *status* estamental e se ligam a realizações individuais associadas a valores e objetivos compartilhados socialmente.²³

A aproximação entre a ideia de reconhecimento e a de multiculturalismo deve-se a Charles Taylor, que enfatiza a relação entre uma identidade inferiorizada e a falta de reconhecimento. Suas preocupações decorrem de duas mudanças decorrentes da modernidade: A primeira delas corresponde ao colapso das hierarquias sociais, que formavam a base para a noção de honra, dando lugar à noção de dignidade, cuja concepção teria caráter igualitário e universalista, ao passo que a segunda consiste no ideal de autenticidade, uma identidade individualizada que o sujeito descobre em si próprio e põe em evidência a descoberta e o contato moral consigo mesmo.²⁴ A definição da identidade, segundo Taylor, só pode ocorrer dialogicamente, ou seja, mediante trocas intersubjetivas,²⁵ e é parcialmente moldada pelo reconhecimento ou pela falta de reconhecimento ou pelo reconhecimento indevido (*misrecognition*), sendo que o reconhecimento devido seria uma necessidade humana vital.

Diante disso, as políticas de reconhecimento seriam mecanismos para assegurar a dignidade em uma sociedade democrática. Com a mudança do enfoque da honra para a dignidade, surgem as políticas de universalismo, que enfatizam a igual dignidade dos cidadãos, com repercussão em direitos civis e políticos e até na esfera socioeconômica. Mas haveria também a

19 A obra de John Rawls provocou grande repercussão no meio acadêmico e repercutiu fortemente nas lutas por identidade ao longo dos anos 1970 e 1980, sendo emblemáticos a esse respeito os embates entre liberais e comunitaristas. A noção de "ser desentranhado" (*unencumbered self*), própria do liberalismo, que já fora objeto de preocupação em Marx (Marx, *Sobre a questão jurídica*, p. 40), é retomada para sublinhar a importância da vida em comunidade e da noção de pertencimento para a constituição do indivíduo. Os laços morais, para Sandel, antecedem a qualquer escolha pelo indivíduo e guiam nossos projetos de vida. O sujeito é concreto, historicamente situado, de modo que a comunidade em que se situa é constitutiva de sua personalidade (Sandel, *The Procedural Republic and the Unencumbered Self*, em: Goodin, Pettit (Eds.), *Contemporary Political Philosophy*, p. 247-55). A força do "fato do pluralismo" e o peso da diversidade de concepções nas sociedades contemporâneas levaram Rawls a reformular sua teoria de justiça em *Liberalismo político*, no qual reconhece que sua proposta não era totalmente realista, dada a pluralidade de doutrinas e visões de mundo, o que o leva a propor, diante de um pluralismo razoável, o consenso sobreposto, no qual a unidade social se baseia em um consenso sobre a concepção política de justiça, sendo a estabilidade alcançada mediante consenso quando os interesses essenciais dos cidadãos não entram em forte conflito com os requisitos de justiça (Rawls, *Liberalismo político*, p. 137).

20 Sobre um panorama do debate, ver: Feres Junior; Pogrebinschi, *Teoria política contemporânea*. Registre-se, porém, que há autores que são críticos ao que se convencionou chamar "multiculturalismo". No campo liberal, Brian Barry defende políticas universalistas e recusa o argumento de que as "políticas de diferença" possuem fundamento no princípio da igualdade. Para ele, o conceito de não discriminação, mediante análises concretas e dotadas de razoabilidade, é suficiente para enfrentar a realidade de minorias culturais (Barry, *Culture and Equality*).

22 Honneth, *Redistribution as Recognition*, em: Fraser; Honneth, *Redistribution or Recognition?*, p. 138-50.

23 Uma crítica comumente feita à teoria de Honneth consiste no fato de o autor inflar o conceito de reconhecimento, confundindo-o com a ideia de justiça, o que dificulta a tradução da concepção em uma categoria jurídica - como um direito ou um princípio. Nesse sentido, ver: Sarmento, *Dignidade da pessoa humana*, p. 249.

24 Taylor, *The Politics of Recognition*, em: Taylor; Gutmann (Eds.), *Multiculturalism*, p. 27-9.
25 "We define our identity always in dialogue with, sometimes in struggle against, the things our significant others want to see in us. Even after we outgrow some of these others - our parents, for instance - and they disappear from our lives, the conversation with them continues within us as long as we live" (Taylor, *op. cit.*, p. 33).

raís
: di-
: ira.
teó-
mo
al e
ta:
não
cisa
oga,
e de
em-
fem
ta e
lre-
ker-
XIX
05 e
As-
vro
Le-
l da
nos
O2)
kas
ida-
do
re-
re-
ck
(M)
sch
bre
re-
vas
-ão
iva

superior à primeira representaria um enfraquecimento do liberalismo e uma abertura de portas à intolerância.³¹ Jürgen Habermas, por sua vez, critica a teoria de Taylor por sua ambiguidade, ao não expressar claramente qual sua posição sobre Estado democrático constitucional, bem como pelo fato de se valer de uma concepção específica de vida boa. Para Habermas, a teoria dos direitos não é de todo cega às diferenças culturais, de modo que a interpretação de Taylor sobre o que seria a primeira forma de liberalismo incorre no paternalismo ao ignorar a ideia de autonomia pública, que só pode existir se aqueles a quem a lei se dirige podem compreender a si próprios como autores das leis perante as quais são sujeitos enquanto pessoas legais privadas.³²

Atenta às demandas por reconhecimento, mas opondo-se a Honneth e Taylor, Nancy Fraser tenta, em sua teoria de justiça, uni-las com as demandas por redistribuição, por meio de uma compreensão filosófica que trata aquelas como uma questão de justiça, e não de autorrealização.³³ Para tanto, desenvolve uma concepção bidimensional de justiça que compatibiliza demandas por igualdade social e pelo reconhecimento à diferença. Seu objetivo é demonstrar que a justiça requer ambas as coisas. A redistribuição estaria ligada à concepção liberal de esquerda (Rawls, Dworkin) e a uma visão de justiça procedimental calcada na moralidade de Hegel, ao passo que o reconhecimento decorreria da filosofia da consciência de Hegel, com base em uma noção de ética e de uma concepção de vida boa.³⁴

Buscando articular os conceitos não de forma filosófica, mas como paradigmas populares de justiça (*folk paradigms of justice*), Fraser observa que, em casos extremos, pode até não haver uma intersecção entre redistribuição e reconhecimento, como nos casos de diferenciação de classe (problema de redistribuição) ou na condição dos homossexuais³⁵ (problema de

31 Rockefeller Comentário, em: Taylor et al., *Multiculturalismo*, p. 106.

32 Habermas, Lutas pelo reconhecimento no Estado democrático constitucional, em: Taylor et al., *Multiculturalismo*, p. 130-1.

33 "For both Taylor and Honneth, being recognized by another is a necessary condition for attaining full, undistorted subjectivity. To deny someone recognition is to deprive her or him of a basic prerequisite for human flourishing" (Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*, em: Fraser, Honneth, *Redistribution or Recognition?*, p. 28).

34 Feres Junior, Pogrebinshi, *Teoria política contemporânea*.

35 A luta de classes estaria baseada no enfrentamento contra a exploração da força de trabalho, cuja solução seria redistribuição, abolição de classes. Já a homossexualidade seria uma diferenciação sem relação com a economia política, presente em todas as classes sociais, baseada

reconhecimento). Na maioria dos casos, porém, nenhuma das políticas é capaz de resolver a questão isoladamente. Nas questões de gênero, por exemplo, incidem tanto aspectos redistributivos, relacionados à divisão entre trabalho produtivo pago (desempenhado por homens) e trabalho doméstico não pago (desempenhado por mulheres) e diferenças de remuneração no primeiro, quanto aspectos de reconhecimento, em razão do padrão institucionalizado de valores culturais que privilegia a masculinidade e da subordinação de status que sofrem as mulheres. Nas questões raciais, ocorre o mesmo: certos grupos sofrem taxas altas de desemprego e de pobreza em razão dos tipos de trabalho que lhes são destinados, enquanto mão de obra supérflua. Ao mesmo tempo, quanto ao status, padrões eurocêntricos de valores culturais privilegiam o que estiver associado ao branco, enquanto estigmatiza aquilo que se relaciona ao preto, ao amarelo, tratando-os como inferiores.

Para enfrentar o dilema redistribuição-reconhecimento, Fraser propõe um critério normativo, a paridade de participação, que permite avaliar a legitimidade de demandas identitárias. Existiriam duas condições para a paridade de participação: a) a distribuição dos recursos materiais deve assegurar aos participantes independência e "voz"; b) os padrões institucionalizados de valor cultural devem expressar igual respeito a todos os participantes da sociedade e garantir oportunidades iguais para conquistarem a estima social.³⁶ Com esse critério, neutralizam-se demandas que tenham por finalidade de deslegitimar o outro (como demandas da Ku Klux Klan, por exemplo) e

em padrões institucionalizados de valores culturais que constroem a heterossexualidade como natural e normativa. Nancy Fraser constrói tipos ideais a partir desses extremos, embora reconheça que mesmo nesses casos é possível identificar a confluência de demandas, como no caso da estigmatização da pobreza: "For practical purposes, then, virtually all real-world axes of subordination can be treated as two-dimensional. Virtually all implicate both maldistribution and misrecognition in forms where each of those injustices has some independent weight, whatever its ultimate roots. To be sure, not all axes of subordination are two-dimensional in the same way, nor to the same degree. Some, such as class, tilt more heavily toward the distribution end of the spectrum; others, such as sexuality, incline more to the recognition end, while still others, such as gender and 'race', cluster close to the center. The precise proportion of economic disadvantage and status subordination must be determined empirically in every case" (Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*, em: Fraser, Honneth, p. 25).

36 Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation*, em: Fraser, Honneth, *Redistribution or Recognition*, p. 36.

busca-se garantir recursos materiais para que os grupos e indivíduos possam se expressar.

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

A proposta de Nancy Fraser gera especial interesse de aplicação em uma realidade marcada pela desigualdade, como é a da sociedade brasileira. A marginalização histórica de negros, povos indígenas e outras populações tradicionais, mulheres, homossexuais e outras minorias gera repercussões tanto nos campos de distribuição como no de reconhecimento. Por muito tempo – e ainda hoje – tenta-se reduzir os problemas atinentes ao racismo e à exclusão unicamente a uma questão social, o que é constantemente desmentido pelas estatísticas.³⁷ Da mesma forma, no trato de povos indígenas, diante de um cenário de extrema vulnerabilidade, a adoção de políticas compensatórias por meio de programas de transferência de renda não é suficiente para lidar com as peculiaridades socioculturais de cada grupo, uma vez que o incremento de rendimentos, sem a garantia de território ou do livre desenvolvimento de sua cultura, pode gerar desagregação social e internalização de práticas não cultivadas pelo grupo.

37 Em trabalho do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, apontou-se que, em 2004, as mulheres alcançavam 63% da renda masculina, e, em 2014, esse número chegou a pouco mais de 70%. Apesar da aproximação de rendimentos, não houve uma alteração efetiva da estrutura das desigualdades: os homens ganham mais que as mulheres (R\$ 1.831 x R\$ 1.288, em 2014), as mulheres negras estão na base da pirâmide (R\$ 946) e os homens brancos, no topo (R\$ 2.393) (Brasil, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, *Nota Técnica n.24: mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nr_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf. Acesso em: 23 set. 2016).

Além disso, a caracterização dos remédios como "afirmativos" ou "transformativos" possui relevância na indicação de rumos para a emancipação de uma minoria étnica oprimida. Certas medidas de caráter meramente afirmativo não contribuem com a real autonomia de povos indígenas e muitas podem reforçar uma estigmatização. Em praticamente todos os temas é possível analisar os remédios adotados (sobretudo afirmativo e afirmativo com visões transformativas) e identificar a melhor condução de uma política. Por exemplo, no âmbito da saúde, a criação de um subsistema de saúde, com atenção diferenciada aos povos indígenas, é relevante, porém tem um impacto limitado se não for acompanhada de um controle social efetivo pelos próprios indígenas, com uma diretriz efetivamente intercultural, não pautada apenas na biomedicina, mas também referendando práticas tradicionais dos grupos. Outro caso exemplar é o da consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cuja aplicação pode representar uma mera embalagem pluralista, por meio de realização de audiências homologatórias, com direito à participação dos indígenas (logo, afirmativo), ou pode ganhar contornos de um processo de efetivo consentimento prévio, livre e informado desses povos (transformativo).³⁸

A concretização da aproximação entre liberalismo e multiculturalismo e o destaque à realidade de povos indígenas são feitos por Will Kymlicka. O autor, que é canadense, considera que a teoria liberal abrange os direitos coletivos e aceita os direitos específicos de grupo, sem a necessidade de que o

38 Para César Rodriguez Garavito, uma adoção débil da consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção 169/OIT, é aquela que a trata como mecanismo meramente procedimental, em que o foco está na mera participação dos povos indígenas, e não em seu consentimento. Nesse processo, desconsideram-se as assimetrias existentes e deixam-se intoxicadas as relações de poder, propiciando uma atuação agressiva do agente econômico, mas sob uma roupagem que absorve o discurso do "empoderamento" das comunidades. Com o estratagem feito, boa parte dos processos que vão às cortes tratam do cálculo do dano ambiental e cultural que pode causar o projeto econômico e de uma forma de compensação para o povo que sofre. O mesmo ocorre com muitos litígios originados na omissão da consulta ou nas consultas feitas inadequadamente. Como exemplo, cita o caso do povo Embera, quando da construção da represa Utrá em área de conflito na Colômbia (Sentença T-652/98), em que a tramitação do processo e a decisão judicial favorável não foram suficientes para impedir a exploração dos recursos. O autor observa que é possível, porém, uma visão contra-hegemônica, baseada na autodeterminação e na incorporação de estratégias jurídicas pelos povos indígenas para a sua mobilização política, que recuse uma adoção meramente conciliatória do procedimento de consulta. Esse tipo de atuação é que estaria pautando os Embera contra a expansão da represa (Garavito, *Etnicidad gov.*).

Estado patrocine concepções específicas de vida boa – no que difere de Taylor –, por isso propõe uma complementação da teoria de direitos humanos por uma teoria de direitos de minorias, que leve em conta que a autonomia e a escolha individual dependem do acesso à cultura societária do grupo. Os direitos de minoria seriam, para Kymlicka, consistentes com a teoria liberal devido a razões baseadas na igualdade, no consenso histórico e na diversidade.³⁹ Para desenharmos a proteção dos direitos de grupos, propõe uma diferenciação inicial entre os grupos culturais: minorias nacionais e grupos étnicos. As primeiras se caracterizam por desejarem se manter como distintas na cultura majoritária, demandando formas de autonomia e de autogoverno para garantir sua sobrevivência como sociedades distintas, o que envolveria povos indígenas e grupos como os francófonos de Quebec, no Canadá, ao passo que as segundas desejam se integrar a uma sociedade mais ampla e a serem aceitos como membros plenos dela, como é o caso de imigrantes e da população negra. Essa classificação pode conter temperamentos, como no caso de grupos de imigrantes que passam a desejar o autogoverno e almejar a criação de minoria nacional. Um Estado é multicultural se os seus membros pertencem a diferentes nações (Estado multinacional) ou se emigraram de diferentes nações (Estado poliético), desde que esse fato constitua um aspecto importante da identidade pessoal e da vida política. Nessa classificação não se incluem as mulheres, as pessoas homossexuais e outros grupos que são encontrados na maioria das culturas e nações homogêneas.

