

# A Questão Indígena e o Poder Judiciário

Programa de Estudos Avançados

## Organização

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Adriana Alves dos Santos Cruz

Michele Menezes da Cunha



# A Questão Indígena e o Poder Judiciário

Programa de Estudos Avançados





# A Questão Indígena e o Poder Judiciário

Programa de Estudos Avançados

Organização

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Adriana Alves dos Santos Cruz

Michele Menezes da Cunha

1ª Edição

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Outubro de 2016

---

Esta obra não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

P964

Programa de Estudos Avançados (10 de abril de 2014 : Rio de Janeiro, RJ)

A questão indígena e o Poder Judiciário / Organização: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Adriana Alves dos Santos Cruz e Michele Menezes da Cunha, Tribunal Regional Federal (2. Região). Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, - Rio de Janeiro : EMARF, 2016.

190p.

Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/revistaemarf.php>>

ISBN: 978-85-62108-03-7

1. Questão indígena. 2. Índio. 3. Poder Judiciário I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. (Org.) Silva, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. (Org.) Cruz, Adriana Alves dos Santos. (Org.) Cunha, Michele Menezes da. (Org.) II. Brasil. Tribunal Regional Federal (2. Região). Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região). III. Brasil. IV. Título.

CDU: 342.726

CDD: 342.087.2

**Organização:** Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Adriana Alves dos Santos Cruz e Michele Menezes da Cunha

**Projeto Gráfico, Capa e Editoração Eletrônica:** Leila Andrade de Souza

**Foto da Capa:** Etnia Kamayurá - Foto: Mário Vilela / Acervo Funai

**Impressão e Acabamento:** CPGRAF/SED/TRF2

**Tiragem:** 500 exemplares

**Distribuição Gratuita**

1ª Edição

2016

Editado pela **Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF**  
Órgão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)  
Rua Acre, 80 - 22º andar - Centro - Rio de Janeiro - RJ

CEP20081-000

☎ (21) 2282-8530 - 2282-8788

<http://emarf.trf2.jus.br/site>

[revistaemarf@trf2.jus.br](mailto:revistaemarf@trf2.jus.br)

---

## **Diretoria da EMARF**

### **Diretor-Geral**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

### **Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

### **Diretor de Publicações**

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

### **Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro

## **EQUIPE DA EMARF**

Clarice de Souza Biancovilli - Assessora Executiva

### **Rio de Janeiro**

Edith Alinda Balderrama Pinto

Flávia Munic Medeiros Pereira

João Paulo de Jesus Baptista

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Osmani Valporto Moreno

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Tânia Maria Marçolla Livramento

Thereza Helena Perbeils Marchon

Vilma Ferreira Amado

### **Espírito Santo**

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

---



---

## Conselho Científico

**Adriana Alves dos Santos Cruz**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Augusto Guilherme Diefenthaeler**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil.

**Bárbara Gomes Lupetti Baptista**, Universidade Veiga de Almeida e Universidade Federal Fluminense/UFF, Brasil

**Daniel Antônio de Moraes Sarmento**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Delton Ricardo Meirelles**, Universidade Federal Fluminense/UFF, Brasil

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Guilherme Calmon Nogueira da Gama**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Jane Reis Gonçalves Pereira**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Juliana Cesario Alvim Gomes**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

**Michele Menezes da Cunha**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Rafael Mario Iorio Filho**, Universidade Estácio de Sá e Universidade Federal Fluminense/UFF, Brasil

**Vladimir Santos Vitovsky**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

---





---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente:**

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

### **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal REIS FRIEDE

### **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

### **Membros:**

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LANA REGUEIRA

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Desembargador Federal GUILHERME CALMON

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

---



---

# Sumário

---

APRESENTAÇÃO .....	13
<b>Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva e Adriana Alves dos Santos Cruz</b>	
A CONVENÇÃO 169 DA OIT E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA.....	17
<b>Deborah Duprat</b>	
IDENTIDADES INDÍGENAS E SEU RECONHECIMENTO: LEITURAS DE ANTROPOLOGIA E DIREITO.....	39
<b>Ana Elisa de Castro Freitas</b>	
A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES INDÍGENAS: ENTRE A JUSTEZA E A JUSTIÇA	57
<b>Carolina Ribeiro Santana</b>	
CONSTRUÇÃO DE USINAS HIDRELÉTRICAS E POVOS INDÍGENAS AFETADOS....	75
<b>Ilan Presser</b>	
DESAFIOS NA PROTEÇÃO DA POSSE CONSTITUCIONAL DE TERRAS INDÍGENAS	97
<b>Julio José Araujo Junior</b>	
A DIFICULDADE DE APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA CONVENÇÃO Nº 169, DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, NA QUESTÃO INDÍGENA: UMA PERSPECTIVA DE DIREITO INTERNACIONAL.....	119
<b>Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues</b>	
NOTA TÉCNICA: A PEC 215/00 E AS CLÁUSULAS PÉTREAS.....	149
<b>Daniel Sarmiento</b>	
OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E A DEFENSORIA PÚBLICA.....	181
<b>Eduardo Cesar Paredes de Carvalho</b>	



---

# Apresentação

---

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes – Desembargador Federal, Diretor de  
Cursos e Pesquisas da EMARF

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva – Juíza Federal, Presidente da  
Comissão do CAE

Adriana Alves dos Santos Cruz – Juíza Federal, Membro da Comissão  
do CAE

A Escola da Magistratura Federal da 2ª Região, em parceria com o Ministério Público Federal e a FUNAI, promoveu, nos dias 10 e 11 de abril de 2014, o seminário A QUESTÃO INDÍGENA E O PODER JUDICIÁRIO, no âmbito do Programa de Aperfeiçoamento Continuado dos magistrados federais. A possibilidade de inaugurar o debate e reflexão aprofundados sobre as questões indígenas, junto aos juízes federais, é motivo de imensa satisfação e esperamos que a experiência se amplie e multiplique, abrindo espaço para discussões que transcendem a dimensão da norma e reconheçam que a demanda por direitos de uma gama de cidadãos brasileiros que historicamente tem sido alijados deve ser efetivamente provida pelo Poder Judiciário.

O evento foi estruturado em duas etapas. No primeiro dia, franqueado ao público em geral, houve palestras de profissionais de diversas áreas que lidam com a matéria, tanto na prática forense, como academicamente.

No segundo segmento, foram organizados grupos de trabalho com os expositores e magistrados federais, para debate sobre questões relacionadas ao cotidiano do contencioso judicial.

Quatro painéis foram apresentados no dia de exposição: (i) o critério da autoidentificação como definidor da identidade; (ii) o direito à terra e o papel da

FUNAI: do processo administrativo à judicialização; (iii) os direitos fundamentais das minorias étnicas e; (iv) exploração de recursos em terras indígenas e impactos socioambientais de empreendimentos.

Todos os expositores foram convidados a contribuir para a presente obra e os textos que ora apresentamos à comunidade jurídica são fruto das reflexões desenvolvidas nos dois dias de trabalhos do programa de estudos avançados.

O Poder Judiciário tem a função de garantir a efetividade de direitos fundamentais, embora não se ignore os problemas que envolvem os temas da judicialização da vida e da política. O ser humano deve ser o foco, o centro e a principal atenção do magistrado no exercício da jurisdição. A Constituição Federal de 1988 coroou, sob o aspecto normativo, o processo de redemocratização brasileiro e estabeleceu o respeito à pluralidade como paradigma para atuação do poder público.

A implementação das políticas públicas desenhadas pelo constituinte para a população indígena perpassam o Judiciário, cada dia de forma mais acentuada.

Nesse cenário, é mandatório que o Poder Judiciário seja permeável à reflexão sobre realidades tão diversas quanto diversos são os grupos que compõem a sociedade.

O tratamento das questões afetas a grupos minoritários reclamam um especial e redobrado esforço de compreensão. Primeiro porque as demandas desses grupos são, de regra, invisibilizadas e diluídas em uma dinâmica social que busca sempre homogeneizar as necessidades. Segundo porque esses grupos estão sub-representados nos espaços de poder.

Os textos que compõem essa obra têm como fio condutor o princípio constitucional da pluralidade em substituição ao paradigma assimilacionista que vigorava no regime anterior a 1988.

A Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal Deborah Duprat, no texto "Povos Indígenas e Populações Tradicionais" explana sobre a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e o direito à consulta prévia, livre e informada. O trabalho apresenta reflexão sobre a mudança de paradigma introduzido pela Convenção na relação entre o Estado nacional e seu `povo`, reforçando a ideia de liberdade expressiva das minorias étnicas, prestígio da pluralidade e visibilidade normativa dos povos sem presença na arena pública. Discorre sobre a rejeição do modelo anterior, assentado no propósito de assimilação das minorias étnicas à sociedade nacional, visando a homogeneização. Nesse sentido, aponta o instituto da consulta prévia como ferramenta fundamental para implementação do novo modelo e pontua a necessidade de que os magistrados

de todos os graus de jurisdição desenvolvam exegese em harmonia com a ordem internacional de direitos humanos à qual o Brasil está vinculado.

As reflexões da Professora Ana Elisa de Castro Freitas, “Identidades Indígenas e seu Reconhecimento: leituras de antropologia e direito” aportam contribuição interdisciplinar, abordando a questão da luta por reconhecimento das identidades indígenas em contextos nacionais e sociais hegemônicos. A partir de categorias da antropologia, a autora nos apresenta a identidade como um processo relacional. Uma vez rejeitado o paradigma assimilacionista e estabelecido constitucionalmente o vetor da pluralidade, a autora reflete sobre como exercitar essa nova dinâmica na arena pública. Pontua como o não reconhecimento daquele considerado outro, sob a perspectiva minoritária, também fere na dimensão da cidadania a possibilidade de reconhecimento daqueles que compõem os grupos hegemônicos. A autora nos brinda com informações sobre as possibilidades de uma epistemologia construída pelo pensamento de próprios integrantes dos povos indígenas, o que começa a se tornar possível, não só, mas também pelo ingresso de indígenas no ensino superior a partir de ações afirmativas.