Kymlicka estabelece, ainda, dois tipos de direitos de grupo: as proteções externas e as restrições internas. As proteções externas consistiriam em mecanismos para assegurar os direitos de um determinado grupo em face da sociedade hegemônica, notadamente contra decisões externas. Um exemplo clássico é a demanda por terras, mas podem ser citados direitos próprios de

39 Segundo Kymlicka, a igualdade impõe garantir a retificação da desvantagem das culturas minoritárias em relação às decisões majoritárias – causada pela imposição da língua, dos currículos em escola pública, estabelecimento de feriados etc. –, por meio de autonomia territorial, poderes de veto, representação assegurada em instituições centrais, demandas por terras, direitos referentes à língua. O consenso histórico remonta à tentativa de superar as consequências das incorporações involuntárias de determinados grupos, como as decorrentes da colonização. Esse acordo teria por objetivo tornar a federação mais voluntária. Já a diversidade de cultural é um valor por si só, que contribui para a riqueza de todos, mas não possui tanto peso em relação às minorias nacionais, se comparadas a medidas de integração, com menores impactos à coletividade como um todo (Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, cap. 6).

saúde e direitos de representação.⁴⁰ Tais proteções seriam, na visão do autor canadense, consistentes com a democracia liberal, por promoverem a igualdade entre grupos e não permitirem a opressão de um sobre o outro.⁴¹ Não haveria tampouco conflito com direitos individuais. Já as restrições internas se caracterizariam pelo respeito aos indivíduos que se situam em determinado grupo e não podem ser oprimidos por decisões internas – o que geraria uma dupla opressão. Essas restrições seriam menos condizentes, na visão de Kymlicka, com o liberalismo, de modo que mereceriam maior enfrentamento. Já as proteções externas seriam plenamente condizentes com a teoria liberal.

A teoria do autor canadense oferece, assim como a de Nancy Fraser, ferramentas úteis para tratar de direitos de grupos, como as proteções externas e restrições internas, e afasta o caráter neutro do Estado liberal para realçar os direitos de certos grupos (as minorias nacionais), em especial os de autogoverno e os territoriais, como essenciais para que tenham voz e se organizem em condições minimamente adequadas para exercer a participação política. As proteções externas são fundamentais para garantir os modos de organização dos povos indígenas, enquanto grupo e individualmente. Nesse sentido, a proteção territorial ganha especial relevância, assim como todos os aspectos ainentes às suas peculiaridades socioculturais (trabalho, saúde, educação). Paralelamente, a visão fortemente negativa quanto a restrições internas, além de proteger os indivíduos do grupo, denota uma certa dificuldade da teoria de Kymlicka em lidar com culturas que não sejam pautadas por valores liberais ou ao menos reconhecer as diversas possibilidades de aprendizagem do reciproco entre as culturas.

Considerando os debates em torno do multiculturalismo, pode-se dizer que há um chamado multiculturalismo liberal, que reconhece a diferença e preconiza que o Estado não deve se manter neutro, impondo-lhe a adoção de medidas que protejam os direitos de certos grupos minoritários. Isso não significa, porém, que necessariamente deva patrocinar uma determinada

40 O autor apresenta então três formas de direitos de grupos: direitos de autogoverno, direitos políticos e direitos especiais de representação. Os direitos de autogoverno buscam assegurar autonomia sobre determinado território e geralmente são invocados por minorias nacionais ou povos indígenas. Já os direitos políticos podem ser invocados por todos os grupos. Por fim, os direitos de representação seriam uma consequência do autogoverno quanto a decisões federais que possam colocá-lo em risco.

41 Kymlicka, *The Good, the Bad and the Intolerable: Minority Group Rights*, em: Goodale (Ed.), *Human Rights*, p. 60.

concepção de vida boa nem restringir a autonomia dos membros do grupo. A proteção da identidade desses grupos deve ocorrer com o fim de assegurar a igualdade perante o restante da sociedade envolvente e de manter a respeito às suas cosmovisões e formas de organização, por meio de direitos de respeito às suas cosmovisões e formas de representação e direitos culturais.

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

Outro aspecto marcante é o risco de essencialismo no estabelecimento de exigências para classificar como minorias nacionais os povos indígenas, que se manifesta por meio da idealização da organização desses povos, reproduzindo certas exigências próprias de uma visão estigmatizante, como um território ancestral, geralmente rural, com uma natureza selvagem, práticas culturais atávicas, economia de subsistência e pleno desejo de manter-se como comunidade cultural distinta da comunidade majoritária.⁴² Tal aspecto merece reflexão no caso brasileiro, em que os séculos de homogeneização e imposição de costumes, línguas e cosmovisões acarretaram fortes prejuízos às identidades de alguns grupos, a despeito de se manterem etnicamente vinculados, situação que foi historicamente utilizada para negar-lhes direitos, sobretudo à terra. No país, além de povos indígenas que se organizam como minorias nacionais (na conceituação de Kymlicka), há populações indígenas que interagem com a sociedade envolvente como grupos étnicos e que não mais vivem em seus territórios, sendo, inclusive, beneficiários de certas

42 Essas são as cinco características do chamado "modelo antropológico indigenista", conforme classificação de Daniel Bonilla Maldonado. Para o autor, o modelo "territorializa", "ecologiza" e essencializa a identidade indígena, que seria estável e imutável. Haveria um verdadeiro indígena, aquele que vive em território ancestral de sua comunidade (Maldonado, *Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal*, *Revista Direito GV*, v.7, n.2, p.569-604, 2011).

políticas públicas,⁴³ como as ações afirmativas, e, entre os dois grupos, há os que se organizam de forma diferenciada, em terras não tradicionalmente ocupadas ou mesmo nas cidades, porém desejam afirmar-se como grupo autônomo perante a sociedade envolvente.

2. As epistemologias do Sui: interculturalidade crítica e novo constitucionalismo latino-americano

Diante do cenário histórico de homogeneização e marginalização desses grupos, que se submeteram a toda a sorte de violências materiais e simbólicas na construção de uma identidade nacional artificial, não basta reconhecer o fato do pluralismo ou oferecer-lhes direitos mínimos; é necessário encarar os colonialismos⁴⁴ e dar condições para que as transformações sociais se operem com ampla liberdade a esses povos para que exerçam seus projetos de vida e possam ter suas escolhas respeitadas.

Como afirma Aníbal Quijano, o fato de o processo de independência dos Estados na América Latina ter ocorrido sem a descolonização da sociedade indica uma rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais. A colonialidade do poder atinge o imaginário dos dominados e

43 Ressalte-se que não há necessária oposição entre ostentar uma condição ou outra. Ao contrário, é plenamente possível que membros de determinado grupo continuem com fortes vínculos ao território e interajam com a sociedade envolvente, reivindicando direitos atinentes a ambos os grupos.

44 Há certas diferenças nas aplicações dos termos, mas a maioria dos autores concorda que o colonialismo externo se identifica com uma forma específica de dominação político-administrativa, datada historicamente, que organiza o mundo em torno de metrópoles/colônias e basicamente tem a ver com a organização da dominação em termos políticos, ao passo que o colonialismo interno se refere à manutenção de formas de dominação mesmo após os processos de independência (nesse sentido, ver: Casanova, El colonialismo interno, em *Sociología de la explotación*. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130909101239/colonia.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2017.). A noção de colonialidade, por sua vez, liga-se a um padrão de poder global que inclui o colonialismo e vai mais além, abrangendo o pensamento no qual seguem sendo perpetuadas diferenças, subalternidades, dominações e subordinação, identidades fixas e homogeneizadoras (índio, mestiço, negro). Paulo Thadeu Gomes da Silva (que se vale da expressão "colonialidade interna") cita como exemplos desta as práticas de exploração dos índios pelos não índios como mão de obra barata, a necessidade de compração de posse das terras que reivindicam como seus territórios, a presença de missões evangelizadoras nas áreas indígenas e a ausência de representatividade indígena no parlamento (Silva, *Os direitos dos índios*, p.204)

da-
do
do
re-
nk
(M)
Arh
bre
ne-
vus
-ão
iva

recai sobre os modos de conhecer, produzir conhecimento, produzir perspectivas, imagens e sistemas de imagens, símbolos, modos de significação, em que a modernidade, a racionalidade e o eurocentrismo são, de um lado, o topo da marcha da história, ao passo que, de outro, há inferioridade, embaço e pré-modernidade.

Reconhecer as mazelas da colonialidade apresenta-se como tarefa primordial para verificar os limites da cultura política ocidental e assegurar uma emancipação social que seja construída a partir do Sul, não do Norte. Um "Sul" simbólico dos oprimidos, não geográfico. Pensa-se em epistemologias do Sul, com apelo aos novos processos de produção e de valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos, e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as desigualdades injustas e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo. Como afirma Boaventura de Sousa Santos, o Sul é uma metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e pelo colonialismo em nível global e também da resistência para superá-lo ou minimizá-lo,⁴⁶ com uma compreensão mais ampla de mundo que a ocidental, que leve em consideração a diversidade infinita dos modos distintos de ser, pensar e sentir, de conceber o tempo, a relação entre seres humanos e entre humanos e não humanos, de olhar para o passado e o futuro, de organizar coletivamente a vida, a produção de bens e serviços e o ócio. Constitui, assim, não uma alternativa, mas um pensamento alternativo de alternativas, com ênfase na *desmonumentalização* do conhecimento.

Os dois fundamentos centrais dessa epistemologia do Sul são a ecologia de saberes e a tradução intercultural. A ecologia de saberes decorre da diversidade epistemológica e pressupõe múltiplas concepções de ser e estar no mundo. Já a tradução intercultural vincula-se a um procedimento que permita criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis como as possíveis.⁴⁷ Nesse cenário, a expressão "interculturalidade" se mostra mais feliz que "multiculturalismo", pois não se

45 Quijano, Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina, em: Landolt (Org.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, p. 26.
46 Santos, Epistemologías del Sur, *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, año 16, n. 54, p. 17-39, jul.-set. 2011.
47 *Ibid.*, p. 37.

contenta em apenas reconhecer o fato das múltiplas culturas, mas também em preconizar um diálogo que reconheça as incompletudes mútuas e permita a troca entre os diferentes saberes, por meio da chamada hermenêutica diatópica.⁴⁸ Reconhece-se a pluralidade de culturas e propõe-se uma visão intercultural que confira ênfase ao diálogo em igualdade de condições entre os grupos que compõem uma sociedade, pressupondo uma troca de cosmovisões e um aprendizado recíproco. Para isso ocorrer, conferir voz a grupos indígenas é essencial, sob pena de os paradigmas serem constituídos unicamente sob uma concepção, que tolhe a possibilidade de eles efetivamente exercerem sua autonomia e contribuírem para a construção de uma sociedade plural.

A interculturalidade deve representar um efetivo projeto de descolonização ("decolonialidade") e transformação, e não apenas ser funcional ao modelo existente, olvidando-se as assimetrias e as desigualdades sociais existentes, conforme ressalta Catherine Walsh, que enfatiza o papel da educação na construção de uma interculturalidade crítica e a transformação das estruturas institucionais.⁴⁹ A chamada opção decolonial – sem o "s", para enfatizar um processo construtivo e não destrutivo – tem o fim de conferir uma possibilidade de desprendimento e abertura ao pensamento, tão encoberto pela racionalidade moderna.⁵⁰ A autora faz a distinção entre a interculturalidade crítica e a interculturalidade meramente funcional: enquanto esta parte dos interesses e necessidades das instituições sociais dominantes, aquela enfatiza o problema do poder, seu padrão de racialização e a

48 Daí surge a já consagrada expressão de que "temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos desracializa". Nesse sentido, ver: Santos, *A gramática do tempo*, p. 462.
49 Walsh, Interculturalidad crítica y educación intercultural, em: Vainà, Tapia, Walsh, *Interculturalidad crítica y educación intercultural*, p. 73-96. Um aspecto ressaltado pela autora diz respeito às reformas no âmbito da educação que, sob o pretexto de fortalecer o caráter multicultural da sociedade, reforça estereótipos e colonialismos: "Este problema se puede observar, entre otros ámbitos, en la producción de textos escolares, la formación de maestros y los currículos usados en las escuelas. Bajo el pretexto de la 'interculturalidad', las editoriales de libros escolares asumen una política de representación que, mientras incorpora imágenes de indígenas y negros, refuerza estereotipos y procesos coloniales de racialización (Granda, 2004)".
50 Mignolo, El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto, em Castro-Gómez, Grosfoguel (Eds.), *El giro decolonial*, p. 27.

di-
-ira
:co-
mo
al e
ita.
não
-isa

da-
do
re-
ck
(N)
ch
bre
ca-
re-
vas
-do
iva

diferença, representando uma construção a partir das pessoas que sofreram um histórico de submissão.⁵¹

Daniel Bonilla Maldonado propõe a construção de um modelo multicultural pluralista, que aposte no diálogo, reconhecendo as características dos diversos grupos e quebrando-se a estrutura hierarquizada que dá precedência à visão liberal. A fim de assegurar esse tratamento, estabelece cinco condições:⁵² i) o Estado deve ser efetivamente imparcial em relação às comunidades culturais, acomodando-as e não impondo uma visão majoritária; ii) deve-se conferir o máximo de autogoverno às comunidades tradicionais, em especial aos povos indígenas; iii) existência de uma moralidade mínima, com pequena intervenção estatal e possibilidade de amplo diálogo entre as sociedades; iv) a possibilidade de saída da comunidade por parte de um membro, quando não concordar com suas práticas e modos de vida; v) a existência de diálogos interculturais.

O diálogo intercultural não pode prescindir do entendimento acerca das compreensões do outro. O primeiro passo para que isso seja garantido pressupõe admitir que os povos indígenas possuem cosmovisões próprias. Em muitos casos, seus conceitos e percepções da realidade partem de pressupostos totalmente distintos dos nossos. Por exemplo, enquanto a antropologia, na tradicional distinção natureza/cultura, aponta a existência de uma natureza única, tomada pela universalidade objetiva dos corpos e das substâncias, e de múltiplas culturas, Eduardo Viveiros de Castro observa que o pensamento indígena vê uma unidade no espírito e uma diversidade nos corpos, ou seja, uma única cultura e distintas naturezas. Na cosmologia andina, os animais não veem a si próprios como não humanos, mas como humanos, e veem seu alimento como alimento humano (o sangue, para o jaguar, seria um cauíni; os vermes de carne podre, para um urubu, seriam um

51 "Esta matriz cuatri-dimensional de la colonialidad evidencia que la diferencia, construida e impuesta desde la colonia hasta los momentos actuales, no es una diferencia simplemente asentada sobre la cultura y tampoco es reflejo de una dominación enraizada sólo en cuestiones de clase, como ha venido argumentando gran parte de la intelectualidad latinoamericana. Más bien, la matriz de la colonialidad afirma el lugar céntrico de raza, racismo y racialización como elementos constitutivos y fundantes de las relaciones de dominación y del capitalismo mismo. Es en este sentido que hablamos de la 'diferencia colonial', sobre la cual está asentada la modernidad y la articulación y crecimiento del capitalismo global" (Walsh, *Interculturalidad crítica y educación intercultural*, em: Viana, Tapia, Walsh, *Interculturalidad crítica y educación intercultural*, p. 75-96).