A advogada Carolina Ribeiro Santana, mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ e Indigenista Especializada da FUNAI, expõe sobre a judicialização das questões indígenas e a tensão entre a justeza e a justiça. O texto traz considerações sobre a correta compreensão das atribuições da FUNAI, tendo em conta, especialmente, a autonomia dos povos indígenas para determinar seus destinos e a prescindibilidade de um órgão que os tutele. Problematisa a judicialização das políticas públicas indigenistas e demonstra que os questionamentos dos direitos reconhecidos aos indígenas não mais se limitam à questão da terra. Defende que o enfrentamento das questões demandam do Poder Judiciário uma hermenêutica que não ignore a interpretação histórica da Constituição e dos processos que culminaram no artigo 231 do texto constitucional. Ao problematizar, a partir de casos concretos, a atuação do Poder Judiciário na solução desses conflitos, o texto convida o leitor a refletir sobre critérios de justiça em detrimento da aplicação tradicional, abstrata e homogeneizante do Direito.

Na sequência, Ilan Presser, Juiz Federal em Cuiabá, apresenta a questão da construção de usinas hidrelétricas e povos indígenas afetados. O autor discorre sobre a tensão existente entre desenvolvimento e sustentabilidade, adotando como vetor de análise os conflitos decorrentes da pretensão de construção de usinas hidrelétricas em territórios indígenas. Sustenta que o neoconstitucionalismo é o marco teórico adequado para solucionar demandas dessa natureza. Afirmar que o Poder Judiciário não deve se ater apenas aos interesses econômicos da maioria, mas também considerar os valores positivados na Constituição, garantindo, sempre, resultado útil ao processo.



---

O Procurador da República Julio José Araujo Junior discorre sobre os desafios na proteção da posse constitucional de terras indígenas. O artigo detalha desafios objetivos enfrentados pelos povos indígenas e demais atores envolvidos na defesa de seus direitos para a proteção da posse constitucional. Explicita que o aumento e deslocamento dos embates para o Poder Judiciário exigem dos magistrados a percepção de que esses conflitos estão assentados em modos de vida diferentes. Alguns mais e outros menos atentos à diversidade sociocultural e à relação dos povos indígenas com a terra.

Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues, juiz federal, expõe a dificuldade de aplicação jurisprudencial da Convenção nº 169, da OIT na questão indígena, sob a perspectiva do direito internacional. O magistrado reflete sobre a reticência dos Tribunais em aplicar diretamente as normas internalizadas. Demonstra, a partir da análise da jurisprudência nacional, a excepcionalidade da aplicação direta da Convenção 169. O aporte de precedentes transcende os conflitos territoriais, fornecendo análise sobre questões de direito penal.

Daniel Sarmiento, à época Procurador Regional da República, apresenta nota técnica elaborada por solicitação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, sobre a PEC 215/00 e seu eventual confronto com cláusulas pétreas. Discorre sobre o controle judicial da proposta de emenda constitucional que transfere ao Congresso Nacional a atribuição para demarcação de terras indígenas. Aborda a dimensão fundamental do direito à terra e a impossibilidade de submetê-lo às maiorias parlamentares.

Eduardo Cesar Paredes Carvalho, Defensor Público, discorre sobre os direitos dos povos indígenas, o acesso ao Poder Judiciário e o papel da Defensoria Pública na implementação dos direitos fundamentais desses povos.

O evento contou, ainda, com a contribuição das magistradas Adriana Cruz, Fernanda Duarte e Michele Menezes, como organizadoras e mediadoras, bem como com os expositores Felício Pontes Jr, Procurador da República em Belém/PA, Jaiza Maria Pinto Fraxe, Juíza Federal em Manaus/ MA e da advogada Joenia Wapixana.

A premiada escritora Chimmamanda Ngozi Adichie<sup>1</sup> nos alerta sobre o perigo da história única. Em suas palavras, poder é a habilidade de não só contar a história de uma outra pessoa, mas de fazê-la a história definitiva daquela pessoa. Porém, ela prossegue, quando percebemos que nunca há apenas uma história sobre nenhum lugar, nós reconquistamos um tipo de paraíso. Que a possibilidade de uma sociedade efetivamente plural nos conduza a menos conflitos e mais encontros.

---

<sup>1</sup> ADICHIE, CHIMMANDA NGOZI. (2009, Julho). O perigo de uma história única. Disponível em: < [https://www.ted.com/talks/chimamanda\\_adichie\\_the\\_danger\\_of\\_a\\_single\\_story?language=pt-br](https://www.ted.com/talks/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story?language=pt-br) >

---

# A Convenção 169 da OIT e o Direito à consulta prévia, livre e informada

---

Deborah Duprat - Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Povos Indígenas e Populações Tradicionais)

*Até que os leões inventem as suas próprias histórias, os caçadores serão sempre os heróis das narrativas de caça (Provérbio africano).<sup>1</sup>*

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) disciplina uma nova relação do Estado nacional com o seu “povo”, circunstância facilmente identificada se confrontada com o texto normativo que lhe é anterior e que é por ela expressamente revogado: a Convenção 107 da mesma OIT. Enquanto esse último documento consignava como propósito a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, o presente, já em seu preâmbulo, evidencia a ruptura<sup>2</sup> com o modelo<sup>3</sup> anterior. Está expresso em seu texto:

*“Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais*

---

<sup>1</sup> COUTO, MIA. As confissões da leoa. São Paulo: Companhia das letras, 2012. p. 9.

<sup>2</sup> A utilização da palavra “ruptura” se dá em sua compreensão atual, de que não há inícios absolutos e continuidades lineares. Há, sim, aquilo que Stuart Hall chama de “rupturas significativas”, em que “velhas correntes de pensamento são rompidas, velhas constelações deslocadas, e elementos novos e velhos são reagrupados ao redor de uma nova gama de premissas e temas (Da diáspora – identidades e mediações culturais. 2ª. ed. - Belo Horizonte, MG: UFMG, 2013, pp. 143/144). O próprio preâmbulo da Convenção homenageia esse último sentido, ao informar que a reunião da Conferência Geral da OIT, ocorrida em 7 de junho de 1989, tinha por objetivo inicial a revisão parcial da Convenção 107, mas se decidiu sobre uma nova convenção sobre populações indígenas e tribais.

<sup>3</sup> Em paralelo, no âmbito interno dos Estados nacionais, desenvolvem-se movimentos de revisão constitucional que deem conta, dentre outras tantas mudanças, da transformação do paradigma da assimilação pelo da autodeterminação dos povos indígenas e tribais. No Brasil, a Constituição de 1988, com o mesmo ideário, precede a própria Convenção 169, que é de 1989. Não sendo esse o espaço para maior aprofundamento do tema, ficam apenas as referências de alguns dos dispositivos constitucionais mais emblemáticos que endossam a compreensão aqui desenvolvida: 210, § 2º, 215, 216, 231 e 232, do corpo permanente, e 68 do ADCT.

*em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;*

*Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas, religiões, dentro do âmbito dos Estados ondem moram (...)."*

Essa ideia força, portanto, deve estar presente em toda e qualquer interpretação que se faça da Convenção 169. No entanto, aquilo que parece intuitivo nem sempre é de fácil aplicação. Estratégias e práticas de homogeneização centenárias, homologadas pelo Direito e retransmitidas acriticamente pelos cursos universitários, colocam os seus profissionais, se não desconfiados, ao menos perplexos com as consequências de um modelo legal de sociedade plural na perspectiva étnico cultural. O resultado é que, a despeito de uma disciplina bastante extensa e do endosso do direito constitucional interno, a Convenção 169, e, em particular, o instituto da consulta é considerado uma formalidade desnecessária, ou, quando muito, a ser rapidamente superada. Persiste, assim, ainda que não declaradamente, a ideologia anterior de que, numa "sociedade de iguais", o Estado está habilitado, por si só, a dizer o que é o "interesse comum" e por ele orientar-se.

A consulta aos "povos indígenas e tribais" está na contramão dessa compreensão. A Convenção 169, ao reformular todo o ideário da Convenção 107, teve que reforçar a liberdade expressiva desses povos, invisibilizados normativamente até então, sem presença na arena pública e sem qualquer aporte de suas especificidades nos debates nacionais. Por isso, no processo transformador por ela engendrado, a consulta é um elemento central, e não periférico.

O presente trabalho tem como ponto de partida esse diagnóstico e se propõe a enfrentá-lo, primeiro, sob uma perspectiva que pretensiosamente pode ser chamada de histórica, mas que se limita à análise bastante ligeira do surgimento do Estado-nação até a sua configuração contemporânea; e, segundo, por uma interpretação da consulta a partir dos parâmetros fornecidos pelos contextos histórico-social e jurídico da atualidade.

## I – O ESTADO-NAÇÃO E O SEU POVO

Não obstante a figura do Estado-nação tenha sido a tal ponto naturalizada, de modo a tê-la como fundamental, permanente e a-histórica, ela é um artefato, e bastante recente. A equação nação=Estado=povo, vinculado a um território, é produto das revoluções americana e francesa, especialmente desta última, à qual tributa sua forma sistemática<sup>4</sup>. Conceitualmente, surge como “a coletividade de habitantes de um território, com tradições, aspirações e interesses comuns, subordinados a um poder central que se encarrega de manter a unidade do grupo”<sup>5</sup>.

O Estado-nação, em sua concepção originária<sup>6</sup>, não se baseou em etnicidade ou língua<sup>7</sup>. Pelo contrário. Hobsbawm<sup>8</sup> acentua:

*“Que os “Estados-nações” seriam nacionalmente heterogêneos nessa forma foi algo prontamente aceito, pois havia muitas partes da Europa e do resto do mundo onde as nacionalidades estavam tão obviamente misturadas no mesmo território que desenredá-las em bases puramente espaciais parecia ser bastante irrealista”*

No entanto, a noção de homogeneidade que lhe era correlata seguia sendo um propósito, especialmente diante da compreensão de que as nacionalidades pequenas só tinham a ganhar incorporando-se às nações maiores. Stuart Mill<sup>9</sup>, articulando o pensamento majoritário de então, dizia:

*“Ninguém pode supor que não seja mais benéfico para um bretão, ou para um basco ou um navarro francês ser... um membro da nacionalidade francesa, admitido em termos iguais aos privilégios da cidadania francesa... do que azedar, em suas rochas, o arcaísmo semi-selvagem dos tempos passados remoendo-o em sua pequena órbita mental, sem participação ou interesse no movimento geral do mundo. A mesma observação se aplica aos galeses e escoceses das terras altas, como membros da nação britânica.”*

Relacionada a essa convicção, a força do darwinismo social no século XIX: o

<sup>4</sup> As condições para o surgimento do Estado-nação são analisadas em obra seminal de Benedict Anderson (2008), Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

<sup>5</sup> Enciclopédia Brasileira do Mérito. São Paulo/Rio/Porto Alegre: 1958/1964, vol. 13, p. 581.