52 Maldonado, *La constitución multicultural*, p. 271-83.

peixe assado), além de possuírem um sistema social idênticamente organizado ao das instituições humanas. Os animais também seriam gente e se veeriam como pessoas. Segundo o chamado perspectivismo ameríndio, não é a natureza que é única, mas a cultura. Nem mesmo a expressão "multiculturalismo" seria cabível para povos indígenas, já que haveria uma única cultura, sendo mais correta a expressão "multinaturalismo".⁵³

Como afirma Davi Kopenawa, xamã e líder Yanomami, os brancos têm um pensamento "curto e obscuro", que não se expande nem se eleva, por medo da morte e porque os seus sonhos não vão tão longe quanto o do seu povo. Embora não possuam leis desenhadas em peles de papel, os Yanomami possuem a imagem de Omama – o demiurgo com quem copulou a filha do monstro aquático Tëpëtsiki, dono das plantas cultivadas, e deu origem a esse povo – e a de seu filho, o primeiro xamã, que são a sua lei e governo. As palavras de Omama e dos espíritos penetraram no pensamento com a *yokhodu* e o sonho, e as leis são guardadas desde o início: "O que eles (os brancos) chamam de educação, para nós são as palavras de Omama e dos *xapini*, os discursos *heraxamu* de nossos grandes homens, os diálogos *wuyamtu* e *yáimtu* de nossas festas. Por isso, enquanto vivermos, a lei de Omama permanecerá sempre no fundo de nosso pensamento", afirma.⁵⁴

Efetivar um diálogo intercultural pressupõe uma abertura a essas cosmovisões. É necessário que o aprendizado recíproco se realize a partir de uma visão empática que se coloque no lugar do outro e permita que as normas sejam criadas e interpretadas de maneira a levar em consideração essas novas percepções da realidade e assegurar o devido espaço à sua apresentação.

Os ordenamentos do chamado ciclo do constitucionalismo pluricultural, ocorrido em vários países da América Latina, na expressão feliz de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo,⁵⁵ acolhem uma visão que respeita o pluralismo e a

53 O perspectivismo ameríndio foi desenvolvido por Eduardo Viveiros de Castro para demonstrar, em breve síntese, que os povos indígenas que habitam a América possuem, em geral, cosmovisões similares quanto à caracterização da natureza e aos aspectos humanos nos seres não humanos. Sobre o tema, ver: Castro, *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia*.

54 Kopenawa, Bruce, *A queda do céu*, p. 391.

55 O primeiro ciclo é o do constitucionalismo multicultural (1982-1988), marcado pela emergência do multiculturalismo e por novas demandas indígenas. Nesse ciclo, são introduzidos o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e o direito individual e coletivo à identidade cultural, com alguns direitos indígenas

di-
ira
eo-
mo
al e
ria:
não
:isa
rais
da
o,
e de
em-
tem
la e
irei-
len-
XIX
os e
As-
vto
L-
'da
dos
ozl
'cos
da-
do
do
re-
ndx
(M)
rch
bre
ca-
ne-
vos
ão
iva

diversidade étnico-cultural, convertendo-os em princípios constitucionais. As constituições do último ciclo – Bolívia e Equador – são as que oferecem melhores noções interpretativas para uma hermenêutica diatópica com relação a esses povos. A Constituição do Equador traz direitos próprios da natureza, utilizando tanto o termo “natureza” como a palavra *Paqchamama*, atrelada às cosmologias dos povos indígenas. Entre os direitos está o respeito à sua existência e a manutenção e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos (art. 72). Além disso, a natureza ou *Paqchamama* tem direito à restauração integral (art. 73), independentemente da obrigação de indenizar. Outro conceito introduzido é o de *sumak kawsay* ou *huaytirir*, que permite o encontro dos saberes tradicionais com ideais ocidentais de qualidade de vida ou desenvolvimento humano.⁵⁶

A Constituição da Bolívia reconhece o protagonismo da ampla maioria indígena que compõe sua população e assegura as formas de organização desses povos na formatação de conceitos próprios da sociedade envolvente. Em primeiro lugar, o Estado boliviano passa a ser plurinacional, conferindo-se peso à autonomia dos povos tradicionais. Por exemplo, é reconhecida uma forma comunitária de democracia, ao lado da participativa e da

representativa, a qual se dá por meio da eleição, designação de autoridades e representantes por normas e procedimentos próprios. Existe ainda uma possibilidade de constituição de entidades territoriais autônomas, com autonomia política fora dos municípios, que não poderá extrapolar a área dos departamentos, o que se consolida por meio de procedimentos de consulta.⁵⁷ Outro aspecto relevante diz respeito à jurisdição indígena originária campesina (art. 190), cujas normas, procedimentos, princípios e valores culturais não são impostos, mas oriundos das próprias etnias. As decisões só podem ser revistas por um Tribunal Constitucional Plurinacional, de cuja composição também fazem parte indígenas.⁵⁸

A ideia de *virir bien* ou *sumaj qamamã* é representativa da incorporação das cosmologias dos povos indígenas à organização do Estado e à interpretação das normas constitucionais. *Virir bien* é um conceito que ressalta a importância de uma relação harmônica com a natureza, recusando uma visão predatória pautada pelo egoísmo e pela concentração da riqueza. A Constituição boliviana prevê, em seu art. 313, propósitos para que se alcance o *virir bien*, o que abrange o respeito a direitos individuais e dos povos, a distribuição justa da riqueza, a redução das desigualdades quanto ao acesso a recursos, o desenvolvimento produtivo e a participação ativa das economias pública e comunitária no aparato produtivo.

A implementação desses projetos constitucionais não é uma tarefa simples, já que conflita com interesses econômicos privados e do Estado, que desejam relativizar a aplicação de certos preceitos. Por exemplo, no Equador, pouco tempo após a vigência da nova Constituição, o governo de Rafael Correa aprovou uma lei de mineração sem a realização de consulta prévia.⁵⁹ Na Bolívia, não é incomum a tensão entre a visão desenvolvimentista e a concepção de “*buen vivir*”, como demonstra o impasse referente à constituição

específicos. São desse ciclo as constituições do Canadá, da Guatemala e do Brasil. O segundo ciclo é o do constitucionalismo pluricultural (1989-2005), no qual as constituições afirmam o direito à identidade e à diversidade cultural, além de incluir o conceito de nação múltipla/multicultural e Estado pluricultural, qualificando a natureza da população e adotando uma redefinição do caráter do Estado. Adota-se um rol de direitos, na esteira da Convenção 169/OIT, como oficialização de idiomas indígenas, educação bilingue intercultural, consulta prévia etc. A maior inovação diz respeito ao reconhecimento do pluralismo jurídico, mediante o reconhecimento expresso de autoridades indígenas, suas normas e procedimentos. São desse período as constituições dos seguintes países: Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999). O terceiro ciclo é o do constitucionalismo plurinacional (2006-2009), por meio do qual se propõe uma refundação do Estado, mediante o reconhecimento de que os povos indígenas são nações originárias ou nacionalidades com autodeterminação, ou seja, sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu destino, governar-se com autonomia e participar nos novos pactos do Estado, que se apresenta como “Estado plurinacional”. Além disso, incorpora-se a cosmologia indígena, o que se traduz no direito à água, ao “*buen vivir*”, à segurança alimentar, entre outros. São desse ciclo as constituições da Bolívia e do Equador. Sobre os ciclos, ver Fajardo, Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista, em: Baldi (Coord.), *Aprender desde o Sul*, p. 33-57.

56 Sobre as mudanças provocadas pelo chamado “giro biocêntrico” da Constituição equatoriana, ver: Gudyña, La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador, *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, n. 32, p. 34-47, abr. 2009.

57 Leonel Junior, *O novo constitucionalismo latino-americano*, p. 133-4.

58 Uma crítica diz respeito ao fato de que o juiz indígena é eleito pelo departamento onde está situado, e não no território propriamente dito. Cf. Leonel Junior, *O novo constitucionalismo latino-americano*, p. 140.

59 A questão chegou à Corte Constitucional, que não declarou a inconstitucionalidade da lei, em razão do fato de o país estar em transição institucional e de a consulta não estar regulamentada, limitando-se a estabelecer algumas regras procedimentais para a consulta. A decisão mostra que o grau avançado do texto constitucional não redunda necessariamente em uma prática constitucional efetivamente intercultural (Corte Constitucional do Equador, Sentença 001-10-SIN-CC, de 18 de março de 2010).

de uma estrada que atravessaria o Território Indígena y Parque Nacional Isiboro-Sucure (Tipnis), em que não se observou o direito à consulta prévia, com forte mobilização dos indígenas e repressão do governo de Evo Morales.⁶⁰ Ainda é cedo, pois, para avaliar os impactos das transformações promovidas por essas constituições, porém é certo que elas se debatem sobre as bases materiais das respectivas sociedades e buscam realizar reformas que levem em conta outros arranjos institucionais e as peculiaridades de sua formação.⁶¹ Nesse aspecto, o respeito às cosmovisões indígenas e a garantia de direitos que as leve em conta florescem, mas existe o desafio de fazer a prática constitucional acompanhar tais mudanças.

Um outro país latino-americano que merece destaque é a Colômbia. Apesar de sua Constituição, de 1991, figurar no segundo ciclo (Constitucionalismo pluricultural), há um papel destacado da Corte Constitucional na defesa de direitos indígenas. O país possui uma população indígena de tamanho similar à do Brasil – cerca de um milhão e quinhentos mil habitantes –, e a Constituição, além de reconhecer a diversidade étnica e cultural e o princípio da igualdade entre as culturas (art. 70), acentua aspectos como a participação política,⁶² a previsão de uma jurisdição própria⁶³ e autonomia política na condução do autogoverno nas entidades territoriais indígenas.⁶⁴ Além

60 Brandão, *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*, p. 165-6.

61 Roberto Gargarella e Christian Courtis apontam que as constituições boliviana e equatoriana apresentam mudanças de organização interna e forte comprometimento com a recusa às tradições constitucionais individualistas e elitistas. Além disso, ambas incluíram referências a uma nova filosofia a conduzir o novo texto constitucional, baseado na ideia de *Parhamama* (Equador), *samud kawsay* e *buen vivir* (Gargarella; Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, em: Baldi (Coord.), *Aprender desde o Sul*, p. 69).

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

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

64 "Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo; 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; 4. Percibir y distribuir sus recursos; 5. Velar por la preservación de

disso, certos arranjos institucionais contribuem para uma maior efetividade na proteção dos direitos dos povos indígenas, como o acionamento do controle concentrado de constitucionalidade por qualquer cidadão e a previsão da ação de tutela para a proteção de direitos fundamentais (art. 86), que pode ser proposta mesmo sem o auxílio de advogado.

Como consequência desse desenho institucional, a Corte Constitucional tem analisado várias questões sobre os direitos dos povos indígenas e criado uma jurisprudência que densifica os princípios constitucionais citados. O tema da consulta prévia, por exemplo, já foi objeto de várias decisões do tribunal, como a declaração de inconstitucionalidade do código florestal, em sede de controle abstrato,⁶⁵ e a suspensão de projeto de exploração petrolífera em território indígena em razão do não preenchimento de certos requisitos da consulta.⁶⁶ Além disso, já se decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta é insuficiente, devendo a comunidade ser informada do projeto e dos seus efeitos, bem como ter a oportunidade de livremente convocar os seus membros e representantes para avaliar as vantagens e desvantagens e possa ser efetivamente ouvida quanto às suas preocupações e quanto à factibilidade do projeto, cabendo às autoridades apresentar alternativas que permitam chegar a um acordo, tendo o entendimento atual evoluído para exigir o consentimento do povo afetado quando há risco à sua sobrevivência física ou cultural.⁶⁷ Outros temas discutidos

6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley. Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedo de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propondrá la participación de los representantes de las respectivas comunidades. Artículo 331. Créase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la acuación y la conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos tecnológicos y demás recursos naturales renovables. La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá en favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la nación."

65 Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-030/2008.

66 Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia SU-039/1997.

67 Sepúlveda, Garavito, Colômbia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social, em: Langford (Ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*, p. 254.

di-
ira
eó-
mo
al e
ta:
não
:isa
7015

93a,
ede
em-
em
a e
/rei-
licp-
XIX
os e
As-
vto
Le-
da
nos
22).
cas

da-
do
do
re-
ck
(M)
ch
bre
ca-
ne-
425
30
wa

3. Brasil: uma prática constitucional assimilacionista?

A Constituição brasileira conferiu destaque aos povos indígenas em vários artigos, e realça a adoção de um modelo que reconhece a necessidade de proteções externas para garantir o respeito ao modo diferenciado de vida desses povos.⁷⁶ Consagrando a autodeterminação (autogoverno), o art. 231, por exemplo, reconhece sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, que são aquelas habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, § 1º).

Os direitos territoriais foram assegurados, com a estipulação de um prazo de cinco anos para a conclusão dos processos demarcatórios (art. 67 do ADCT).⁷⁷ O reconhecimento da autodeterminação é limitado, uma vez que a propriedade da terra é da União, a ser conferida no processo administrativo de demarcação, a despeito do caráter declaratório da ocupação tradicional indígena. Os índios têm direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo das

76 Podem ser citados os seguintes dispositivos: art. 20, XI (terras indígenas como bens da União), art. 22, XIV (competência exclusiva da União para legislar sobre povos indígenas), art. 49, XVI (competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar em terras indígenas a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, bem como para a pesquisa e lavra das riquezas minerais); art. 109, XI (competência da Justiça federal em caso de disputa acerca de direitos indígenas), art. 129, V (atribuição do Ministério Público de defender judicialmente os direitos e os interesses das populações indígenas), art. 210, § 2º (garantia às comunidades indígenas da utilização de suas línguas e de seus processos próprios de aprendizagem), art. 215, § 1º (proteção pela União das manifestações das culturas indígenas), art. 231, art. 232 (capítulo próprio) e art. 67 do ADCT (prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações).