<sup>6</sup> Apesar do influente panfleto sobre o terceiro estado – Que’est-ce le Tiers-État? - o abade e teórico Sieyès não conseguiu ver prevalecer certa ideia de pureza étnica ali contida, no sentido de identificar a origem germânica da nobreza, o que fazia dela estrangeira e conquistadora da França. O verdadeiro povo seria o de ascendência gaulesa.

<sup>7</sup> Basta ver os Estados-nações mais antigos: França, Inglaterra e Espanha, sabidamente multinacionais.

<sup>8</sup> HOBBSAWM, Eric J. Nações e Nacionalismo desde 1780 – Programa, mito e realidade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 45. No mesmo sentido, Benedict Anderson, ob.cit.

<sup>9</sup> MILL, John Stuart. Utilitarianism, Liberty and Representative Government. Londres: ed. popular, 1910, p. 363-364.

Estado-nação era uma fase da evolução humana, que ia do pequeno ao grande grupo, da família à tribo, à região e à nação<sup>10</sup>. A assimilação dos pequenos povos foi, nesse contexto, um processo inevitável. Em alguns casos, aceita; em outros, obtida por violência real e simbólica.

O fato é que esses grupos menores não tinham como resistir a todo o instrumental concebido para chegar à pretendida homogeneidade. A começar pela adoção de uma única língua administrativa, o seu uso obrigatório nas relações entre o indivíduo e o Estado, seguindo-se a alfabetização pública em larga escala. Os não falantes da língua oficial, nesse ambiente, estavam condenados a ficar à margem da sociedade nacional.

Benedict Anderson<sup>11</sup> aponta, ainda, três instituições fundamentais no sentido de moldar e consolidar os Estados nacionais: os censos, os mapas e os museus. Essas foram as maneiras pelas quais o Estado imaginou o seu domínio, a geografia do seu território, os seres por ele governados e a sua história comum. Juntos, eles criaram realidades unificadas, categorias raciais claras e fronteiras fixas.

Os censos inscrevem-se em uma dupla perspectiva: a coleta de informações periódicas sobre indivíduos, para o exercício do que Foucault, em diversos trabalhos, chama de “poder disciplinar”, orientado pela regulação e vigilância da população e de cada um de seus membros; e o papel constitutivo, e não meramente descritivo, de categorias populacionais. Ou seja, a identidade das pessoas tinha que ser conformada segundo uma das categorias de antemão estabelecidas, de forma exaustiva e inequívoca. Segundo Anderson, “a ideia fictícia do censo é que todos estão presentes neles, e que todos ocupam um – e apenas um – lugar extremamente claro. Sem frações”<sup>12</sup>.

Os mapas, por sua vez, também operam a partir de classificações totalizantes e se prestam, tal qual os censos, “a deixar o espaço sob a mesma vigilância que os recenseadores tentavam impor às pessoas”<sup>13</sup>. Tinham logicamente também a função de constituir – e não apenas descrever – a linha que separa interno/externo, nacional/estrangeiro.

E os museus, repositório de uma tradição generalizada, certamente urdida a partir da história do grupo dominante e, como lembra Ernest Renan<sup>14</sup>, necessariamente feita de esquecimento e de falsificação. Assim, episódios como o massacre de povos e a escravidão eram reposicionados e, nessa nova forma, museificados.

---

<sup>10</sup> HOBBSAWM, ob. cit., p. 50.

<sup>11</sup> ANDERSON., ob. cit., pp. 227-240.

<sup>12</sup> Id, ib, pp. 228-229.

<sup>13</sup> Id, ib., p. 240.

<sup>14</sup> Qu'est que c'est une Nation?, Conferência feita na Sorbonne em 11.3.1882. In HOBBSAWM, ob. cit., nota 19, p. 25.

O que é fundamental reter é que essas três instituições – censo, mapa e museu – estavam interligadas e representam o pensamento classificatório e totalizante que podia ser aplicado a qualquer coisa que estivesse sob o domínio do Estado: povos, regiões, religiões, línguas, monumentos, etc. “O efeito dessa grade era sempre poder dizer que tal coisa era isso e não aquilo, que fazia parte disso e não daquilo”<sup>15</sup>. Some-se a isso o direito produzido pelo Estado, também operando a partir de categorias binárias – válido/inválido; legal/ilegal – e homologando os valores a serem inscritos como geraís<sup>16</sup>.

Há, no entanto, um segundo movimento do Estado-nação, no sentido de mobilizar o sentimento nacional a partir da etnia e da língua. Ele começa a ocorrer mais ou menos na segunda metade do século XIX e é atribuído basicamente a dois fatores<sup>17</sup>: crescente e maciça migração geográfica e a transformação de “raça” como conceito central das ciências sociais, reforçada por ideias evolucionistas do darwinismo. Começa o período da expulsão e morte do estrangeiro, do diferente, de que são exemplos a eliminação em massa dos armênios pelos turcos, em 1915, e a expulsão, também pelos turcos, de 1,3 a 1,5 milhão de gregos que viviam na Ásia Menor, ocorrida em 1922<sup>18</sup>.

A Segunda Guerra Mundial, com o holocausto dos judeus e a eliminação de incontáveis “diferentes”, representa, a um só tempo, o paroxismo desse sentimento e o início da inflexão do Estado-nação naquilo que é um dos seus pilares: a homogeneidade do povo. Já em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Esse tratado se vale do conceito de genocídio cunhado por Raphael Lemkin, em obra doutrinária de 1944, a qual, referindo-se às técnicas nazistas, inspira-se nas partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato)<sup>19</sup>. Já em seu art. 1º, a Convenção diz que o genocídio é crime tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, e o define, em seu art. 2º, como a prática de atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. No mesmo ano, a Declaração Universal

<sup>15</sup> ANDERSON, ob. cit., p. 253.

<sup>16</sup> “O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. Ele atribui aos agentes uma identidade garantida, um estado civil, e sobretudo poderes (ou capacidades) socialmente reconhecidos, portanto, produtivos, mediante a distribuição dos direitos de utilizar esses poderes, títulos (escolares, profissionais, etc), certificados (de aptidão, de doença, de invalidez, etc) e sanciona todos os processos ligados à aquisição, ao aumento, à transferência ou à retirada desses poderes (...). O direito é sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas (...).” BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 236-237.

<sup>17</sup> HOBBSAWM, ob.cit., pp. 126 e 130-131.

<sup>18</sup> Id, ib, pp. 161-162.

<sup>19</sup> LEMKIN, Raphael apud RAMOS, André Carvalho. Curso de Direitos Humanos, São Paulo: Saraiva, 2014, p.165.

dos Direitos Humanos consigna, em seu preâmbulo, que os direitos humanos são de aplicação universal e reconhecidos a todas as populações existentes nos Estados membros e nos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Outros importantes movimentos vão contribuir decisivamente para a “ruptura significativa” referida no início desse trabalho, especialmente a segunda onda do movimento feminista, os estudos culturais que acompanham o processo de descolonização mais tardio<sup>20</sup> e as várias correntes filosóficas que, grosso modo, constituem o que se convencionou chamar pós-modernidade. A aproximá-los, a convicção de que as mudanças pretendidas passam pelo fim dos binarismos, da fixidez das fronteiras, dos essencialismos.

A segunda onda do movimento feminista<sup>21</sup>, que tem início na década de 60, além de reivindicar a apropriação e reconstrução da identidade histórica herdada, reconhece que esta é perpassada por inúmeros recortes<sup>22</sup> – gênero, raça, classe, religião, nacionalidade, etnia, orientação sexual, entre outros – cada qual acionado a depender da situação que se apresenta<sup>23</sup>. Faz-se ciente também de que o Estado nacional não só é patriarcal, como a distinção que o seu direito impõe entre público/privado situa as mulheres fora dos seus espaços de decisão. Domínios como a família, a sexualidade, a divisão doméstica do trabalho, antes confinados ao campo privado, deslocam-se para o espaço público e político da contestação.

A raça, por sua vez, como categoria biológica ou genética, já tinha tido a sua validade científica abandonada. A persistência do uso do termo nos discursos

---

<sup>20</sup> Interessante notar que esses movimentos de descolonização são lutas muito mais de caráter antiimperialista do que de viés nacionalista.

<sup>21</sup> A primeira onda é identificada com uma abordagem de igualdade meramente formal no acesso a bens e recursos.

<sup>22</sup> A questão da identidade mereceria desenvolvimento que não cabe nos limites desse texto. No entanto, é importante reter que também aqui se opera um deslocamento, de uma identidade contínua e coerente ao longo da existência do indivíduo, própria do Iluminismo, para identidades contraditórias, que levam a diferentes posições do sujeito. Um exemplo recorrente é do episódio lembrado por Stuart Hall (A identidade cultural na pós-modernidade, 4ªed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000, pp 18-21), ocorrido em 1991, quando o então presidente americano Bush, ansioso por restaurar a maioria conservadora na Suprema Corte, encaminhou a indicação de um juiz negro, Clarence Thomas. Com isso, e jogando o jogo de identidades, ele estaria agradando o eleitorado branco, porque Thomas era um conservador em termos de legislação de igualdade de direitos, e os eleitores negros, que apoiavam políticas liberais em questões de raça. Ocorre que, numa das audiências no Senado, Thomas foi acusado de assédio sexual por uma mulher negra, Anita Hill. A partir daí, as mulheres negras se dividiram, dependendo de qual identidade prevalecia, como negra ou como mulher. Também os homens negros estavam divididos, dependendo de qual fator prevalecia: seu sexismo ou seu liberalismo. As mulheres conservadoras brancas apoiavam Thomas por conta de sua oposição ao feminismo. As feministas brancas se opunham a Thomas tendo por base a questão sexual. E, como Thomas era membro da elite judiciária e Anita Hill, uma funcionária subalterna, também estavam em jogo questões de classe. Tudo isso demonstra que a identificação não é automática, mas depende da forma como o sujeito é interpelado.

<sup>23</sup> Quem melhor traduziu essas identidades multifacetadas e contraditórias foi o poeta Walt Whitman: *Do I contradict myself? Very well then I contradict myself, I am large, I contain multitudes (Me contradigo? Muito bem, me contradito; sou grande, contendo multidões).*

sobre nação e identidade nacional, agora conotado em termos culturais, é assim analisado por Paul Gilroy<sup>24</sup>:

*“Enfrentamos, de forma crescente, um racismo que evita ser reconhecido como tal, porque é capaz de alinhar “raça” com nacionalidade, patriotismo e nacionalismo. Um racismo que tomou uma distância necessária das grosseiras ideias de inferioridade e superioridade biológica busca, agora, apresentar uma definição imaginária da nação como uma comunidade cultural unificada. Ele constrói e defende uma imagem de cultura nacional – homogênea na sua branquidade, embora precária e eternamente vulnerável ao ataque dos inimigos internos e externos... Este é um racismo que responde à turbulência social e política da crise e à administração da crise através da restauração da grandeza nacional na imaginação. Sua construção onírica de nossa ilha coroada como etnicamente purificada propicia um especial conforto contra as devastações do declínio (nacional)”.*

A contribuição dos estudos culturais não é só de trazer à luz os grupos étnico culturais que permaneceram às margens das sociedades nacionais, mas também a multiplicidade de suas conexões, laterais e descentradas. Esse tema terá maior desenvolvimento no capítulo seguinte.

Por fim, a pós-modernidade<sup>25</sup>, postulando o fim das grandes narrativas generalizadoras, das verdades universais, e nelas introduzindo diferença e especificidade. Mais do que isso, Derrida<sup>26</sup> à frente, o movimento defende a instabilidade inerente ao significado. Há aqui também forte influência da “virada linguística”, que chama a atenção para a conexão mundos da vida/jogos de linguagem<sup>27</sup> e subverte qualquer tentativa de criar mundos fixos e estáveis.

Assim, sujeito e identidade são conceitos que, solapados em suas formas unitárias e essencialistas<sup>28</sup>, ficam a depender das posições discursivas dos falantes. Bourdieu, referindo-se a Goffman, fala das estratégias de apresentação de si<sup>29</sup>, o

<sup>24</sup> GILROY, Paul. *The Black Atlantic*. Cambridge: Harvarde UP, 1993, p. 87.

<sup>25</sup> Da mesma maneira que se dá com ruptura, o termo “pós” corresponde a descrições teóricas que tentam construir uma noção de mudança ou transição concebidas como uma reconfiguração de um campo, em vez de um movimento de transcendência linear entre dois estados mutuamente exclusivos. HALL, Diáspora, p. 131.

<sup>26</sup> DERRIDA, J. *L’écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil, 1967.

<sup>27</sup> WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. México: UNAM, 1988.

<sup>28</sup> A psicanálise, desde Freud, com a teoria de que nossas identidades, nossa sexualidade e a estrutura de nossos desejos são formadas com base em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente, também desorganiza a ideia de identidade fixa, única e inata.

<sup>29</sup> BOURDIEU, PIERRE. *Meditações pascalianas*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 228.



que pressupõe a possibilidade real, juridicamente e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a(s) sua(s) identidade(s)<sup>30</sup>.

O que se põe em movimento, portanto, são três ideias que vão reconfigurar o Estado nacional e o direito, interno e internacional: identidade, pluralismo e liberdades expressivas.

Não é por acaso que, ao lado da Convenção 169 e da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural<sup>31</sup>, a UNESCO adota, em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, promulgada, no Brasil, pelo Decreto 6.177, de 1º de agosto de 2007. Esta, em seu preâmbulo, aciona pluralismo/identidade/liberdades expressivas, reconhecendo que “a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade”; e que “a diversidade cultural se fortalece mediante a livre circulação de ideias e se nutre das trocas constantes e da interação entre culturas”. E estatui em seu artigo 1: “a diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem suas expressões culturais”.

Esse novo cenário em que se apresenta o Estado-nação, a um só tempo factual e normativo, fornece o norte hermenêutico às principais questões relativas à consulta da Convenção 169: quem consultar, como consultar e os efeitos da consulta. Passa-se agora à análise desses pontos.

## **II – A CONSULTA DA CONVENÇÃO 169**

### **(i) Quem consultar**

Um primeiro olhar sobre a Convenção 169 causa algum desconforto, a começar pelos seus destinatários. É que, nesse campo, ela praticamente reproduz as expressões de que se valeu a sua antecessora, a Convenção 107: indígenas, tribais e semitribais<sup>32</sup>. Ou seja, persiste na utilização de termos coloniais e de definições aparentemente fixas.

---

<sup>30</sup> BOURDIEU, PIERRE. O poder simbólico, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 129.

<sup>31</sup> Em seu art. 4, proclama que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”.

<sup>32</sup> Estes últimos definidos como aqueles “cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional”.

A perplexidade, no entanto, não resiste ao avanço da leitura, pois, imediatamente após conceituar, em seu artigo 1º, item 1, povos tribais<sup>33</sup> e povos “considerados indígenas”<sup>34</sup>, estabelece, no item 2, que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”.

Dois aspectos devem ser imediatamente retidos. O primeiro é que tanto a definição de povos indígenas como a de povos tribais é bastante aberta, contentando-se com um único vetor: organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente. E o segundo é que o elemento definatório central é a consciência da identidade pelo próprio grupo. Há aqui um efeito real e simbólico de dimensões impressionantes: devolvem-se aos diversos grupos as expressões com que foram cunhados pelo Estado nacional/colonial, para que delas se apropriem e as ressignifiquem.

Mas outros desdobramentos devem ser destacados. A começar pelo desprezo das classificações totalizantes, porque são, como denunciado pelos estudos culturais, categorias discursivas em torno das quais se organizou um sistema de poder e de exclusão<sup>35</sup>; porque são formas de racismo, ao destacarem determinadas características de um grupo e representá-las como fixas, inerentes, transmitidas pela cultura e pela herança biológica. Stuart Hall lembra que “o racismo biológico e a discriminação cultural não constituem dois sistemas distintos, mas dois registros do racismo”<sup>36</sup>; porque os grupos não são totalidades, mas compostos de elementos contraditórios, antagônicos e instáveis; porque esses grupos não são “resíduos do passado dentro do presente” (...) “que emergem como anomalias temporais dentro do contemporâneo”<sup>37</sup>; porque uma cultura, enquanto está sendo vivida, é sempre em parte desconhecida e, por isso, não pode ser totalmente objetivada.

De fato, anteriormente anotou-se que os sistemas classificatórios foram fundamentais para assegurar ao Estado o domínio das designações e dos direitos a elas equivalentes. Esse fenômeno corresponde a um período histórico do Estado-nação que se pretende superado, no plano dos fatos e dos direitos. Se a situação presente é de pluralismo do corpo social, se não mais subsiste o poder de um grupo sobre os demais, não há solução possível senão que cada qual assuma

<sup>33</sup> Aqueles cujas “condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”.

<sup>34</sup> “pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras nacionais e que, seja qual for a sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas”.

<sup>35</sup> HALL, *Diáspora*, ob. cit., p. 77.

<sup>36</sup> HALL, *Diáspora*, ob. cit., p. 78.

<sup>37</sup> EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2011, p. 44.

para si as suas definições identitárias. A insistência nas classificações externas é a persistência de uma luta por restauração de poder e dominação<sup>38</sup>.

Por outro lado, é preciso resistir à tentação de essencializar comunidades<sup>39</sup>, como entidades orgânicas, autossuficientes e autônomas. A despeito de permanecerem distintas, são atravessadas constantemente pelo entorno. Isso não significa declínio ou perda de identidade, mas, antes, identidades que se fortalecem pela abertura de novas possibilidades. Por isso, a expressão “cultura autêntica” é destituída de sentido: a cultura não está fora da história, das mudanças e das intervenções políticas. Segundo Hall<sup>40</sup>,

*“a cultura não é apenas uma viagem de redescoberta, uma viagem de retorno. Não é uma ‘arqueologia’. A cultura é uma produção. Tem sua matéria-prima, seus recursos, seu ‘trabalho produtivo’. Depende de um conhecimento da tradição enquanto ‘o mesmo em mutação’ e de um conjunto efetivo de genealogias. Mas o que esse ‘desvio através de seus passados’ faz é nos capacitar, através da cultura, a nos produzir a nós mesmos de novo, como novos tipos de sujeitos. Portanto, não é uma questão do que as tradições fazem de nós, mas daquilo que nós fazemos das nossas tradições (...) A cultura não é uma questão de ontologia, de ser, mas de se tornar”.*

Some-se a isso tudo o fato de que a linguagem ativa uma gama de significados que estão embutidos numa determinada cultura; que não há como dissociar mundo da vida/jogos de linguagem<sup>41</sup>; e que a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais registra expressamente em seu preâmbulo que “a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade”; não há como recusar aos diversos grupos a apropriação de suas definições identitárias.

Portanto, e à vista do vetor de que se vale a Convenção 169 – organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de

---

<sup>38</sup> Bourdieu adverte para o fato de que “qualquer unificação, que assimile aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre outra, da negação de uma identidade por outra”. O poder simbólico, ob. cit. p. 129.

<sup>39</sup> Segundo Bourdieu, “o poder sobre o grupo que se trata de trazer à existência enquanto grupo é, a um tempo, um poder de fazer o grupo impondo-lhe princípios de visão e de divisão comuns, portanto, uma visão única de sua identidade, e uma visão idêntica de sua identidade. Id, p. 117. Martha Nussbaum lembra que “também é um equívoco tratar as culturas como algo homogêneo, sem considerar a diversidade interna e o conflito.” (Las mujeres y el desarrollo humano. Barcelona: Herdler Editorial, 2002, p. 248).

<sup>40</sup> HALL, Diáspora, ob. cit., p. 49.

<sup>41</sup> WITTGENSTEIN, L. ob. cit.

outros setores da sociedade envolvente – os grupos, e apenas eles, não de dizer se se compreendem sob as grandes rubricas “povos indígenas” e “povos tribais”.

No Brasil, o Decreto 6040, de 7 de fevereiro, de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, orienta-se pela mesma compreensão, valendo-se, no entanto, de uma única classificação para abranger a clientela, que, na Convenção 169, desdobra-se em duas. Os incisos I e II de seu artigo 3º merecem ser transcritos:

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

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

Ambos os dispositivos, a despeito de não enunciarem expressamente, têm inspiração óbvia na Convenção 169 e não deixam dúvidas sobre a abertura do conceito ali inscrito. A ressalva a povos indígenas e quilombolas no inciso II, por contarem com disciplina constitucional, é evidência suficiente de que a definição vai além deles. De resto, a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais conta, em sua composição, com representantes, entre outros, de comunidades de fundo de pasto, quilombolas, faxinais, pescadores, seringueiros, ciganos, indígenas, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu.