77 Para o STF, o prazo previsto no art. 67 do ADCT não é peremptório, tratando-se de "visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação", bastando a conclusão em tempo razoável (Supremo Tribunal Federal, MS 24.506, relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 22 de março de 2004, Plenário, DJ, de 28 de maio de 2004). Segundo a Funtai, atualmente existem 462 terras indígenas regularizadas, sendo 54% no Norte, 19% no Centro-Oeste, 11% no Nordeste, 10% no Sul e 6% no Sudeste (Informação disponível em: <http://www.funtai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas:start=2#>, Acesso em: 7 out. 2016). Há, no entanto, uma boa quantidade de terras que não sofreram dessa condição por estarem em estudo ou na fase de delimitação, declaração ou homologação. As terras ainda não regularizadas correspondem a cerca de 250, segundo dados de 2013. Ver: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/brasil-tem-672-terras-indigenas-entenda-como-funciona-demarcacao.html>. Acesso em: 10 out. 2016.

riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes na terra (§ 2º). O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados, porém, com autorização do Congresso Nacional, com prévia oitiva das comunidades afetadas, que teriam direito à participação nos resultados da lavra (§ 3º). Essa última previsão depende de lei, que ainda não foi regulamentada.⁷⁸ As terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º). Não há previsão sobre a relação dos territórios com os entes federativos, nem qualquer menção à representação política dos índios. Uma previsão que revela preocupação com o reconhecimento está no art. 215, § 1º, segundo a qual o Estado protegerá as manifestações das culturas indígenas.⁷⁹ O art. 216 também ressalta a proteção a formas de expressão e modos de criar, fazer e viver. Na educação, asseguram-se às comunidades a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Não há previsão específica sobre a saúde, porém, o ordenamento constitucional confere uma abertura para uma atenção diferenciada nesse âmbito.

Nos campos institucional e judicial, embora preveja no art. 232 que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, a Constituição fez uma aposta na atuação incisiva do Ministério Público, que detém a atribuição de defender judicialmente os direitos e interesses dessas populações. Além disso, apesar de reconhecer o pluralismo, o texto constitucional não incorpora as cosmologias indígenas nem prevê qualquer tipo de deliberação que contemple com uma participação específica dos povos tradicionais. Por isso, não se vê na carta qualquer previsão diferenciada sobre as relações com a natureza ou a correta valorização dos mecanismos próprios de deliberação dos índios, ou mesmo a valorização de suas manifestações e os impactos.⁸⁰

78 Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.610/1996, ao qual se juntaram vários outros projetos, que tratam da mineração em terras indígenas. O tema gera forte reação dos indígenas, uma vez que, além de representar o interesse na exploração de recursos em seus territórios, o projeto autoriza uma atividade que gera fortes impactos nas terras, não só econômicos e sociais (desaforamento, exploração de trabalho), mas também no meio ambiente.

79 Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, embora a Constituição não tenha adotado ao comunitarismo, esse dispositivo representa uma abertura a essa filosofia política, pois promove e protege a cultura nacional (Souza Neto; Sarmento, *Dirrito*, p. 214).

80 Sobre a cosmologia dos povos indígenas e sobre a forma como se transmite a memória entre os seus descendentes, Ailton Krenak observa que ler e escrever não são virtudes maiores que

A despeito de a Constituição não ter sido tão generosa e aprofundada quanto aos direitos dos povos indígenas na sua relação com a sociedade envolvente, boa parte das limitações do texto constitucional podem ser expandidas pela legislação infraconstitucional, tendo em vista o disposto no art. 231, que demanda o respeito às formas de organização própria e o respeito a usos, costumes e tradições, o que permite, por exemplo, a estruturação de certos tipos de representação e de medidas de respeito à jurisdição própria como medidas assecuratórias de reconhecimento aos modos de vida indígenas.

Pode-se dizer, assim, que o texto constitucional atende ao anseio multicultural liberal de assegurar proteções externas aos direitos de grupos, o que o faz em relação às suas terras, a seus modos de vida, à educação. Incorporam-se assim certos direitos especiais a esses povos, que são reconhecidos expressamente e servem de diretriz à interpretação da legislação infraconstitucional. Não há, porém, no texto, a internalização de cosmovisões indígenas – como constou em constituições posteriores que desenvolvem um diálogo mais profícuo com esses povos. Não obstante, isso não impede uma leitura intercultural, de viés decolonial, da Constituição, tendo em vista os compromissos com a autonomia dos povos indígenas e com o enfrentamento das desigualdades, de modo a assegurar políticas de reconhecimento e redistribuição.

andar, nadar, subir em árvores, correr, caçar, fazer um baldeio, um arco ou uma flecha." Acertado que quando uma cultura elige essas atividades como coisas que têm valor em si mesmas está excluindo da cidadania milhares de pessoas para as quais a atividade de escrever e ler não tem nada a ver. [...] Na nossa tradição, um menino bebe o conhecimento do seu povo nas práticas de convivência, nos cantos, nas narrativas. Os cantos narram a criação do mundo, sua fundação e seus eventos. Então, a criança está ali crescendo, aprendendo os cantos e ouvindo as narrativas. Quando ela cresce mais um pouquinho, quando já está aproximadamente com seis ou oito anos, aí então ela é esperada para um processo de formação especial, orientado em que os velhos e os guerreiros vão iniciar essa criança na tradição. Então, acontecem as cerimônias que compõem essa formação e os vários ritos, que incluem gestos e manifestações externas. Por exemplo, você fura a orelha. Fura o lábio para colocar o botoque. Dependendo de qual povo você pertence, você ganha sua pintura corporal, seu paramento, que vai identificar sua faixa etária, seu clã e seu grupo de guerreiros. Esses são os sinais externos da formação. Os sinais internos, os sinais subjetivos, são a essência mesma daquele coletivo. Então você passa a compartilhar o conhecimento, os compromissos e o sonho do seu povo" (Colin Ong, *Escontos* – Ailton Krenak, p.86-7). A Constituição reconhece o fato do pluralismo, mas embora assegure (pelo art. 231) os modos de vida próprios, não oferece mecanismos para que toda essa riqueza cultural e essas manifestações diferenciadas. A legislação infraconstitucional, especialmente a processual, ignora essa diferenciação, o que acaba penalizando esses povos.

Se o texto constitucional marca uma virada na descrição do tratamento dos povos indígenas e da relação desses grupos com o Estado brasileiro, o mesmo não pode ser dito, pelo menos com a mesma assertividade, em relação à prática constitucional brasileira. Ao lado da persistência de um ranço assimilationista na sociedade, que enxerga nos índios seres incapazes para a vida civil e que devem integrar-se, aos poucos, aos modos de vida de uma cultura hegemônica – período durante o qual devem ser objeto de medidas paternalistas, com ou sem patrocínio estatal⁸¹ –, verifica-se que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário reproduzem, em diferentes graus, essas percepções.

Logo após a promulgação da Constituição, o Poder Legislativo foi um espaço profícuo para a elaboração de leis de interesse dos povos indígenas. Apesar da não aprovação até hoje do chamado Estatuto das Sociedades Indígenas,⁸² que visava à atualização do Estatuto do Índio à luz da Constituição e tranzita há mais de vinte anos no Congresso, e da pouca atenção aos anseios indígenas na aprovação de projetos importantes, como os que tratam de concessão de florestas (Lei n. 11.284/2006), unidades de conservação (Lei n. 9.985/2000), conhecimento tradicional associado (Lei n. 13.123/2005) e código florestal (Lei n. 12.651/2012), entre outros, esse poder havia gerado, até o fim da década passada, algumas leis importantes, como a Lei n. 9.836/1999, que criou o subsistema de saúde indígena⁸³ e a instituição

81 Nesse sentido, pode ser citada a atuação de missões religiosas com o fim de coibir determinadas "práticas" de povos indígenas. Atuando à margem do Estado, com um fim salvacionista, promovem verdadeiras adoções "à brasileira" sem qualquer busca dos meios legais cabíveis. No âmbito estatal, um exemplo é a atuação que visa impedir a venda de bebida alcoólica, para atender a vetusto dispositivo do Estatuto do Índio (art. 58, III, da Lei n. 6.001/1973), não recebido pela Constituição.

82 O projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas foi elaborado em 1991 e até hoje não foi aprovado (Pl. 2.057/1991). Ele prevê uma ampla regulamentação de diversos aspectos atinentes aos povos indígenas, como direitos coletivos, acesso a recursos naturais, conhecimentos tradicionais, proteção territorial e ambiental, processos de demarcação etc.

83 O subsistema de atenção à saúde indígena foi previsto como parte integrante do SUS, com o qual deve funcionar em perfeita integração (art. 19-B), com financiamento por recursos próprios da União (art. 19-C). Permite-se a articulação com os órgãos da política indígena (art. 19-D) e facultar-se aos demais entes e instituições governamentais e não governamentais complementar o custeio e a execução das ações (art. 19-E). A lei previu a estruturação de unidades chamadas Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs), que consistem em "um espaço étnocultural dinâmico, geográfico, populacional e administrativo bem delimitado". O modelo dos DSEIs rompe com a lógica de atendimento voltado às divisões geopolíticas e centradas

de uma secretaria específica para essa política (Lei n. 12.314/2010), a aprovação da Convenção 169/OIT,⁸⁴ a inclusão obrigatória no currículo oficial da rede de ensino da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena"⁸⁵ e a criação do programa "Diversidade na Universidade" pela Lei n. 10.558/2002,⁸⁶ além da previsão de ações afirmativas em favor de indígenas nas universidades (Lei n. 12.711/2012).

Nesta década, o que se verifica é um movimento mais regressivo. O Legislativo vem sendo um *locus* em que são reiteradamente apresentadas projetos ou adotadas medidas que têm por objetivo restringir direitos ou impedir o trabalho de organizações que trabalham com os povos indígenas. Em relação às propostas de emendas constitucionais, além da PEC 215, que transfere a competência administrativa das demarcações para o Congresso, existe a PEC 76/2011, que prevê a facilitação do aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas. Quanto aos projetos de lei, há aqueles que tentam regulamentar o art. 231 da Constituição, com a descrição das condições fixadas no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, a previsão de que apenas as terras indígenas demarcadas no prazo de cinco anos do art. 67 do ADCT sejam assim consideradas,⁸⁷ a previsão do marco temporal de 5 de outubro de 1988 para o reconhecimento de direitos territoriais, além do projeto de mineração em terras indígenas.⁸⁸ Todos tramitam com celeridade. Além dos projetos contrários aos direitos indígenas, leis importantes como o novo Código de Processo Civil ou o Código Civil não incorporaram temas como a necessidade de se levar em consideração, em demandas do gênero, as formas específicas de reprodução da memória, notadamente a oral, e a valorização de meios de prova distintos dos documentais formalmente

produzidos em juízo, além da imprescindibilidade da perícia antropológica para contribuir à análise do juízo⁸⁹ e a possibilidade de um acesso à justiça diferenciado aos povos indígenas, menos formal e sem mediações, nos moldes da ação de tutela colombiana.⁹⁰ No campo do direito penal e processual penal, enquanto a tradução cultural vem sendo ignorada,⁹¹ a criminalização de práticas indígenas vem sendo discutida a todo vapor, como demonstra o avanço do projeto que prevê a criminalização de práticas tradicionais que ensinariam o chamado infantilício.⁹²

⁸⁹ Sobre o tema, ver: Araújo Junior, *Desafios à proteção da posse constitucional de terras indígenas*, em: Viorelli (Org.), *Temas atuais do Ministério Público Federal*, p. 523-42.

⁹⁰ O Código Civil de 2002 afasta expressamente a previsão de relativa incapacidade dos indígenas, o que é mera explicitação de algo que já não vigora desde a nova Constituição (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 10.406/2002). O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) não contém qualquer previsão específica sobre povos indígenas e é bastante tímido no tratamento das demandas de reintegração de posse, que muitas vezes afetam esses povos, cabendo registrar que foi prevista a citação pessoal dos ocupantes ou, se não for possível, a citação por edital (art. 554, § 1º), bem como a necessidade de realização de audiências conciliatórias em litígios coletivos (art. 565).

⁹¹ Ao analisar o projeto de Código de Processo Penal, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paulo Bajer Fernandes Martins da Costa ressaltam a importância da previsão de um tradutor cultural para auxiliar o juízo na compreensão do contexto cultural do deponente ou da demanda, que comença a organização sociopolítica e cultural do grupo étnico, a fim de garantir elementos que permitam um melhor entendimento sobre a cosmovisão indígena no caso, permitindo identificar o chamado erro culturalmente condicionado. Castilho, Costa, *O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas*, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁹² PL n. 1.057/2007, conhecido como "Lei Muwaji", em homenagem a uma indígena da etnia Suruwahá que retirou sua filha da aldeia com o apoio de entidades religiosas. Esse projeto dispõe sobre o "combate a práticas tradicionais nocivas e a proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas". A forma como um tema como este, dotado de enorme complexidade, com posições defensáveis de ambos os lados, é conduzida demonstra a precariedade do diálogo intercultural no país. Não há no projeto qualquer tentativa de diálogo ou de entender as práticas, mas tão somente de assegurar o combate a tais práticas tidas como nocivas. O projeto trata como homicídio aquilo que, para a cosmovisão de certas etnias, não pode ser assim considerado. Além disso, para certos grupos, a ideia de início da vida só surge em determinadas circunstâncias, como no caso dos Yanomami, relatada por Deborah Dwyer: "A mulher Yanomani, quando sente que é chegada a hora do parto, vai sozinha para local ermo na floresta, fica de cócora, e a criança cai ao chão. Nessa hora, ela decide se a peça ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infantilício, pela singular razão de que a vida não se iniciou". Por outro lado, deve ser seriamente considerada a proteção das minorias dentro das minorias, de modo que é legítima a preocupação com mecanismos que afastem a opressão no grupo, como observa

nas divisões territoriais por municípios ou estados, orientando o atendimento conforme a localização e as características dos grupos étnicos.

⁸⁴ A Convenção 169 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e foi internalizada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

⁸⁵ A Lei n. 11.645, de 10 de março de 2008, conferiu nova redação ao art. 26-a da Lei n. 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, para prever a temática indígena no ensino de história. Antes, a Lei n. 10.639/2003 já havia previsto a inclusão da história da África e dos africanos e a luta dos negros no currículo escolar.

⁸⁶ O programa prevê a adoção e avaliação de estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afro-descendentes e indígenas.

⁸⁷ PL n. 1.216/2015 e PL n. 1.218/2015 (Câmara dos Deputados).
⁸⁸ PL n. 1.610/1996 (Câmara dos Deputados).

O Poder Executivo tem se notabilizado por uma atuação ambivalente que, por um lado, busca dar concretização a certos comandos constitucionais, e, por outro, age de maneira unilateral, fazendo valer certos projetos governamentais e empreendimentos. De um determinado ponto de vista, é o campo em que há mais avanços e em que os indígenas possuem mais canais de acesso; sob outro olhar, é o poder mais capaz de causar estragos imediatos às vidas das comunidades. A adesão à declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI),⁹³ a previsão de territórios etnoeducacionais⁹⁴ e o currículo escolar indígena,⁹⁵ o reconhecimento de escolas indígenas⁹⁶ e para o currículo escolar indígena,⁹⁷ o reconhecimento do indígena como segurado especial na Previdência Social,⁹⁸ a criação da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas,⁹⁹ a instituição do Conselho Nacional de Política Indigenista (CNPI)¹⁰⁰ e da política nacional de desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais,¹⁰¹

Daniel Sarmiento, porém a intervenção pelo direito penal certamente seria um desastre (Sarmiento, *Dignidade da pessoa humana*, p. 295-6).