De modo que a Convenção 169, no Brasil, aplica-se a todos esses grupos e a tantos outros quantos se apresentem sob o único vetor que normativamente os aproxima: organização social, política e cultural distinta da sociedade de grande

formato<sup>42</sup>. São muitos, sim. O direito apenas os invisibilizou por longo tempo<sup>43</sup>. Chegou a hora de conhecê-los e reconhecê-los como sujeitos de direitos. E, por isso, é preciso convidá-los a falar. Talvez seja esse o último espaço a ser de fato conquistado. No mais, é interessante notar como esses grupos se apropriaram de mapas e os reconfiguraram: há, na atualidade, cartografias geradas por inúmeras comunidades país afora<sup>44</sup>. Pretendem fazer o mesmo com o censo. A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais<sup>45</sup> já há algum tempo pleiteia a realização de censo que dê conta dessa clientela, a partir do critério exclusivo da auto-atribuição.

Para Gramsci<sup>46</sup>, uma velha concepção de mundo não é substituída por outra,

---

<sup>42</sup> Está sob exame dos órgãos do executivo, por exemplo, pretensões territoriais de comunidades ribeirinhas, extrativistas e geraizeiras. Também há legislação municipal e estadual contemplando quebradeiras de babaçu (art. 196 da Constituição do Maranhão, além de várias leis municipais), comunidades de fundo de pasto (art. 178 da Constituição da Bahia e Lei baiana 12.910/2013) e faxinalenses (Lei paranaense 3446/1997). No âmbito do Judiciário, além de várias decisões determinando a consulta da Convenção 169 a povos indígenas e quilombolas, começa a haver a determinação de que outros povos e comunidades sejam consultados. Na ação movida pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Amazonas (processo nº 0006962-86.2014.4.013200), a juíza da 1ª vara federal do Amazonas, Jaiza Maria Pinto Fraxe, concedeu a liminar “para determinar a suspensão dos efeitos do Decreto nº 32.875, de 10 de outubro de 2012 (que declarou de utilidade pública área destinada a construção de pólo naval); suspensão imediata de todas as medidas atinentes ao projeto de implantação do Complexo Naval Mineral e Logístico, enquanto não realizada a consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais ribeirinhas que vivem na região, nos termos dos artigos 6 e 15 da Convenção nº 169/OIT.” Consta da decisão o seguinte trecho: “Portanto, comunidades tradicionais não são definidas por algum tipo de rol fechado, tratando-se de qualquer grupo humano com traços culturais peculiares, sistemas de manejo que respeitam os ciclos da natureza, mediante utilização de conhecimentos herdados de gerações passadas, que assim se declarem, não cabendo ao Direito negar-lhe a identidade, a pretexto de preenchimento de cadastros e formulários definidos por quem não pertence a esses grupos.” O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 17.224/PA, referendou a necessidade de consulta aos povos indígenas e tribais atingidos pela Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós.

<sup>43</sup> A Convenção 169 contém expresso reconhecimento desse dado já em seu preâmbulo: “observando que, em diversas partes do mundo, esses povos não têm condições de gozar de seus direitos humanos fundamentais na mesma medida que o resto da população dos Estados nos quais vivem (...)”.

<sup>44</sup> “O Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia produziu um total de setenta fascículos, organizados em seis séries, referentes ao trabalho das três primeiras etapas de pesquisa, entre março de 2005 e janeiro de 2009. Produziu também 13 livros e um mapa (síntese referente à área ecológica dos babaquais). Em 2006 o Projeto expandiu os trabalhos de mapeamento social para fora da Amazônia com a série 2, intitulada Projeto Nova Cartografia Social dos Povos e Comunidades Tradicionais do Brasil. Entre os anos de 2006 e 2007 foram publicados 10 fascículos, focalizando a diversidade social, a saber: Povos dos Faxinais, Fundos de Pasto, Quilombolas, Pescadores, Ribeirinhos, Cipozeiros e Povoado Pantaneiro, nos Estados do Paraná, Bahia, Pará, Amazonas, Roraima, Pernambuco, Espírito Santo, Santa Catarina e Mato Grosso”. Informação extraída do site [www.ppgcspa.uema.br](http://www.ppgcspa.uema.br)

<sup>45</sup> Por meio do Ofício nº 75/2014, de 4 de abril desse ano, o representante do MPF junto à Comissão, Wilson Rocha Assis, o membro da CNPCT e coordenador executivo da CONAQ, Jhonny Martins de Jesus, e o perito antropólogo da 6ª CCR, Marco Paulo Schettino, “sugerem que a agenda do recenseamento dos povos e comunidades tradicionais seja retomada e fomentada pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (...)”. E, através do Ofício Circular nº 20/2014, a Secretaria Nacional de Articulação Social da Secretaria-Geral da Presidência da República convida a coordenadora da 6ª CCR a participar de “Oficina sobre Povos e Comunidades Tradicionais e Censos Nacionais, com a equipe técnica do IBGE, que irá ocorrer entre os dias 07 e 08 de agosto de 2014 (...)”.

<sup>46</sup> Cuadernos de la Cárcel, in Ediciones Era. Acessado em: <http://kmarx.files.wordpress.com/2012/06/gramsci-antonio-cuadernos-de-la-cc3a1rcel-vol-1.pdf>.

pronta e acabada, mas deslocada por outro modo de pensamento e internamente retrabalhada e transformada. É disso que aqui se trata.

## **(ii) Como consultar**

Os dispositivos da Convenção 169 que imediatamente interessam em relação a esse tópico são os seguintes:

*“Art. 6º*

*1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:*

*a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;*

*(...)*

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

*Art. 7º*

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

Essa consulta tem por pressuposto, portanto, o domínio desses povos sobre a sua existência, e a expectativa de que, eventualmente, ações externas sobre ela se projetem. A consulta deve ser prévia (“sempre que sejam previstas”), bem informada (conduzida “de boa-fé”), culturalmente situada (“adequada às circunstâncias”) e tendente a chegar a um acordo ou consentimento sobre a medida proposta.

A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se

colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegar à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização. Aquilo que se apresenta como já decidido não enseja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão<sup>47</sup>. A Resolução CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986, que “dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental”, diz, em seu art. 5º, I, que o estudo de impacto ambiental deve “contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto”. Esse é um norte bastante adequado também para a consulta, inclusive naqueles casos em que se exige prévia autorização do Congresso Nacional<sup>48</sup>. A Convenção 169 não deixa dúvidas quanto a esse ponto: a consulta antecede quaisquer medidas administrativas e legislativas<sup>49</sup> com potencialidade de afetar diretamente povos indígenas e tribais.

Também decorre da racionalidade do sistema que, nas medidas que se desdobram em vários atos, como ocorre, por exemplo, no procedimento de licenciamento ambiental, a consulta prévia seja renovada a cada geração de novas informações, especialmente aquelas relativas a impactos a serem suportados pelos grupos. O consentimento inicial para a obra se dá a partir dos poucos dados disponíveis. Uma vez realizado o estudo de impacto ambiental e adicionadas outras tantas informações, a consulta tem que ser renovada, e, mais uma vez, iniciado o processo dialógico tendente ao acordo. Esse é um imperativo que decorre, primeiro, dos próprios vetores da consulta (especialmente, nesse ponto, o seu caráter de boa fé), e, segundo, da natureza do estudo de impacto ambiental. Esse estudo, nos termos do art. 6º da Resolução CONAMA 001/86, deve fazer (i) o diagnóstico da área de influência do projeto sob três perspectivas – meios físico, biótico e socioeconômico, e as interações entre eles; (ii) a análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas; (iii) a definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos. É o conjunto dessas informações que habilitará os grupos impactados a decidirem pela realização ou não da obra, ou pela adoção de projeto alternativo. Não seria razoável conclusão no sentido de

---

<sup>47</sup> A propósito, ONU, Consejo de Derechos Humano, informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya. Doc ONU A/HRC/12/34, 15 de junho de 2009, p. 65.

<sup>48</sup> Art. 231, § 3º, da Constituição brasileira: “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

<sup>49</sup> Pende de exame, no Supremo Tribunal Federal, o AgRg na Reclamação 14.404, tendente a anular decreto legislativo que autorizou a construção da UHE Belo Monte sem que fosse precedido de consulta às comunidades atingidas pelo empreendimento.

que aquela primeira adesão, feita com base em informações um tanto quanto precárias, pela ausência dos estudos cabíveis, esgotasse o processo de consulta da Convenção 169. Portanto, é imperativo considerar que a consulta é de natureza procedimental sempre que a medida projetada assim se apresentar, e se renova a cada fase do procedimento que agregar novas informações sobre impactos a serem suportados pelos grupos diretamente atingidos, bem como sobre as medidas tendentes a mitigá-los e compensá-los<sup>50</sup>.

A consulta também pressupõe que nenhuma, absolutamente nenhuma, fase da obra se inicie antes que estejam disponíveis todos os dados técnicos acima referidos, que permitam aos grupos se posicionarem nesse processo dialógico. A despeito da obviedade da assertiva, o que se vem observando, no Brasil, é que muitas das informações que deveriam constar do diagnóstico só são produzidas mais tardiamente, como condicionantes das licenças de instalação e de operação. Assim a obra, no mais das vezes, chega à fase final sem que os grupos tenham acesso à principal informação que os capacitaria a uma decisão consequente: a avaliação dos impactos do empreendimento sobre eles próprios. É evidente a subversão do processo de consulta em seus três pilares: deixa de ser prévia, de boa fé e dialógica.

A consulta também só se qualifica como tal se for compreendido o seu propósito em toda a sua extensão. Daí o imperativo de que seja culturalmente situada. A primeira consequência é de que não há um modelo único de consulta; ao contrário, ela se desenvolve de acordo com as peculiaridades de cada grupo.

A começar pela eventual necessidade de tradução, seja de língua, seja de linguagem. Em ambas as hipóteses, o que é preciso assegurar é a compreensão do projeto e todas as suas implicações. Como foi dito anteriormente, linguagem/mundo da vida têm entre si relação de complementariedade. De modo que falantes da mesma língua podem não se compreender porque provenientes de mundos culturais diversos. A intermediação antropológica, nesses casos, se presta a aproximar os interlocutores e possibilitar de fato o diálogo<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já estabeleceu que “através de tais processo de consulta prévia, deve-se garantir a participação dos povos indígenas e tribais em todas as instâncias de decisão dos projetos de exploração de recursos naturais em suas terras e territórios, desde seu desenho, licitação e concessão, até sua execução e avaliação.” CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia em Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, p. 248.