93 O Decreto n. 7.747/2012 institui essa política com o objetivo de "garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais dos territórios". Busca-se assegurar uma gestão territorial autossustentável e que observe a autonomia dos grupos.

94 O Decreto n. 6.861/2009 prevê a criação de territórios etnoeducacionais, que contarão com plano de ação para a educação escolar indígena, elaborado em conjunto com as comunidades, cabendo à União prestar apoio técnico e financeiro à construção de escolas, à formação de professores, à produção de material didático e ao ensino médio integrado à atividade profissional (art. 3º).

95 Resolução CNE/CEB n. 3/1999, do Conselho Nacional de Educação.

96 Resolução CNE/CEB n. 5/2012, do Conselho Nacional de Educação.

97 Foi prevista na Instrução Normativa n. 61/2012 (art. 39, § 4º), do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e mantida pelas subsequentes: "Enquadra-se como segurado especial o indígena reconhecido pela Fundação Nacional do Índio (Funai), inclusive o artesão que utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, desde que atendidos os demais requisitos constantes no inciso V do art. 42, independentemente do local onde residir ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, não aldeado, em via de integração, isolado ou integrado, desde que exerça a atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar e faça dessas atividades o principal meio de vida e de sustento".

98 Instituída pela Portaria n. 254/2002, do Ministério da Saúde.

99 Criado pelo Decreto n. 8.593/2015 e instalado em 27 de abril de 2016, no lugar das leis do governo Dilma Rousseff, o CNPI é um órgão colegiado de caráter consultivo, vinculado ao Ministério da Justiça, com vistas a elaborar, acompanhar e implementar políticas públicas voltadas aos povos indígenas.

100 Decreto n. 6.040/2007.

entre outras medidas, são pontos que demonstram a intensa atividade em prol da introdução de certos direitos, com viés não meramente afirmativo, na linguagem de Nancy Fraser. Além disso, há um histórico de tentativa de diálogo, como demonstra a realização das conferências de saúde indígena (já foram cinco, desde 1986) e da primeira conferência indígenista.¹⁰¹

A despeito das constantes restrições orçamentárias, a atuação administrativa da Funai vinha, até 2016, promovendo uma interlocução razoável com o movimento indígena – pelo menos nas estruturas mais centralizadas da autarquia, em Brasília – e empreendendo esforços para garantir o andamento dos processos de demarcação¹⁰² e o respeito aos povos indígenas no curso de licenciamentos ambientais,¹⁰³ bem como para oferecer assistência material e social. Não obstante, o sucateamento da autarquia vem sendo a tônica nos últimos governos, que não conferem a devida prioridade à pauta nem dão seguimento a processos de demarcação,¹⁰⁴ sobretudo os que geram maior controvérsia, contribuindo para o agravamento de conflitos, como os de Mato Grosso do Sul (com os Guarani Kaiowá) e do sul da Bahia (com os Tupinambá de Olivença). Com a derrubada da presidente Dilma por um golpe parlamentar em 2016, a implosão da autarquia é viabilizada como

101 A primeira conferência nacional de política indigenista, ocorrida em 2015, foi convocada com a finalidade de avaliar a ação indigenista do Estado brasileiro, reafirmar as garantias reconhecidas aos povos indígenas no país e propor diretrizes para a consolidação da política nacional indigenista (Decreto s.n., de 24 de julho de 2014).

102 Há de se registrar que essa interlocução não ocorre uniformemente em todo o país. Há Coordenações Técnicas Locais (CTLs) em que a relação dos indígenas com os funcionários da Funai é conflituosa, onde há um desprezo à autonomia dos grupos e tentativa de instrumentalizá-los ou mesmo subjugá-los na relação com a sociedade envolvente.

103 Em 2015, apresentou-se no Senado proposta de emenda constitucional para afastar a atuação crítica de órgãos como a Funai e o Ibama no licenciamento ambiental, por meio da inclusão de um parágrafo (§ 7º) no art. 225 com a previsão de que a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente. O objetivo assumido da proposta é conferir celeridade à aprovação de projetos e à realização de obras, que não podem ser contestadas sequer no âmbito judicial. A proposta tramitava de forma célere, porém forte pressão da sociedade civil provocou um recuo, e agora a PEC tramita na Comissão de Constituição e Justiça. Sobre o tema, ver a nota técnica do Ministério Público Federal contra o projeto (Nota Técnica – A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/documents/nota-tecnica-pec-65-2012/>. Acesso em: 8 out. 2016).

104 Nos termos do Decreto n. 1.775/1996, a demarcação de terras indígenas é composta de fases de responsabilidade da Funai, que culminam na publicação de um relatório de identificação e delimitação, cabendo na sequência ao Ministério da Justiça fazer a declaração dos limites da terra e à Presidência da República homologar a demarcação.

projeto, e os adversários da causa indígena vão ao centro da cena, passando a dirigi-la. Por conseguinte, a interlocução torna-se praticamente inexistente.

Há, também, uma face do Poder Executivo que não oferece concessões e atropela direitos básicos das comunidades. Em nome de uma concepção meramente econômica de desenvolvimento, os sucessivos governos, independentemente de coloração partidária, não medem esforços para realizar empreendimentos em áreas ocupadas por territórios indígenas e fingem que essas populações não existem ou não têm direito a apresentar qualquer contestação. Nas terras indígenas, há recursos naturais que nunca foram explorados, o que, num contexto de saturação e de busca por matérias-primas e de concorrência transnacional da indústria extrativa, as torna objeto de desejo.¹⁰⁵ É por isso que não apenas grandes empreendimentos são gestados, mas também é realizado o mapeamento da Amazônia para a extração de petróleo, xisto e gás, além da identificação e concessão para a extração de minerais em áreas indígenas, a realização de obras de infraestrutura que comportam a construção e duplicação de estradas em territórios indígenas, a construção de linhas de transmissão e outros empreendimentos. Na grande maioria dos casos, o governo federal nem se dispõe a realizar o procedimento de consulta prévia e, quando pretende fazê-lo, defende um modelo de consulta que seja meramente homólogo.

Os problemas na interpretação constitucional pelo Executivo e pelo Legislativo são muitos. Se, porém, for considerado todo o período constitucional, é no Poder Judiciário que se identifica o cenário mais crítico. A previsão de direitos indígenas gerou uma inevitável judicialização dos processos demarcatórios, tendo em vista o papel mais destacado desse poder na concretização dos valores e direitos constitucionais após 1988.¹⁰⁶ Ao longo desse período constitucional, além de não se preocupar com a participação desses povos, a atuação judicial tem sido a mais refratária a uma abertura às cosmovisões indígenas, resistindo a uma aplicação do direito que leve em conta uma pluralidade de organizações sociais e fatores étnicos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ter competência originária para a análise de alguns processos, especialmente mandados de segurança que contestam o andamento das decisões do Poder Executivo sobre demarcações

¹⁰⁵ Garavito, *Etnicidad gov*, p.13.

¹⁰⁶ Sobre o tema, ver: Barroso, *O novo direito constitucional brasileiro*, p.29.

e as discussões acerca dos interesses dos Estados em face de demarcações levadas a cabo pela União (conflitos federativos), e em razão de recursos extraordinários, já enfrentou uma boa variedade de temas, como o caráter não decedencial do prazo previsto no art. 67 do ADCT,¹⁰⁷ a necessidade de observância do contraditório nos processos demarcatórios¹⁰⁸ e questões como a vedação da convocação de indígena para prestar depoimento a Comissão Parlamentar de Inquérito em local diverso de suas terras.¹⁰⁹

Um dos entendimentos consolidados pelo STF deu origem à Súmula n. 650, segundo a qual os incisos I e XI do art. 20¹¹⁰ da Constituição não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Os precedentes¹¹¹ que embasaram a formulação do enunciado se referiam à viabilidade de demanda de usucapião extraordinária em imóvel urbano localizado em municípios da grande São Paulo. Entende-se que não cabia à União alegar que se tratava de aldeamentos, já que são áreas densamente povoadas que não se confundem com a tradicionalidade prevista no art. 231,¹¹² de modo que não se poderia reconhecer como terra indígena uma área em houvesse ocorrido uma ocupação inmemorial.

O aldeamento extinto, nos precedentes, correspondia a situações em que a comunidade indígena deixou de existir – por razões como epidemias, extermínio etc. – e a discussão cingia-se ao direito a usucapião da área e cabimento (ou não) da alegação da União de propriedade do imóvel. Atualmente, no

¹⁰⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal, MS 24.566/DF, relator: ministro Marco Aurélio, DJ, 28 de maio de 2004.

¹⁰⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, MS 21.649, relator: ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ, 15 de dezembro de 2000; MS 24.045-8, relator: ministro Joaquim Barbosa, DJ/U, 5 de agosto de 2005.

¹⁰⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC 80.240, relator: ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ, 14 de outubro de 2005.

¹¹⁰ Os incisos possuem o seguinte teor: “Art. 20. São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; [...] XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

¹¹¹ São eles: Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 219.983-3/SP, RE 249.705-3/SP, relator: ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ, 24 de agosto de 1999; RE 285.098-5/SP, relator: ministro Moreira Alves, DJ, 10 de agosto de 2001; RE 330.849-1/SP, relator: ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ, 15 de outubro de 2002; RE 335.887-1/SP, relator: ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ, 12 de março de 2002.

¹¹² Conforme observa Luiz Fernando Villares, a preocupação do STF é correta nesse caso, tendo em vista que a União se vale do argumento da existência de aldeias na área por um mero anseio patrimonial, sem qualquer relação com a interpretação do art. 231 (Villares, *Direito e povos indígenas*, p.142-3).

entanto, a súmula vem sendo invocada, por outros tribunais e mesmo pelo STF, para afastar o direito aos indígenas que reivindicam territórios que não estão ocupando, mas que estão em disputa. São situações em que os índios não estão mais na terra, por razões diversas – expulsões, violências, deslocamento forçado –, mas seguem a ela vinculados – habitando áreas contíguas, em alguns casos. A aplicação da súmula deve limitar-se a situações semelhantes às dos precedentes,¹¹³ e não aos casos de reivindicação concreta e atual, em que o processo histórico de apropriação e supressão da terra é posto em discussão.

Outro julgamento importante foi o do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no qual o STF reconheceu a constitucionalidade e a legitimidade do processo demarcatório. O julgamento realça aspectos relevantes para a conformação constitucional do tema, como o reconhecimento da proteção de indígenas independente de “processos de aculturação”, os limites políticos da atuação dos Estados quanto à definição de direitos territoriais indígenas, o falso antagonismo entre esses direitos e o desenvolvimento, o caráter originário dos direitos sobre a terra,¹¹⁴ a legitimidade do modelo contínuo de demarcação e a compatibilidade desta com a proteção ambiental. Feitas essas ressalvas, a decisão representa um grave retrocesso aos direitos indígenas em razão da fixação de um marco temporal para o reconhecimento da ocupação para fins de demarcação e da estipulação de salvaguardas institucionais que contém condicionantes para os processos demarcatórios.¹¹⁵

113 Nesse sentido: Brasil, Supremo Tribunal Federal, RMS 29087/DF, relator: para o acórdão ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 16 de setembro de 2014, DJU, 14 de outubro de 2014.

114 Cabe citar um trecho da ementa, que também consta do voto do relator: “Direitos ‘Originários’. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato de declaração de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna haver ‘os chamados de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de manter a preponderância sobre pretensões direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios” (Supremo Tribunal Federal, Pet 3.338, relator ministro Ayres Brito, julgamento em 19 de março de 2009, Plenário, DJE, de 1º de julho de 2010).

115 As chamadas condicionantes foram fixadas sem qualquer discussão prévia no processo e tratam de objeto totalmente estranho a ele, porém o Supremo as manteve, quando provocado em embargos de declaração. Afastou-se, apenas, o caráter vinculante da decisão proferida em ação popular, ressaltando-se, porém, que “o acórdão embargado orienta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos

O STF fixou a data de promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) como um referencial para averiguar a ocupação tradicional indígena. A esse marco temporal somou-se o marco da tradicionalidade, consistente na ocupação da terra de forma perene, salvo em caso de esbulho renitente.¹¹⁶ Tais teses foram fixadas por meio do acolhimento da teoria do “fato indígena”, proposta pelo ministro Menezes Direito, que propõe afastar a teoria do indígenato para prestigiar a segurança jurídica e afastar dificuldades práticas decorrentes de uma investigação imemorial da ocupação indígena. O fato indígena partiria de duas premissas básicas: i) a ocupação como um fato a ser verificado em 5 de outubro de 1988, em caráter permanente;¹¹⁷ ii) o modo tradicional de ocupação deve assegurar um determinado modo de vida, quanto a fatores econômicos, ecológicos, culturais e demográficos.

A fixação de um marco temporal não tem respaldo na concepção constitucional sobre os direitos indígenas. O texto da Constituição reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam, algo que é avalizado por todas as constituições anteriores, desde 1934.¹¹⁸ Além disso, a teoria do fato indígena exige requisitos da posse civil¹¹⁹ – como o da habitação permanente – e desconsidera as formas peculiares de relação que os povos indígenas têm com a terra e a forma como se mantêm ligados a ela mesmo em condições adversas, o que exigiria uma compreensão do tema sob um olhar constitucional sistemático, que tenha o art. 231 como

casos em que se cogite da superação de suas razões” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pet 3.388 ED/R, relator: ministro Luis Roberto Barroso, Plenário, julgamento em 23 de outubro de 2013, DJU, de 4 de fevereiro de 2014).

116 Segundo a ementa, o marco da tradicionalidade consiste em estar coletivamente situado em determinado espaço fundiário em caráter de perdurabilidade, salvo em caso de renitente esbulho. A ementa releve o voto do relator, mas a grande maioria dos votos fez menção à tradicionalidade como o “modo de ocupar”, na esteira da doutrina majoritária, à qual fez referência o ministro Menezes Direito.

117 Para sustentar essa premissa, o ministro se valeu da Súmula 650, argumentando que “terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas”.

118 A Constituição de 1934 é a primeira a tratar de direitos indígenas, em seu art. 129, que prevê o respeito à posse de “silvicultas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

119 Essa visão é perceptível no voto do ministro Cezar Peluso, para quem a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas seria o chamado fato indígena, sendo que a posse jurídica na data de início da vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponderia praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.

norte interpretativo. A leitura feita pelo STF aponta, em verdade, para uma perspectiva assimilacionista, que desconsidera a penosa trajetória de diversos povos despojados de suas terras – ao longo dos séculos e até pouco antes da Constituição de 1988 (durante a ditadura civil-militar) para exigir, à luz de uma concepção própria da sociedade envolvente, critérios de ocupação que não se ajustam às cosmologias e à maneira diferenciada como se relacionam com o território. Como afirma José Afonso da Silva, o objetivo do marco temporal não é a proteção dos direitos dos índios, mas dar fim às disputas sobre terras não pelo cumprimento da regra constitucional, mediante proibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas.¹²⁰

A defesa de uma data certa para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas baseia-se, segundo o ministro Ayres Brito, na análise gramatical do texto: a escolha constitucional pelo termo “ocupar”, em vez da expressão “venham a ocupar” ou “ocupadas em outras épocas” refletiria a intenção constitucional de dar fim a “intermináveis discussões”¹²¹ sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Com isso, o ministro pretende prevenir expulsões dos índios de suas aldeias após 1988 e evitar a suposta fraude decorrente da proliferação de aldeias, a qual estaria ocorrendo mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob a única finalidade de “artificializar” a expansão dos lindes da demarcação.

É verdade que os indígenas buscavam, na Constituinte, garantias para a proteção das terras que já ocupavam, mas seus anseios não se limitavam a isso, como provam as denúncias de privações e de falta de acesso às terras reivindicadas apresentadas à época. Além disso, a ênfase na argumentação sobre “fraudes” na proliferação de aldeias parece desconhecer a realidade de grupos cujos territórios envolvem mais de um Estado nacional e, ao mesmo tempo, incorre na tentativa genérica de desqualificar os processos

120 A manifestação do professor José Afonso da Silva foi feita em parecer que responde a consulta formulada por Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa, Associação Juízes pela Democracia, Centro de Trabalho Indigenista, Instituto Socioambiental, Organização Índio & Nós e Centro de Estudos Americanos da USP. Disponível em: <https://mobilizacao-nacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-jose3a9-afonso-marco-temporal.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

121 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Brito. julg. 19 mar. 2009, p. 295.

de emergência étnica ocorridos após 1988, os quais foram fruto justamente de “constitucionalismo fraternal” e da “igualdade de minorias” que o julgamento tenciona reconhecer.

Outrossim, a fundamentação apresentada induz a pensar que a afirmação do pertencimento étnico após 1988 só poderia representar uma tentativa artificial de ampliar terras, como se a assunção da identidade indígena só trouxesse bônus a quem reivindicasse as demarcações. Ademais, com base nesse raciocínio, apenas as 220 mil pessoas contabilizadas à época da Constituinte de 1988 e seus descendentes poderiam ser os indígenas “verdadeiros”, aptos a pleitear o reconhecimento garantido na Constituição.

Cabe observar, ainda, que a interpretação gramatical, além de não prever a leitura sobre outras técnicas de interpretação, não se sustenta. Primeiro, porque a Constituição não tratou, como fez em 1967/1969, do tema em suas disposições finais e transitórias, mas em um capítulo próprio das disposições gerais. Segundo, porque quando o texto quis fazer menção a situações contemporâneas à data de promulgação, utilizou o advérbio “atualmente”, como nos artigos 20, I,¹²² e 244.¹²³

Mostra-se compreensível a preocupação dos ministros quanto à segurança jurídica ante as crescentes reivindicações por demarcações após 1988. Trata-se, contudo, de uma segurança jurídica seletiva, que teme os impactos apenas sobre os detentores de títulos de propriedade privada em terras indígenas, naturalizando a opressão sobre esses grupos. A “chapa radiográfica”, a que se refere o voto do ministro Ayres Brito, combate as supostas fraudes, mas silencia sobre os efeitos das políticas assimilacionistas e do genocídio. Diferentemente do compromisso assumido na ACO 323 (Caso Krenak), perde-se agora o esquecimento das violências do passado e recorre-se à acomodação das reivindicações ao estágio em que as ocupações estavam em 1988.

Nesse ponto, o voto do ministro Marco Aurélio é elucidativo, pois sustenta que a Constituição não poderia provocar qualquer revolução na matéria, sob pena de fulminar situações “de há muito constituídas sob o pálio de

122 “Art. 20 – São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos.”

123 “Art. 244 – A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2o.”

ordens constitucionais precedentes".¹²⁴ A Constituição não poderia, assim, invalidar títulos de propriedade compreendidos em cadeia iniciada há mais de cinquenta anos, sob pena de "abrir-se campo propício a um sem número de reivindicações em tal sentido".¹²⁵

A teoria do "fato indígena", proposta pelo ministro Menezes Direito, aprofundou o "marco temporal", com a clara intenção de prestigiar a segurança jurídica em favor do título de propriedade privada daqueles que viviam, em 5 de outubro de 1988, em área que viesse a ser declarada terra indígena. O ministro sustentou que o marco temporal seria uma decorrência do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, pois impediria o desapossamento por não índios após a promulgação da Constituição.

Citando Ferraz Júnior,¹²⁶ o ministro Menezes Direito suscitou que o "caráter permanente" da habitação não poderia ser reconhecido se os índios estivessem na área porque foram trazidos ou atraídos por motivações do "civilizado". Mencionou, ainda, o sentido etimológico de "habitar", sem repletir ou fazer qualquer consideração sobre a compreensão dos indígenas sobre o termo. Alegando vantagens da teoria do fato indígena por afastar a investigação imemorial da ocupação, o ministro sustentou que a teoria do indígenato, embora importante, ficou superada pelo art. 231, § 6º, que teria suplantado "todas as pretensões e os supostos direitos sobre as terras indígenas identificadas a partir de 1988".¹²⁷

Estranhamente, o voto do ministro Menezes Direito não contém uma análise da cadeia legislativa (constitucional e infraconstitucional) sobre os direitos dos índios desde o século XIX, uma prática comum nos votos mais

124 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 19 mar. 2009, p. 685.

125 O conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" mereceria, na visão do ministro, ser delineado no "campo da razoabilidade, da segurança da vida em Estado Democrático de Direito", sendo necessário pressupor uma situação de fato definida. Ele afirma que a Constituição não visou em momento algum corrigir as inúmeras injustiças "praticadas contra aqueles que já habitavam o Brasil à época da descoberta, porquanto isto acabaria por ocorrer com o sacrifício de quem não vivenciam as práticas de outrora e de valores tão caros quando em jogo a segurança na vida em uma sociedade". Note-se, no caso, a regressão em relação ao entendimento adotado na ACCO 323. *Ibid.*, p. 686.

126 Ferraz Júnior. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun. 2004, p. 694.

127 *Ibid.*, p. 384.

extensos sobre essa matéria no tribunal. A análise do ministro é centrada quase por completo na Constituição de 1988, como se todo o debate sobre direitos indígenas tivesse começado naquele momento,¹²⁸ deixando de lado a historicidade sobre o tema, o indigenismo brasileiro e seus percalços, a trajetória estatal de restrição desses direitos e o cenário de marginalização e desigualdade durante quase todo o século XX.¹²⁹

A segurança jurídica, na prática, não contempla os índios, pois estes seriam espectadores das definições que os brancos fazem em favor da verdade registral, restando-lhes agir proativamente e demonstrar que aquela terra lhes foi tomada. O "renitente esbulho" a que alude a ementa até excepcional em 5 de outubro de 1988, porém o adjetivo utilizado, em posição precedente ao substantivo, denota uma certa precedência do "renitente" sobre o "esbulho", impondo aos índios um ônus de comprovar, sob a ótica do direito privado, a existência do conflito fundiário.

Para a caracterização das terras indígenas, fazendo menção a Luiz Armando Badin,¹³⁰ Menezes Direito exigiu a presença dos quatro fatores (temperal, econômico, ecológico, cultural ou demográfico), porém conceituou o primeiro de forma distinta da preconizada pelo autor citado. Com relação aos demais fatores, defendeu a participação de vários atores na análise das terras indígenas, inclusive do governo, retomando uma proposta que já era defendida pelo CSN na Constituinte. Em sentido próximo, o ministro

128 O parágrafo a seguir é ilustrativo, pois trata a Constituição de 1946 como um fato isolado, preso no passado, incommunicável com o presente: "O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento lícito dos índios por não tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. A mesma razão pode ser extraída do voto do ministro Victor Nunes Leal no julgamento do RE n. 44.585 (DJ) de 11/10/1961" (Brasil, Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 19 mar. 2009, p. 378).

129 Yamada; Villares. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, São Paulo, jan./jun., 2010, p. 147.

130 Badin era secretário de assuntos legislativos do Ministério da Justiça. O voto do ministro Menezes Direito contém citações a diversos autores que defendem a causalidade de terra aparente utilização de seus pressupostos. Cf. Badin, Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 51, n. 190, jul./dez. 2006, p. 133-4.

Gilmar Mendes flexibilizou sua concepção doutrinária sobre o tema.¹³¹ Para aderir à teoria do fato indígena e sustentou a ideia de "estágios de aculturação", derrotada na Constituinte, para verificar as formas de incidência dessas elementos.¹³²

Com o marco temporal, o STF promoveu uma leitura limitadora da Constituição e pensou nos povos indígenas como descendentes diretos dos grupos sobreviventes que remanesciam em 1988, olvidando-se do fato de que o texto viabilizou a afirmação das identidades, as etnogêneses e a criação de territórios para o desenvolvimento de seus interesses. Nesse contexto, considerando os direitos fundamentais dos índios e a máxima de proporcionalidade, o tribunal incorreu em uma proteção deficiente, já que minimizou a efetividade das normas constitucionais e causou riscos ao núcleo essencial desses direitos territoriais.

Além do marco temporal, o STF fixou dezenove salvaguardas institucionais, as chamadas condicionantes, consistentes em regras sobre o usufruto de terras indígenas e sobre a atuação governamental sobre o tema. Além de restringir severamente a autonomia dos povos indígenas, as condicionantes conferem clara prioridade a outros bens jurídicos, como o meio ambiente e a defesa nacional. Algumas limitam-se a repetir o texto da Constituição, mas outras conferem interpretação que esvazia o comando contido no art. 231,

131 Em outros julgamentos, o Min. Gilmar Mendes chegou a defender que a expulsão ou afastamento de índios não descaracterizava a propriedade da União sobre a área, como no RE 416.144/MT: "É certo, também, isto é algo pacífico, que eventual afastamento ou expulsão dos índios das terras a eles destinadas, ou por eles ocupadas, não constituía *modus operandi* ou *faciendi* para a eliminação da propriedade – isso, parece-me, implícito, inclusive, na discussão. De modo que a União continuava a ser proprietária dessas terras. Também não me parece suficiente, para afastar a discussão que aqui se enceta e se coloca, a invocação daquelas famosas certidões da Funai sobre a não ocupação dessas terras pelos índios. [...] Era uma certidão negativa, em termos, porque, ao mesmo tempo que atendia aos designios dos projetos de desenvolvimento, não se comprometia, integralmente, com a tese, ao dizer que não havia conhecimento da existência de aldeamento indígena nas terras referidas. Mas essas considerações são apenas para colocar o tema no devido contexto" (STF, RE 416.144-3/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10 out. 2004, p. 510-2).

132 "Assim, o nível de aculturação de um determinado grupo indígena determinará a adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que nortearam a demarcação de uma área como terra indígena. Por certo que grupos indígenas pouco integrados praticam suas atividades produtivas de forma mais tradicional, necessitando de maior espaço físico para desempenhá-las, ao contrário de etnias mais sedentarizadas" (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pet. 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, julg. 19 mar. 2009, p. 817).

como a que prevê que o usufruto será sempre relativizado quando houver "relevante interesse público da União". Uma delas estabelece que o usufruto não deverá se sobrepor à defesa nacional, podendo ser instaladas bases, unidades e postos militares, bem como ser realizada a expansão da malha viária e a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico, independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai. Além disso, independentemente de diálogo com a comunidade, há uma condicionante que autoriza a União a instalar equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos. Em caso de área afetada por unidade de conservação, o STF confere clara prioridade ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (autarquia ambiental), que será responsável pela gestão da área. Além disso, há a vedação de cobrança de tarifas pela passagem de não índios pela área ou como contrapartida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico. Por fim, veda-se a ampliação da terra indígena que já tenha sido demarcada.

As condicionantes extrapolaram o âmbito de incidência das sentenças aditivas, tendo em vista que a complementação normativa ocorreu a despeito de não haver prévia existência de omissão legislativa. A decisão de perfil aditivo geralmente é adotada em caso de omissão legislativa inconstitucional que demande uma atividade interpretativa integradora ou corretiva, porém foi utilizada no caso como mero complemento à norma.¹³³ Além de restringir severamente a autonomia dos povos indígenas, sem prévio contraditório, as condicionantes conferiram clara prioridade a outros bens jurídicos, como o meio ambiente e a defesa nacional. Como observam Erica Yamada e Luiz Fernando Villares,¹³⁴ as dezenove ressalvas buscam, em tese, conciliar interesses indígenas, defesa nacional e preservação do meio ambiente, mas três contrariam a Convenção n. 169 (5, 6 e 7), três se contrapõem a disposições

133 Souza Neto; Sousa Filho, Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas, *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>> Acesso em: 13 out. 2017.

134 Yamada; Villares, op. cit., p. 147.

infratelegais (8, 9 e 10) e cinco são enunciados normativos originais (11, 12, 13, 17 e 19).¹³⁵

Acresça-se que o entendimento firmado pelo STF caminha em sentido contrário à compreensão intercultural da relação entre os povos indígenas e a sociedade envolvente.¹³⁶ A Corte brasileira procurou frisar que, em casos de medidas que afetem as terras dos índios, estes, principais interessados, não poderão ser ouvidos – em alguns casos –, porém a oitiva não é um requisito de validade da medida nem há obrigação de levar em consideração os seus anseios. Paradoxalmente, no mesmo julgamento, a falta de participação de estados e municípios no processo demarcatório foi tratada como um vício causador de nulidade do procedimento demarcatório.

No julgamento do caso Raposa, algumas premissas que os ministros utilizaram são reveladoras de uma visão eurocêntrica e avessa a uma compreensão ampla sobre a autonomia dos índios. Depreende-se dos votos uma naturalização da trajetória de espoliações e remoções a que os índios estiveram submetidos, oferecendo-se pouca ou nenhuma consideração quanto aos impactos do regime tutelar na privação de territórios em período anterior a 1988. Nesse sentido, podem ser citados os seguintes pontos: i) a adoção da ideia de brasilidade como uma característica redutora do direito à diferença para justificar uma interpretação restritiva dos direitos territoriais; ii) a combinação das teorias do indigenato e do fato indígena para legitimar a fixação do marco temporal, com vistas a prestigiar uma seletiva segurança jurídica em favor da propriedade privada; iii) a quase total desconsideração da legislação e da jurisprudência internacionais e a indisposição para um diálogo de

135 Note-se que a maioria das condicionantes vai de encontro à trajetória de lutas e conquistas dos povos tradicionais pelo respeito à sua cultura e seus modos de vida, pois privilegiavam um projeto estatal específico, baseado na segurança nacional e em uma visão preservacionista e ativa de proteção ao meio ambiente, e impõem aos indígenas um status de cidadãos de segunda classe, sem paridade de participação e sem proteção externa. Há uma invisível hierarquização que coloca em primeiro plano a posição estatal sobre a já limitada autonomia desses povos, que não são tidos como partícipes dos processos decisórios, mas como mero empéclilo. Na prática, o posicionamento da Corte não se diferenciou das soluções adotadas no passado: ao mesmo tempo que os direitos foram formalmente reconhecidos, esse reconhecimento se deu de forma limitada, servindo basicamente como fator legitimador da apropriação de terras e recursos por não indígenas.