<sup>51</sup> Para os Enawene Nawe, grupo que só começa a ter mais contato com a sociedade envolvente no fim dos anos 1990, os Yakaliti são seres gananciosos e donos dos recursos naturais. Quando não saciados, podem causar doenças e mortes. A vida cotidiana dos Enawene Nawe, por isso, conta com extensos cerimoniais de oferecimento de comidas e bebidas aos Yakaliti, especialmente peixe, bebida e sal. Antigamente, uma barragem feita com cobras, construída pelo espírito Talekololi, causou um dilúvio que inundou por completo o seu território. As pessoas morriam por não ter onde se proteger e os cadáveres iam sendo devorados, um a



Por outro lado, é preciso atenção ao tempo para a tomada de decisões, tanto na sua extensão, como quanto ao momento adequado. Aqui é importante retornar à questão de que, quando se fala em grupos, comunidades e povos, não se está diante de totalidades homogêneas. Essa é uma visão externa, simplificadora e essencialista. As coletividades reais vivem conflitos, dissensos e disputas de várias ordens. De modo que, também internamente, é preciso tempo para construir eventuais consensos. Também há grupos que distribuem o tempo em ciclos, cada qual adequado a determinadas finalidades.

Tampouco há uma fórmula única para a tomada de decisões. Alguns grupos as reservam aos caciques, anciões, professores; outros, à totalidade do grupo ou a instâncias representativas. O que é fundamental reter é que não se pode subverter esse processo mediante uma solução externa<sup>52</sup>.

Portanto, no mais das vezes, o processo de consulta deve contar com antropólogo com conhecimento do grupo a ser consultado. Esse profissional é que permitirá que perguntas e respostas sejam adequadamente postas e compreendidas por ambos os lados. Sem esse aporte, a consulta, em si, tem potencialidade de gerar dano até superior ao do próprio projeto que se pretende implantar<sup>53</sup>.

### **(iii) Os efeitos da consulta**

Esse é certamente o tópico que suscita as maiores controvérsias. Há aqueles que defendem ser a consulta mera formalidade, sem aptidão para interferir no processo

---

um, pelos Yakaliti. Restou apenas um casal, que se salvou ao se abrigar no topo de um morro que aumentava de tamanho, conforme subia o nível da água represada. Em 2003, quando os Enawene foram informados pela primeira vez sobre a construção das PCHs no Rio Juruena, houve pânico, temendo-se a repetição do mito. ALMEIDA, Juliana, “Alta tensão na floresta: os Enawne Nawe e o Complexo Hidrelétrico Juruena”. in Reflexões Indígenas, orgs. Rinaldo S. Arruda, Andrea Jakubasko, Marcos de Miranda Ramires. Campinas (SP): Editora Curt Nimuendajú, 2011.

<sup>52</sup> Para a Corte Interamericana, a consulta de boa-fé “é incompatível com práticas tais como intentos de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja através da corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, ou por meio de negociações com membros individuais das comunidades. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N° 245, p. 186.

<sup>53</sup> O Consórcio Norte Energia, responsável pela construção da UHE Belo Monte, não conseguindo implantar o PBA indígena, apresentou um plano emergencial sob a forma de “listas”. Significava que os índios afetados pelo empreendimento poderiam pedir o que quisessem. Quando o antropólogo Guilherme Orlandini Heurich chegou aos Araweté em 2013, surpreendeu-se com a quantidade de canoas/voadeiras e com o fato de muito jovens serem seus proprietários. Um deles, de nome Jawití, tinha 11 anos e viajava “pra cima e pra baixo nesse Xinguzão”. O Consórcio era visto como o grande doador, universal e infinito. O que não ficou claro nesse processo é como essa fatura, apreciada pelos araweté, se apresenta para o seu xamanismo, as exigências dos mortos sobre as coisas que faltam no céu. Nesse quadro de abundância, Moinowihí disse a Guilherme que tudo que a Norte Energia estava enviando era uma compensação pela morte de todos na aldeia, pela água da barragem (Relato do antropólogo citado em reunião ocorrida na 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em 14 de maio de 2013). Ou seja, os araweté estavam vivendo o seu apocalipse.

decisório do Estado, e há outros que advogam a possibilidade incondicional de veto ao projeto.

Ambas as posições, contudo, parecem equivocadas. A primeira, por ignorar os próprios pressupostos e requisitos que a Convenção 169 estabelece para a consulta, acima enunciados. E a segunda, por desconsiderar que, numa sociedade plural, nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse.

Há, contudo, no intervalo entre esses dois polos, muito a ser considerado.

Primeiro, e por óbvio, a decisão do grupo é definitiva quanto às medidas que lhes digam respeito com exclusividade. Assim, a implementação de uma determinada política pública ou de uma obra dentro de seu território depende de sua anuência. O veto, aqui, é de natureza absoluta e decorre da autodeterminação do grupo, da autonomia na estipulação e gerência de seus projetos de desenvolvimento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabeleceu, a partir do caso Saramaka<sup>54</sup>, uma distinção entre consulta e consentimento, exigindo esse último nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou seu grave comprometimento no que diz respeito ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo.

Tal entendimento decorre do tratamento que a Convenção 169 confere aos territórios ocupados pelos povos indígenas e tribais, considerando-os espaços fundamentais para as suas culturas e seus valores espirituais<sup>55</sup>. Essa noção de território é um dos elementos centrais da virada paradigmática no âmbito do direito. A relação indivíduo/terra/propriedade privada, até então a única por ele homologada, passa a conviver com a de coletividades/territórios/espaços de pertencimento. A primeira, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica; a segunda, como *locus* étnico e cultural<sup>56</sup>. Nesse sentido, a desterritorialização forçada corresponde a verdadeiro genocídio, pois se suprime ao grupo espaço identitário dentro do qual a sua existência faz sentido. Daí por que a Convenção 169 expressamente dispõe, em seu art. 16.1, que “os povos

<sup>54</sup> Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, p. 135-137.

<sup>55</sup> Art. 13. 1. “Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.

<sup>56</sup> Internamente, são vários os textos normativos que têm por objeto assegurar a posse/propriedade de territórios aos respectivos grupos. Exemplificativamente, os arts. 231 da CF (indígenas) e 68 do ADCT (quilombolas); Decreto 6.040 (povos e comunidades tradicionais); Decreto 4.887 (quilombolas); Decreto 1.775 (povos indígenas).

interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam". E, nos itens seguintes, faz de retirada e reassentamento medidas absolutamente excepcionais, a dependerem de consentimento livre e informado, com garantia de retorno tão logo cessem as razões que fundamentaram a transferência.

Afora essas situações, em que o consentimento é essencial, a consulta deve ser vinculante. Significa dizer que eventuais objeções oferecidas pelo grupo devem ser levadas a sério e superadas com razões melhores. Se estas não se apresentarem, as objeções têm que ser incorporadas ao processo decisório, com alteração, no todo ou em parte, do projeto. Não é possível o descarte ou a desqualificação de ideias contrárias sob argumentos "de autoridade". A consulta da Convenção 169 foi concebida como importante instrumento de correção de assimetrias verificadas na sociedade nacional. Não mais se concebe, tal como se deu em passado bastante recente, que os benefícios do chamado "desenvolvimento" sejam auferidos por alguns grupos privilegiados, e os seus efeitos perversos, suportados pelos demais. Daí por que a consulta é um processo ético, de natureza argumentativa, em que as partes se relacionam com igual respeito e consideração.

### **III – CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS – O COSMOPOLITISMO JURÍDICO**

A interpretação aqui desenvolvida sobre a consulta da Convenção 169 conta com o endosso de cortes e órgãos internacionais e regionais de direitos humanos, como revelam as várias anotações em rodapé. Essa circunstância é de importância considerável na exegese a ser desenvolvida pelos juízes e tribunais do Brasil.

O Estado brasileiro encontra fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Essa proeminência do respeito aos direitos fundamentais do cidadão se estende também ao âmbito das relações internacionais, as quais devem ser desenvolvidas sob o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

De fato, o Brasil, ao menos desde a promulgação das Convenções de Haia, em 1907 (ratificada em 1914) e especialmente com a subscrição da Carta de São Francisco (1945) de constituição das Nações Unidas, assumiu na comunidade internacional o papel de corresponsável pela promoção dos direitos humanos.

Nesse processo participou ativamente da promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948. E, mais recentemente, ratificou a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil está vinculado a essa ordem internacional de proteção aos direitos humanos por força de decisão de sua própria Constituição, que determina que o Estado se regerá em suas relações internacionais com base no princípio da prevalência desses direitos (art. 4º, II). Esse preceito é reforçado pelas normas ampliativas do rol de direitos fundamentais constantes do §§ 2º a 4º do artigo 5º.

Segundo Peter Häberle<sup>57</sup>, na atualidade, são reconhecidas tendências no campo do direito constitucional de vários países ocidentais “que indicam a diluição do esquema estrito interno/externo a favor de uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional”<sup>58</sup>. Estaria a caminho uma conversão do Estado nacional soberano em Estado constitucional cooperativo, assim resumidamente apresentado:

*“- Abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização ‘cooperativa’.*

*- Potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (e elementos isolados nivelados) de realização internacional ‘conjunta’ das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material.*

*- Solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional).”<sup>59</sup>*

A Constituição brasileira, como já referido, contém vários dispositivos que apontam no sentido de um Estado cooperativo: a previsão de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º); a equivalência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que aprovados com quórum específico (art. 5º, § 3º); a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º); relações internacionais determinadas, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, incisos II, VIII e IX, respectivamente).

<sup>57</sup> *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>58</sup> *Id. ib.*, p. 47.

<sup>59</sup> *ob. cit.*, pp. 70-71.

Nesse quadro de Estado constitucional fortemente marcado por relações internacionais, é preciso redefinir as fontes de direito e a própria teoria da interpretação. Segundo Häberle,

*“A ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional quando ele muda para o Estado constitucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre – de forma escalonada – a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação, e a processos de interpretação”<sup>60</sup>.*

De resto, há evidente valorização, pela jurisprudência nacional, dos comandos dos tratados internacionais incorporados. O Min. Gilmar Mendes sustenta que “ (...) o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional”<sup>61</sup>.

Não faz sentido, assim, que haja todo um conjunto de normas constitucionais que privilegiem tratados internacionais em matéria de direitos humanos e se ignore, no momento da interpretação, a posição que cortes internacionais veem assumindo sobre o tema em questão.