136 Para uma crítica mais aprofundada das salvaguardas, veja-se: Silveira, Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena, em Cedeñal et al. (Orgs.), *Direitos em conflito*, v. 1, p. 29-47.

Cortes; e iv) a prevalência em abstrato de certos bens jurídicos, como defesa nacional e meio ambiente, de forma absoluta.

A maioria das condicionantes vai de encontro à trajetória de lutas e conquistas dos povos tradicionais para o respeito à sua cultura e seus modos de vida, pois privilegiavam um determinado projeto estatal, baseado na segurança nacional e na proteção ao meio ambiente, e impõem aos indígenas um status nacional e de segunda classe, sem paridade de participação e sem proteção de cidadãos de segunda classe, sem paridade de participação e sem proteção externa, para utilizar os conceitos do multiculturalismo liberal. Há uma invisível hierarquização da posição estatal sobre a já limitada autonomia desses povos, que não são tidos como partícipes dos processos decisórios, mas como empéclilo.

Se não há proteções externas nem paridade de participação, muito menos há a construção de uma perspectiva descolonizadora. Nota-se, pela leitura das condicionantes já destacadas, que o entendimento firmado pelo STF caminha em sentido oposto à compreensão intercultural da relação entre os povos indígenas e a sociedade envolvente, contrariamente aos posicionamentos da Corte Constitucional da Colômbia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que exigem do Estado um comportamento que procure o consentimento prévio das comunidades, por meio da realização do procedimento de consulta previsto na Convenção 169/OIT, e do respeito à autonomia territorial e política desses povos.¹³⁷

Embora o STF tenha afastado a força vinculante da decisão, esta vem provocando repercussão nos juízos inferiores e na Segunda Turma do Supremo. A Advocacia Geral da União (AGU) chegou a editar portaria com o fim de orientar a atuação desse ente nos termos esposados pelo STF no caso, a qual foi suspensa após forte pressão do movimento indígena.¹³⁸ Essa repercussão da decisão é mais uma etapa no processo de esvaziamento e interpretação restritiva do art. 231.

Não bastassem os impactos negativos dos julgamentos do Supremo, a prática constitucional dos demais órgãos do Judiciário e do sistema de justiça como um todo é ainda mais controversa. Denega aos indígenas direitos básicos, como a citação e a participação no processo – com resquícios de

137 Para uma crítica mais aprofundada das salvaguardas, ver: Silveira, Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena, em: Cedeñal et al. (Orgs.), *Direitos em conflito*, p. 29-47.

138 Ver nota 17.

di- Ira. eo- mo il e ita: não isa vis

3ga. 2 de :m- em a e re- en- XIX As- 25 e Le- da tos 22) cos da- do do re- re- M) Ach Bre ca- ne- vas são iva

aplicação do regime da tutela -, e mostra-se indiferente ao pluralismo que a Constituição expressamente assegurou, ao tratar esses povos com um olhar colonizado, superior, indiferente. É marcante a utilização de uma visão essencialista para recusar a aplicação de direitos indígenas, imputando-se-lhes a necessidade de demonstrar um comportamento idealizado para que possam se enquadrar no preceito constitucional. Fora dessa imagem de bem selvagem, há uma constante desconsideração do componente étnico, com graves consequências na aplicação do direito constitucional.

O acesso à justiça emerge como um dos primeiros problemas. O processo judicial não é aberto à participação dos índios, que só podem se fazer representar por advogado e dificilmente são atendidos por um juiz - às vezes, nem é autorizada sua entrada no fórum, ou, quando admitida, são feitas exigências, como a retirada de pinturas ou a colocação de camiseta. Da mesma forma, são raras as vezes em que um julgador se dispõe a realizar uma reunião com a comunidade ou a realizar uma inspeção judicial na terra indígena nos casos de conflitos de terras. Apesar do art. 232 da Constituição, predominam as mediações - via Funai, MIPF ou Defensoria - e a discussão em torno dos papéis, dos registros e das leis dos brancos.

Mesmo os órgãos de mediação estabelecem uma relação distanciada com as comunidades. No MIPF, embora tenha se consolidado uma cultura institucional de respeito a esses povos e de atuação combativa, por conta da existência da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão, em muitas unidades prevalece uma relação meramente burocrática com as lideranças, de apoio em situações emergenciais e de pouca interação com as demandas apresentadas, sem falar nos casos em que a atuação do órgão acaba contribuindo para a própria desagregação da comunidade.¹³⁹

O processo judicial que trata de direitos indígenas tem sido um palco no qual geralmente só podem atuar os órgãos que realizam a mediação. O próprio papel da Funai é incompreendido por boa parte dos julgadores, que entendem que a presença dela no processo supre a da comunidade, como se a autarquia devesse representar os índios.¹⁴⁰ É comum que demandas de

reintegração de posse sejam levadas a cabo sem a presença dos indígenas no polo passivo, mas apenas com a autarquia e - às vezes - a União. A citação não é realizada, não há regularização da relação processual, mas medidas de desocupação são levadas a efeito mesmo assim.

Esse distanciamento ressalta não só o fato de que a ultrapassada ideia de incapacidade civil paira sobre as pré-compreensões dos juizes, com a sobreposição do Estatuto do Índio à Constituição, mas também um distanciamento regulamentar por parte do Judiciário quanto a essa pauta, preferindo colocar a responsabilidade pelo encaminhamento de soluções à Funai,¹⁴¹

¹³⁹ Ingresso nos autos, porém este foi rejeitado pelo ministro Gilmar Mendes, sob o argumento de que "a Funai é o órgão federal do Estado brasileiro responsável pela proteção dos índios e de seus bens, ao qual cabem todos os estudos e levantamentos que precedem a demarcação, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, bem como da Lei n. 5.317, de 5 dez. 1967". Os índios foram privados de participar do processo que decidiria a demarcação de suas terras, sob o fundamento de que a Funai era sua representante. Esse entendimento denota que a ultrapassada ideia de incapacidade civil dos índios continua fortemente presente, com a sobreposição da visão tutelada à própria Constituição (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No RMS 29.087/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 8 mar. 2016).

¹⁴¹ Há uma tendência do Judiciário em entender que cabe à Funai a representação dos indígenas aculturados, nos termos do art. 63 do Estatuto do Índio. Quando aculturados, os indígenas exerceriam a representação livremente. Em 2016, 28 anos após a promulgação da Constituição, esse entendimento segue sendo apresentado, sem qualquer filtragem constitucional. "ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE DIREITOS INDÍGENAS. COMUNIDADE INDÍGENA DE PILAD REBUÁ ALDEIA MOREIRA LININAR DEFERIDA. PREVIA AUDIÊNCIA DA FUNAI E UNIÃO FEDERAL. ART. 63 DA LEI N. 6.001/1973. ART. 928, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. NULLIDADE. AUSENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O art. 63 do Estatuto do Índio ordena a prévia ouvida da União e do órgão de proteção ao índio, ou seja, da Funai. Todavia, não está o juiz, evidentemente, vinculado ao conteúdo das manifestações dessas entidades. No presente caso, ambas foram de fato intimadas a se manifestar, assim como o Ministério Público Federal. Percorrendo os autos, seguem-se as manifestações da Funai, da União Federal e do Ministério Público Federal. 2. Não há, no conteúdo do art. 63 do Estatuto do Índio, a obrigação de citação da União Federal ou da Funai, para ingressarem como partes no feito. O que há é a exigência de sua prévia ouvida, ou seja, que o magistrado de a elas ciência do feito e delas requiera um posicionamento (ou, ao menos, uma manifestação quanto ao conteúdo dos autos). Foi exatamente o que se deu no presente caso. Precedente do C. STJ. 3. O termo "ouvida", repisado nos precedentes citados, bem mostra em que termos deve ser entendida a expressão "prévia audiência", contida no art. 63 da Lei 6.001/1973. "Prévia audiência" deve ser compreendida como "prévia ouvida", ou seja, manifestação prévia, não revestida das formalidades do ato de citação. Diga-se que, se fosse necessária a citação da União para responder à ação, ingressaria ela como litisconsorte passiva em decorrência da qual não é ré. Não é a União quem pode estar esbultando a posse dos agraviados, mas sim os indígenas. Pode o ente político federal, sem dúvida, ser assistente, ser entender oportuno para a proteção dos silvícolas. Contudo, a representação indígena não é feita pela União,

¹³⁹ Sobre o tema, ver Combara, Indígenas de São Paulo são acossados por todos os lados, publicação on-line, 30 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/916/indigenas-de-sao-paulo-acossados-por-todos-os-lados>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁴⁰ Tal compreensão ficou clara no julgamento dos embargos de declaração do MS 29.087/MS no STJ. A comunidade indígena Guayraroká, que não havia participado do processo, pediu o

enquanto parte, deixando de fora do processo os principais interessados. Muitas vezes, os índios são privados da possibilidade de estar no processo, e, quando isso acontece, lhes é relegado um papel menor, obscurecido pela atuação do MPPF e da Funai. O mesmo vale para o processo penal.¹⁴²

É necessário compreender melhor o papel da autarquia. O seu papel não é de representação, mas de articulação e condução da política indigenista. Isso significa que os indígenas devem ser representados por eles próprios, com o possível assessoramento da Defensoria Pública ou de outra entidade, mas quer dizer também que a Funai deve participar do processo, a fim de promover esses direitos. Da mesma forma, deve-se reconhecer que, enquanto essa possibilidade de participação estiver prejudicada – por dificuldades da comunidade ou de estruturação da Defensoria –, a Funai, via Procuradoria-Geral Federal, deve assegurar essa representação, sob pena de a conquista existente no art. 232 ser utilizada em desfavor dos próprios índios. Já o MPPF deve ser mais um órgão responsável pela defesa dos direitos indígenas, o que não significa pleno alinhamento com os interesses da comunidade, mas que o papel dessa instituição é promover a máxima efetividade das normas constitucionais nessa temática.

mas sim pela Funai, tutora legal dos índios não aculturados (Lei n. 6.001/1973, art. 7º, § 2º), preenchida a exigência de prévia manifestação da União e da Funai no feito. Precedente desta Corte: 4. Ausente ferimento ao direito de defesa dos índios por não ter havido citação prévia da comunidade. As entidades a serem ouvidas previamente estão previstas, taxativamente, nos regimentos legal e constitucional. A União e a Funai se manifestaram, nos termos do art. 63 do Estatuto do Índio. Além disso, interveio no feito o Ministério Público Federal, em atenção ao art. 232 da Constituição da República, bem como devido ao interesse público em art. 63 do Estatuto do Índio. A Inaplicabilidade do art. 928, par. único, do CPC, mas apenas a regra específica do art. 63 do Estatuto do Índio – o qual, diga-se, traz exatamente a mesma proteção da regra processual, mas para o caso especial de conflitos com silvícolas. 6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido” (TRF3, Decima Primeira Turma, relator: desembargador federal José Lunardelli, julgado em 24 de maio de 2016, e DJF3, 7 de junho de 2016).

142 O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a legitimidade em ação penal privada de uma entidade indígena, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, consignou que, se houvesse legitimidade extraordinária para o ajuizamento de ação penal em razão de lesão transindividual à honra da comunidade indígena, caberia à Funai fazê-lo, por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 5.371/1967. A decisão traz o chamado ranço do regime de tutela à baila, pois confere à Funai um papel de representação que não mais possui e afasta a possibilidade de associações que atuam em defesa dos povos indígenas fazerem essa atuação (Supremo Tribunal Federal, Inquérito 3.862/DF, relator: ministro Luís Roberto Barroso DJ/E, 15 de abril de 2015).

Outra questão é a carga discriminatória contida nas peças processuais e em decisões judiciais. Alheio à falta de acesso à justiça pelos indígenas e diferente à necessidade de diálogo com outras áreas do conhecimento, como a antropologia, e ao maior contato com a realidade desses povos, o Judiciário comumente externaliza concepções que já foram superadas pela Constituição de 1988 e que resgatam um certo desprezo pelos modos de vida dos indígenas ou o afã classificatório entre integrados e não integrados para garantir ou negar direitos. Na seara penal, vigora até hoje, por força da Súmula n. 140 do STJ, o entendimento jurisprudencial de que não há competência da Justiça Federal quando estão envolvidos os chamados “índios integrados”.¹⁴³ Tal classificação não mais perdura por força da Constituição, de modo que qualquer fato que envolva indígenas deverá ser analisado e compreendido à luz de suas cosmologias, o que não significa obviamente que redundará em absolvição, mas que não cabe ao juízo cravar a condição de “aculturado” e “integrado”, a partir de suas pré-compreensões, para definir a competência e, por consequente, indicar, de imediato, o grau de conhecimento acerca do caráter ilícito da conduta.

143 Nesse sentido: “EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO COMETIDO POR INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 140/STJ. QUESTÃO DESVINCULADA DA DISPUTA DE COMUNIDADES SILVÍCOLAS PELO DIREITO ORIGINÁRIO ÀS SUAS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. FALTA DE SUBSTRATO FÁTICO. PROBATORIO A AMPARAR A ALEGAÇÃO. PROFUNDO REVOLVIMENTO DE FATOS E DE PROVAS. ART. 56. PARÁGRAFO ÚNICO. DA LEI N. 6.001/1973. CUMPRIMENTO DA PENA EM ORÇÃO FEDERAL. DE ASSISTÊNCIA AO ÍNDIO. IMPOSSIBILIDADE. INDÍGENOS INTEGRADOS. INEVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. É inadmissível o emprego do writ em substituição ao meio processual cabível. 2. Em habeas corpus, incumbe ao impetrante instruir o feito com todas as peças necessárias à comprovação do alegado constrangimento ilegal e não é possível o profundo revolvimento de fatos e de provas. 3. O roubo circunstanciado pelo qual foram os pacientes condenados, de acordo com as instâncias ordinárias, não está ligado intimamente com a luta do grupo de indígenas Guarani-Kaiowá pelo direito originário às suas terras de ocupação tradicional. Injustificável a declaração da competência da Justiça Federal. Incidência da Súmula 140/STJ. 4. A aplicação do parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) é limitada aos indígenas em fase de aculturação. 5. Evidenciado, conforme os documentos acostados aos autos, que os pacientes estão integrados à sociedade, não há falar na concessão do regime especial de semiliberdade. 6. Habeas corpus não conhecido” (Superior Tribunal de Justiça, HC 201300218316, Sexta Turma, relator: Sebastião Reis Junior, julgado em 25 de novembro de 2015, DJ, 16 de dezembro de 2014).

di- ira. eó- no il e ita: ão isa ais

No processo civil, a máxima da aculturação é muitas vezes invocada para negar o direito a terras¹⁴⁴ ou desvincular a proteção do art. 231 ao gr. para pleiteia a tutela de direitos. O julgado a seguir é elucidativo desse posicionamento:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. USUCAPÇÃO. IMÓVEL SITUADO EM ANTIGO ALDEAMENTO INDÍGENA QUE NÃO SE CONST. TUI BEM DA UNIÃO FEDERAL. ARTIGOS 20, XI E 231, § 1º, AMBOS DA CF. SÚMULA 650, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIPÓTES PREVISTAS NO ART. 17, DA MP 2180-35/2001. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. BEM LOCALIZADO EM LOTE URBANO E