#### IV - CONCLUSÃO

A Convenção 169 da OIT é seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico. Se, por um lado, tornou visíveis grupos historicamente deslocados para as margens da sociedade, por outro, tratou dos mecanismos necessários para lhes garantir domínio de suas próprias vidas e espaço no cenário público. O reforço de suas liberdades expressivas é o principal deles.

É preciso, no entanto, investir demasiadamente nela. Sua abertura para a diferença e para as margens, e o descentramento da narrativa que ela possibilita, gera uma resistência, às vezes até agressiva, ao que ali se contém<sup>62</sup>. As categorias

---

<sup>60</sup> ob. cit., p. 61

<sup>61</sup> AC 2436 MC / PR – Paraná Medida Cautelar Em Ação Cautelar. Relator: Min. Presidente Julgamento: 03/09/2009.

<sup>62</sup> O Deputado Paulo Cesar Quartiero, do DEM/RR, apresentou projeto de decreto legislativo, que veio a tomar o nº PDC 1471/2014, com o propósito de sustar a aplicação do Decreto 5051, de 19 de abril de 2004

de *civilização e barbárie*, volta e meia, são acionadas para classificar aqueles que estão a favor ou contra “projetos de desenvolvimento”. Ou tomam-se esses grupos, e seus integrantes, por frágeis, sofrendores, necessitados, dependentes, vulneráveis, que, mais do que tudo, devem ser monetariamente satisfeitos. A consulta, então, transforma-se em análises de custo-benefício, com cálculos grotescos colocando valores em vidas humanas.

Essas percepções, infelizmente, ainda estão presentes no inconsciente jurídico brasileiro: parece quase natural que o pagamento seja uma saída para todos os impasses, e o “progresso”, um imperativo das sociedades modernas. Contudo, já é hora de prestar atenção às visões concorrentes de “desenvolvimento”, “progresso” e “boa vida”. Elas existem, são muitas e não podem ser mais banidas para as periferias dos debates.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALMEIDA, Juliana. “Alta tensão na floresta: os Enawne Nawe e o Complexo Hidrelétrico Juruena”. in *Reflexões Indígenas*, orgs. Rinaldo S. Arruda, Andrea Jakubasko, Marcos de Miranda Ramires. Campinas (SP): Editora Curt Nimuendajú, 2011.
- ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Meditações pascalianas*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- COUTO, Mia. *As confissões da leoa*. São Paulo: Companhia das letras, 2012.
- DERRIDA, J. *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions du Seuil, 1967.
- EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. São Paulo: Unesp, 2011.
- Enciclopédia Brasileira do Mérito*. São Paulo/Rio/Porto Alegre: Editora Mérito S.A., vol. 13, 1958/1964.
- GRAMSCI, Antonio. *Cuadernos de la Cárcel*. Disponível em: <<http://kmarx.files.wordpress.com/2012/06/gramsci-antonio-cuadernos-de-la-cc3a1rcel-vol-1.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2014.
- GILROY, Paul. *The Black Atlantic*. Cambridge: Harvarde UP, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

---

(que promulgou a Convenção 169), e revogar a subscrição do Brasil à referida convenção. A proposta foi arquivada, e o mesmo parlamentar apresentou a indicação INC 6346/2014, por meio da qual se sugere à Presidente da República a denúncia da Convenção 169. Essa proposição está em tramitação, e o seu andamento, obtido no sítio [www.camara.leg.br](http://www.camara.leg.br), revela que, em 16/7/2014, foi remetida ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

- 
- HALL, Stuart. Da diáspora – identidades e mediações culturais. 2ª. ed. - Belo Horizonte, MG: UFMG, 2013.
- \_\_\_\_\_. A identidade cultural na pós-modernidade. 4ª Edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- HOBSBAWM, Eric J. Nações e Nacionalismo desde 1780 – Programa, mito e realidade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- LEMKIN, Raphael apud RAMOS, André Carvalho. Curso de Direitos Humanos, São Paulo: Saraiva, 2014.
- MILL, John Stuar. Utilitarianism, Liberty and Representative Government. Londres: ed.popular, 1910.
- NUSSBAUM, Martha. Las mujeres y el desarrollo humano. Barcelona: Herdler Editorial, 2002.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. Qu'est-ce que le tiers état?. 1788.
- WITTGENSTEIN, L. Investigaciones filosóficas. México, UNAM, 1988.

---

# Identidades indígenas e seu reconhecimento: leituras de Antropologia e Direito

---

Ana Elisa de Castro Freitas - Antropóloga, Mestre em Ecologia (1996) e Doutora em Antropologia Social (2005) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

**Resumo:** O ensaio busca uma aproximação do pensamento antropológico com o pensamento jurídico, a partir do tema da identidade. A emergência de novos sujeitos desde um constitucionalismo democrático exige uma hermenêutica atenta à determinação de quem são, afinal, estes sujeitos de direito. O olhar antropológico possibilita a relativização de categorias presentes no ordenamento jurídico que dificultam o pleno exercício da cidadania. Há um consenso de que as noções de *índio*, *indígena* e *silvícola* são redutoras de uma diversidade de povos e seus horizontes de vida. No entanto, estas categorias organizam um plano de experiência histórica compartilhada por uma diversidade de alteridades culturais, posicionadas em contextos nacionais abrangentes. Longe de constituir um parâmetro seguro e definitivo, a noção de auto-identificação permite problematizar a esfera do reconhecimento de alteridades originárias, e constitui a espinha dorsal da análise.

**Palavras-Chave:** Identidade, Povos Indígenas, Direitos Indígenas, Pluralismo, Etnicidade

## A COMPLEXIDADE DE UM FENÔMENO: O OUTRO

O presente ensaio foi originalmente apresentado na forma de comunicação oral em mesa redonda intitulada “O critério da autoidentificação como definidor da identidade”, durante Programa de Estudos Avançados da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Organizado em conjunto com a Fundação Nacional do Índio e a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério



Público Federal, o evento assumiu o desafio de abordar “A Questão Indígena e o Poder Judiciário”, reunindo Magistrados Federais, Promotores, Procuradores da República, advogados, representantes indígenas, entre outros interessados, durante o dia 10 de abril de 2014, na cidade do Rio de Janeiro.

A proposição desta temática para o circuito de estudos avançados da Escola de Magistratura é oportuna e reveladora de um esforço no sentido de ampliação do *corpus* conceitual aplicado na abordagem da questão indígena, de tal modo que os modelos interpretativos jurídicos sobre o tema ganhem dimensão interdisciplinar e estejam alinhados com a meta democrática de consolidação de direitos e ampliação da justiça em um país multicultural e pluriétnico como o Brasil (Yrigoyen Fajardo, 2011).

Estamos na segunda década do século XXI e o poder judiciário brasileiro se vê de modo crescente convocado ao posicionamento frente a uma série de assuntos que envolvem a vida indígena. A paralização dos procedimentos administrativos de regularização de terras indígenas em trâmite no Ministério da Justiça, a expansão acelerada de projetos de desenvolvimento em todo o país, o agravamento da crise socioambiental vinculada ao esgotamento dos recursos hídricos e florestais essenciais ao bem viver dos povos indígenas, os conflitos fundiários no campo e nas cidades integram o cenário de proposição deste evento, e por si só depõe sobre a extrema relevância do debate que ele suscita.

Espera-se de mim, como única antropóloga presente, uma aproximação com o pensamento antropológico, o aporte de categorias e conceitos que possam contribuir no campo jurídico quando o que está em jogo é o reconhecimento de identidades indígenas pelo Estado brasileiro e o aprimoramento de políticas públicas correlacionadas a este reconhecimento.

Acredito que haja igualmente uma expectativa de aproximação com a prática antropológica. E essa aproximação exige uma premissa: afinal quem somos nós antropólogos e o que fazemos em um país com quase trinta anos de uma Constituição plural, na qual o reconhecimento das diferenças perpassa a tessitura do seu texto?

A tarefa da antropologia tem sido ampliada e intensa nestes anos e muito tem se produzido nos diferentes centros de pesquisa no país. Do mesmo modo, a produção antropológica tem refletido o exercício de novas posições, fruto da ampliação das frentes de atuação do antropólogo, ao assumir papéis que envolvem a execução de políticas públicas, sua gestão, a produção de laudos e estudos

técnicos, a instrução de processos judiciais, enfim, uma série de práticas que inscrevem o fazer antropológico no campo dos direitos e da cidadania. Trata-se de novas posições etnográficas, novas perspectivas de mirada da vida social.

Com essas inquietações, elegi abordar o assunto desta mesa cruzando o aporte teórico-metodológico dos estudos da identidade com o percurso de minha própria trajetória antropológica, fruto de quase vinte anos de trabalho com pesquisa, prática e educação focalizando temas da vida indígena no sul do Brasil. A opção por uma etnografia dialógica cederá espaço no texto para o pensamento ameríndio que nos chega à academia através da produção de intelectuais indígenas no ensino superior brasileiro, na última década.

No plano metodológico parece-me oportuno percorrer o campo dos estudos da identidade *strictu sensu* desde a perspectiva do seu reconhecimento - campo imediatamente próximo ao nosso debate (Honneth, 2003). Estamos tratando de identidades indígenas em contextos nacionais de reconhecimento. E neste sentido, a análise se enriquece com as perspectivas aportadas pelos estudos que focalizam fenômenos étnicos, à luz das chamadas teorias da etnicidade (Poutignat e Streiff-Fenart, 1998; Cardoso de Oliveira, 2006b).

Quero chamar a atenção para o valor heurístico dos estudos da etnicidade na abordagem de identidades indígenas quando inscritas e enunciadas em contextos nacionais e sociais abrangentes, diversos e hegemônicos. Nestes contextos, o contraste e a relação com o Outro ganham centralidade nos processos de enunciação identitária. Tais processos se estabelecem no plano étnico e político, e envolvem a luta por reconhecimento a partir da legitimação dos grupos étnicos e de duas identidades na vida social (Honneth, 2003).

O tema do reconhecimento nos remete ainda à esfera da moralidade e da ética. O sujeito ético é aquele que exerce a liberdade de enunciação e posicionamento na vida social. Para tanto, é fundamental um amadurecimento da cidadania e a consolidação de espaços dialógicos para o exercício da livre enunciação posicionada, espaços nos quais seja possível a produção de consensos.