¹⁴⁴ "DIREITO ADMINISTRATIVO. RESERVA INDÍGENA OCUPADA PELOS KARIKARI XOCÓS. AQUISIÇÃO DE NOVA ÁREA A SER DESTINADA EXCLUSIVAMENTE AOS KAVAGÓS. GRUPO ÉTNICO FORMADO PELA UNIÃO DE DIVERSOS REMANESCENTES INDÍGENAS. INTEGRAÇÃO À COMUNHÃO NACIONAL. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDIOS. PROCESSO DE MARCATÓRIO REGULADO EM LEI E DECRETO FEDERAL. INTERVENÇÃO JUDICIAL. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. 1. Ação civil pública movida com o fim de compelir a União e a Funai a adquirir terras de terceiros com a finalidade de alocar os índios da etnia Xocó desalojados em área que viabilize a sua sobrevivência física e cultural. 2. A Constituição Federal de 1988 inclui, dentre os bens da União, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, reconhecendo-lhes a posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes. 3. Considera-se índio ou silvícola como 'o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado a um grupo étnico cujas características culturais distinguem da sociedade nacional'. Art. 3º, I, da Lei n. 6.001/1973. 4. O regime protetivo instituído pela Lei n. 6.001/1973 aplica-se aos indígenas ainda não integrados à comunhão nacional, os quais ficam sujeitos ao regime tutelar diferenciado nela estabelecido. Assim, havendo a integração dos indígenas à comunhão nacional, haverá a liberação do regime tutelar estabelecido pelo Estatuto do Índio. 5. No caso dos autos, percebe-se a segurança e o domínio do bem do pelo Estatuto do Índio. 6. Os índios 'desalojados' não nasceram na aldeia, e, como se sabe, as tribos consideram índios aqueles nascidos na aldeia, pouco importando seu biotipo, se ameríndio, branco ou negro. 7. Os índios 'desalojados' da etnia Xocó-Guará encontram-se perfeitamente inscritos na comunhão nacional, pois, nasceram e sempre viveram na cidade, sendo descendentes (um deles filho e os demais netos sobrinhos-netos ou bisnetos ou sobrinhos-bisnetos) de uma índia nascida na aldeia da Ilha de São Pedro. 8. Considerando que não preservaram os costumes e hábitos indígenas bem como não participaram do processo de retomada das terras não há como enquadrá-los como beneficiários das normas diferenciadas e protetivas previstas no Estatuto do Índio. 9. O art. 231, § 1º, da Constituição Federal define terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como 'as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais

CONFINANTE ÀS ÁREAS OCUPADAS POR PARTICULARES. ART. 942, CPC. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL NA LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. 1. Apenas as terras tradicional e atualmente (ao tempo da CF/1988) ocupadas pelos índios constituem bens da União (artigos 20, XI, e 231, § 1º, CF). Embora localizado nas proximidades da Terra Indígena Praçaguera, o imóvel não constitui bem da União, vez que situado em aldeamento indígena extinto em 1804. 2. Não há parte alguma do território nacional que não tenha sido em alguma época ocupada por indígenas, nem que não lhe tenham sido tomadas "artificialmente", visto que a colonização portuguesa não decorreu de forças naturais, mas da ação humana. 3. O que a Constituição da República garantiu aos indígenas foi a continuação das terras que tradicionalmente ocupavam ao tempo de sua promulgação, não as que habitavam antes mesmo de o Brasil proclamar sua independência. 4. Por outro lado, somente se podem considerar "TRADICIONALMENTE" ocupadas aquelas terras em que os atuais habitantes silvícolas sejam os descendentes consanguíneos dos que ali se achavam desde tempos imemoriais: havendo memória recente de que outra tribo

necessárias a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo os seus usos, costumes e tradições". 9. O processo demarcatório de terras indígenas encontra-se regulado na Lei n. 6.001/1973 - Estatuto do Índio e no Decreto n. 1.775/1996, cujas regras foram declaradas, pelo Pretório Excelso STF, compatíveis com a CF/1988. Precedentes do STF. 10. Em que pese a Constituição Federal assegurar aos indígenas a prerrogativa de ingressarem em juízo para a defesa de seus direitos e interesses (art. 232) bem assim de articular ao Ministério Público a função institucional de defender os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V) e aos juizes federais a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI), a intervenção judicial para condenar a União a demarcar terras somente se afiguraria possível de modo excepcional quando inexistente solução alternativa ou houver omissão do Poder Executivo quando configurada alguma das situações elencadas no § 1º do art. 20, da Lei n. 6.001/1973. 11. A demarcação de terras indígenas é um procedimento a cargo do Poder Executivo, cabível, contudo, a tutela jurisdicional, caso o Poder Executivo demonstre-se inerte diante de determinadas situações estabelecidas em lei, inartemente, aquelas arroladas no art. 20, § 1º, da Lei n. 6.001/1973, o que não se revela, no caso dos autos. 12. No caso dos autos, ainda que existam diferenças internas, de acordo com os usos e costumes que lhes são próprios, não se revela clara e evidente, a ponto de justificar a intervenção jurisdicional, a existência de animosidade bem como de luta entre os grupos tribais, haja vista que apenas um índio recebeu ameaças de morte. 13. Nos termos da legislação pertinente a renção de grupo tribal somente caberá quando impossível ou não aconselhável a permanência conjunta das tribos. 14. Apelações da União e da Funai providas" (TRF3, Quarta Turma, relator desembargador federal Ivan Lira de Carvalho, julgado em 13 de maio de 2014, DJF 5 de junho de 2014).

veio instalar-se em área abandonada por seus habitantes tradicionais, esse local não pode ser considerado terra indígena. 5. Da mesma forma, é evidente no texto constitucional que somente se pode considerar haver ocupação indígena se os habitantes se organizam minimamente em tribos: não haveria como nem por que "preservar" coletivamente cultura, usos e tradições de indivíduos que, a par de aculturados, encontram-se isolados. Com efeito, o que se protege no § 5º do artigo 231 da CF são os GRUPOS e, da mesma forma, todo o restante do dispositivo refere-se sempre ao plural, às comunidades, não a indivíduos isolados. Não foi comprovada pela agravante a existência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 17, da Medida Provisória n. 2.180-35/0201. 7. Para demonstrar seu interesse no feito, a União deve apontar ser o imóvel de sua propriedade ou quando menos confinante, sendo insuficiente alegar que talvez revija seu entendimento administrativo e talvez venha a demarcar área que não indica e não sabe se virá sequer a confinar com o imóvel usucapiendo. Muito menos cabe a órgão do Poder Executivo julgar a própria ação de usucapião. 8. O imóvel usucapiendo não é confinante à Terra Indígena Piaçaguera, situando-se em lote urbano e confrontando-se com áreas ocupadas por particulares, não sendo aplicável, ao caso, o artigo 942, do Código de Processo Civil. 9. Ausente interesse da União Federal na lide, não se justifica a competência da Justiça Federal para processar e julgar o pedido de usucapião (art. 109, CF), sendo parcialmente nula a sentença. 10. Entrementes, a sentença, embora afastando o interesse da União, apreciou o pedido de usucapião, sendo nula nesta parte. 11. Agravo a que se nega provimento. Sentença parcialmente anulada, *ex officio*, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Estadual.¹⁴⁵

Os equívocos do julgado são muitos. Afóra as discussões sobre os marcos temporais e os requisitos de ocupação da terra para o reconhecimento de direitos, é digno de nota que a decisão parte de premissas estigmatizantes para diminuir o alcance do art. 231, pois estabelece, sem a explicitação dos fundamentos, que a tradicionalidade pressupõe que os indígenas sejam descendentes consanguíneos daqueles que ocupavam a terra em tempos imemoriais e faz exigências quanto à forma de organização social ("tribos" x

145 Brasil, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, AI 008330450420054030000, relator: desembargador federal Henrique Herkenhoff, julgado em 23 de fevereiro de 2010, e DJF3 4 de março de 2010.

"aculturados" e "isolados"), sem qualquer fundamento teórico ou empírico para tanto, essencializando as relações entre indígenas e minimizando o histórico de privações e violações a que foram submetidos. A identidade não pode ser definida por um terceiro, e sim pelo próprio grupo (autodefinição da própria identidade, conforme dispositivo da própria Convenção 169).¹⁴⁶ A propósito, os índios não perdem sua condição étnica pelo fato de se dirigirem à cidade, falarem português ou usarem vestimentas semelhantes às dos demais integrantes da sociedade envolvente. É a etnicidade que os distingue dos demais grupos, por meio da qual entendem a si mesmos como pertencentes a determinadas origens e tradições.¹⁴⁷

O tratamento da prova também carece de uma abordagem plural. Os indígenas são instados a comprovar documentalmente aquilo que para eles se desenvolve de outra forma, por meio das memórias, das festas, dos cantos, das tradições. Cobram-se, no entanto, versões dos fatos, papéis. É por conta desse viés que deslocamentos são confundidos com nomadismo, que práticas e rituais são tratados com curiosidade zoológica e que certas cosmovisões são tidas como descartáveis, mas não se depreende que essas manifestações são a resistência desses povos e a forma que eles adotam para contar e construir sua história.¹⁴⁸

Em suma, o assimilacionismo segue impregnado na prática constitucional dos três poderes. Agora mais do que nunca, já que o Executivo e o Legislativo têm adotado uma linha conscientemente contrária à concretização dos direitos fundamentais dos povos indígenas. No Poder Judiciário, a sensação é a de que o tratamento da matéria nunca esteve em alta e, afóra soluções esporádicas, as decisões contêm forte viés etnocêntrico, ou, na melhor das hipóteses, carregam muita incompreensão sobre a matéria.

146 A Convenção 169/OIT confere ampla proteção à autonomia e à autoidentificação desses grupos (art. 3º).

147 Cunha, *Cultura com aspas e outros ensaios*, p. 253.

148 Deve-se reconhecer que também podem ser encontradas algumas decisões relevantes e sensíveis à interculturalidade. Como exemplo, pode ser citado o entendimento de que cabe a concessão do benefício de salário-maternidade a mulheres indígenas menores de 16 anos, em razão das peculiaridades socioculturais do grupo étnico, firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.439.894, relator: ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18 de dezembro de 2014).

dis- tra- ecó- no- il e- ita- ão- isa- ais- 19a- :de- in- em- a e- rei- en- XIX- 35 e- As- vro- Le- da- tos- 22). cas- da- do- do- et- nk- M)- kh- ca- re- ca- re- da- ão- iv-

4. Considerações finais

O Brasil está em mora na concretização dos direitos indígenas. E a culpa não é da Constituição. O seu texto é uma conquista, um avanço em nosso processo civilizatório que estanca a avassaladora destruição da identidade de diversos grupos e garante, ao menos no papel, que os índios são cidadãos de igual status e merecedores de respeito e consideração.

A Constituição absorveu todos os anseios do multiculturalismo liberal de reconhecer a importância de certas culturas e oferecer-lhes proteção e dedicou-se a essa tarefa. É prazeroso falar que a nossa lei fundamental tem um capítulo especial para os direitos indígenas. É certo, porém, que o multiculturalismo liberal que ela alberga necessita de um olhar atento à realidade brasileira e aos destinatários dessa proteção, de forma a carregar uma visão intercultural crítica *desmonumentalizadora* e *descolonizadora* que compreenda melhor o histórico de violências a que foram submetidos os povos indígenas e a perpetuação de um sistema que nunca lhes reconheceu dignidade e segue reproduzindo essa lógica.

O grande problema brasileiro é a prática constitucional assimilacionista, que se manifesta nos três poderes da República. No Legislativo, houve, desde 1988, momentos relevantes para o avanço de direitos indígenas. Hoje, porém, ele abriga a mais feroz oposição a qualquer escopo de concretização do art. 231 na legislação infraconstitucional, tendo em vista os interesses econômicos dos chamados ruralistas nas terras que os indígenas tradicionalmente ocupam, havendo um fluxo acelerado de projetos que denegam direitos ou criminalizam condutas, ao mesmo tempo em que o Estatuto das Sociedades Indígenas não avança.

No Executivo, a postura ambivalente do Estado apresenta-se com mais força. De um lado, estão medidas positivas de diálogo intercultural e de forte participação dos grupos étnicos, cada vez mais rasas após 2016, com uma atuação da Funai preocupada com o andamento de projetos de grandes empreendimentos e com o andamento, dentro das possibilidades, dos processos de demarcação. De outro, o interesse nos recursos naturais situados em terras indígenas gera uma atuação com efeitos mais imediatos do que a de qualquer outro poder, mediante a realização de obras de infraestrutura e grandes projetos sem consulta prévia ou diálogo.

No Judiciário, a pauta indígena ainda não emplacou. Ressaltadas algumas decisões relevantes e mais sensíveis ao comando constitucional, predomina uma visão depreciativa sobre os índios e um relativo desprezo a seus anseios de autonomia. Tal percepção é refletida no julgamento do caso Raposa Serra do Sol com a estipulação de condicionantes que privilegiam outros bens jurídicos, e na forma de atuação do sistema de justiça em primeira instância, totalmente cerrado a uma maior participação e às cosmovisões indígenas.

Reconhecer esse cenário pode ser um passo importante para deixar de pressupor uma harmonia entre o texto e a prática constitucionais, decantada nos manuais, e olhar o invisível, escutar o silêncio dos povos indígenas e impulsionar o projeto de 1988 rumo à interculturalidade.

Referências bibliográficas

- ARAUJO JUNIOR, Julio José. Desafios à proteção da posse constitucional de terras indígenas. In: VITTORELLI, Edison (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 523-42.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 187-224, 2013.
- O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARRY, Brian. *Culture and Equality: an Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Cambridge: Polity Press, 2001. e-book: Kindle Edition.
- BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. v. I, Parte IV, cap. 14, item C. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Documento/Relatorio/ParteIV/Capitulo14.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.
- COHN, Sergio (Org.). *Encontros - Ailton Krenak*. Rio de Janeiro: Azougue, 2015.
- COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO-SP. *A questão da emancipação. Cadernos da Comissão Pró-Índio*, São Paulo, v. 1, ago. 1979.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. e-book: Kindle Edition.

- (Orgs.). *Direitos em conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. v.1. Curitiba: Kairos, 2015.
- SOUZA, Jesse. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Luiz Nova*, n. 50, p.133-58, 2000.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marsi. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1 ed s reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.214.
- TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy (Eds.). *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, NJ: University Press, 1994.
- VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. 1.ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2013.
- VILLAS BOAS, Orlando; VILLAS BOAS, Claudio. *A marcha para o oeste: a epopeia da Expedição Roncador-Xingu*. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: VIANA, Jorge; TAPIA, Luis; WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. La Paz: Convenio Andrés Bello, 2010. p.75-96.
- WALZER, Michael. Comentário. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Trad. Maria Machado. Lisboa: Piaget, 1994.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Trad. Pedro Soares. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.6, 2007.