O investimento na direção de uma ética de ação comunicativa assinalado pelo filósofo Jürgen Habermas (1989) ingressa com força no pensamento antropológico brasileiro a partir dos estudos de Roberto Cardoso de Oliveira, que vê na qualificação da ação comunicativa em sociedades plurais uma via de acesso à ampliação dos direitos, da justiça e da cidadania (Cardoso de Oliveira, 1996).

Esta via hermenêutica nos permite iniciar uma aproximação compreensiva dos sentidos da luta por reconhecimento que vem sendo pautada pelas identidades indígenas no Brasil e na América Latina como um todo (Yrigoyen Fajardo, 2011).

No campo dos estudos da etnicidade, Fredrik Barth (1998) destaca a fronteira como um ponto de vista privilegiado para a abordagem dos fenômenos que envolvem a enunciação, a afirmação e o posicionamento de identidades étnicas, indígenas.

Para este autor é na fronteira (cultural, material, simbólica, territorial), no contraste, no contato e na relação com o Outro que essas identidades se tornam mais fortes, mais diacríticas - ao contrário do que previa o paradigma da assimilação e da aculturação, vigente ainda hoje no marco normativo estabelecido pelo Estatuto do Índio no Brasil e nas ciências sociais até meados do século XX, em autores como Darci Ribeiro. Este paradigma persiste com forte impacto ideológico até os dias de hoje, no modo como a sociedade nacional vê o presente e pensa o futuro dos índios no Brasil.

O paradigma da assimilação e da aculturação preconiza que sociedades em contato, na história, tenderiam à dissolução cultural em uma matriz identitária comum e dominante (no caso, a identidade nacional), seja por sujeição, seja por adesão. À luz deste paradigma, acreditava-se que no curso do processo colonial civilizador os índios se tornariam brasileiros, seus costumes, cultura, hábitos, valores, práticas, modos de vida e crenças seriam reduzidos, diluídos e assimilados pela cultura nacional. Aculturados, os índios manteriam apenas alguns atributos culturais originários como resquícios de um passado idílico, resguardando do conjunto da parafernália da cultura somente aqueles que fossem reconhecidos e considerados também como valor para a construção da identidade e da memória nacional brasileira.

Subjacente a esta construção assimilacionista está a ideia de dominação, relacionada com a modernização e a positivação do Estado e suas fronteiras (materiais e simbólicas) sobre territórios (espaços socializados), originalmente ocupados por outras populações. Tal dominação se efetiva no plano territorial pelo avanço das frentes de colonização e instalação de aparatos de desenvolvimento; e no plano da vida social, pelo desdobramento institucional do Estado sobre as instituições das sociedades autóctones que nesses territórios se posicionam a partir de suas diferenças culturais, linguísticas, cosmológicas, mitológicas, de compreensão de mundo, seus sistemas produtivos, suas relações com a natureza e sobrenatureza, suas tecnologias sociais.

Nos interessa tecer um olhar que busque compreender o que ocorre com essas diferentes alteridades culturais e seus ambientes de vida, quando colocados frente a processos de expansão de matrizes nacionais. Tais processos, inaugurados na modernidade em meados do século XV, tem seu amadurecimento e continuidade nos dias de hoje, em contextos de globalização.

Quem é o Brasil, num jogo de espelhos com outros países e num mundo em globalização? Diversas respostas são possíveis. No plano jurídico, nossa Carta Constitucional permite dizer quem é o Brasil, desde o seu preâmbulo. Ela espelha o consenso social sobre um ideal de identidade nacional multicultural e pluriétnica, seu texto não confere mais espaço para uma interpretação jurídica que insista no paradigma de assimilação ou aculturação para pensar o presente e o futuro dos povos indígenas e do Brasil.

Fato é que, passados cinco séculos, os povos indígenas persistem na busca por reconhecimento de sua diferença no Brasil e em toda a América. Em uma dimensão mais profunda, nossos contemporâneos indígenas se reconhecem em continuidade com mais de 10.000 anos de história. Em outras palavras, o paradigma da aculturação não cabe mais na carteira de identidade do Brasil, tampouco no cenário mundial em que vivemos hoje. E é essa nova identidade - que reconhece a diferença e a pluralidade - que precisamos exercitar na vida social, na esfera pública, na vida democrática nacional, porque é ela, em última instância, que nos identifica e qualifica como nação em um cenário global abrangente.

Com esta análise introdutória, considerei a identidade como um fenômeno processual, relacional. Nessa perspectiva, a identidade se estabelece, recria, modifica, afirma ou invisibiliza na história e no plano da interação social. Também considerei que no processo de enunciação das identidades indígenas subjaz um jogo de espelhos com a própria identidade nacional, e vice-versa: o *índio* se cria e recria na relação com o Brasil e o Brasil se cria e recria na relação com o *índio*.

## **IDENTIDADE, IDENTIDADES**

O termo identidade é polissêmico por natureza. O conceito de identidade assume muitos sentidos e tratamentos possíveis no âmbito das diferentes disciplinas que tem focalizado a identidade como objeto, como fenômeno passível de ser analisado, descrito ou interpretado. Vou me deter um pouco mais na contribuição dos estudos da etnicidade, para então trazer alguns casos etnográficos, a partir da minha prática antropológica.

No ensaio *Comunidades Étnicas*, publicado em conjunto com outros ensaios na obra *Economia e Sociedade*, Max Weber (1944) lança luz sobre a noção de pertencimento. Para Weber, o sentimento de pertencer a uma coletividade e a recíproca de ser reconhecido por ela como seu membro legítimo é elemento central para a definição dos grupos, sujeitos e identidades étnicas.

Max Weber formula este ensaio influenciado pelas reflexões em sua viagem aos Estados Unidos, na companhia de sua esposa Marianne Weber, quando frentes de dispersão de grupos negros partiam do Mississipi ingressando em cidades como Chicago e Nova Iorque (Diggins, 1999). O Estado norte-americano se deparava então com processos de reconhecimento destes grupos. O mérito do ensaio está em propiciar uma leitura que relativiza o espaço teórico quase que uníssono ocupado pelo Estado nacional com os matizes das relações sociais, pondo em evidência diferentes níveis de coletividades, em intensa interação e mobilização, às quais Weber confere um estatuto sociológico relevante na conformação das ações sociais, às quais até certo momento ele denomina ações comunitárias (Weber, 1944).

Mas afinal, o que define esses grupos diversos? Como compreender identidades étnicas que expressam sua diferença e buscam reconhecimento em contextos nacionais hegemônicos e abrangentes?

Weber destaca que estes grupos experimentam um sentimento forte que constitui como um elo entre o indivíduo e a coletividade, um sentimento de pertencimento: eu sou, me vejo como tal e o grupo me reconhece como parte legítima na sua conformação.

Num plano horizontal, não raro o sentimento de pertencimento envolve a ideia de origem comum, ancestralidade ou língua compartilhadas, que se tornam fatores concorrentes a um processo de reconhecimento mútuo entre iguais, conformando unidades sociológicas passíveis de serem descritas. Em um plano vertical, estas coletividades que vivenciam uma experiência histórica comum, quando posicionadas frente a um Outro abrangente, em situação de dominação, podem ingressar na luta por reconhecimento, fenômeno passível de ser abordado pela via da etnicidade, nos estudos que focalizam grupos étnicos e suas fronteiras.

Aplicando as contribuições de Max Weber ao contexto ameríndio, o reconhecimento da identidade étnica indígena necessita ser ampliado para abarcar a dimensão das identidades culturais indígenas, nos colocando diante de alteridades radicalmente diversas.

A memória de vínculo com os territórios e populações originários confere contornos próprios ao sentimento de pertencimento que organiza coletividades indígenas e suas identidades. Tal pertencimento pode estender-se para abarcar humanos e não-humanos, plantas, animais, divindades, fenômenos meteorológicos (Freitas, 2005 e referências).

A análise etnológica dos mitos e ritos indígenas, do conjunto de relações que nestes planos se estabelecem entre humanos, natureza e sobrenatureza, acrescida do estudo etnográfico que busque identificar os elementos necessários ao bem viver dos povos indígenas desde suas perspectivas (ou, como prevê o texto constitucional, dos “recursos ambientais necessários a seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”) nos exige qualificar o quadro de reconhecimento destas identidades.

Por exemplo, para os povos das terras altas das Américas, o vínculo com *Pacha Mama*, alicerçado na cosmogonia da terra-mãe (recorrente em diversos povos indígenas do Brasil), a relação filial, corporal, de parentesco com a terra, exige reconhecer que estamos diante de uma alteridade radical, expressa em uma identidade territorial que transcende a dimensão fundiária, patrimonial ou proprietária da terra.

Em outras palavras, a interpretação jurídica do valor da terra para os indígenas não pode ser reduzida à dimensão fundiária e patrimonial, necessita recepcionar a dimensão genealógica, de filiação territorial, corporal que faz da terra-mãe, parente - imagem recorrente nas mitologias dos mais diversos povos ameríndios, expressa na metáfora de heróis originários que emergem de buracos na terra e dali criam a fábula da vida e o próprio mundo (Freitas, 2012).

Este plano de identidade cultural necessita ser reconhecido como subjacente ao plano de enunciação de identidades étnicas indígenas em cenários abrangentes. Seu reconhecimento nos permite, por exemplo, avaliar com maior exatidão os impactos dos processos coloniais e da expansão de fronteiras proprietárias sobre o novo mundo, suas terras, gentes e frutos da terra.

É nesse contexto de expansão colonial sobre o “novo mundo” que o índio propriamente enquanto categoria colonial também nasce. Índio é, portanto, uma categoria identitária redutora. A imposição desta categoria sobre uma diversidade de grupos radicalmente diferentes entre si é parte de um processo colonial que, ao nominar o índio, lhe reduz. E ao reduzir as culturas ameríndias, o processo colonial civilizador reduz a experiência humana como um todo.

A perda da sociodiversidade ameríndia é, portanto, em um sentido forte, dramática e grandiosa: na medida em que os povos indígenas são privados do exercício pleno de sua existência cultural nos seus territórios, a humanidade como um todo perde uma dimensão que ainda nos é desconhecida. Desconhecemos as tecnologias, os conhecimentos e, mais do que isso, desconhecemos novas possibilidades de relacionamento com a natureza, novos caminhos que poderiam significar uma verdadeira revolução nos atuais horizontes de mundo, que são próprios dessas alteridades.

Em seu estudo etnográfico junto aos Tukúna no Mato Grosso, na década de 1960, Roberto Cardoso de Oliveira lança mão do conceito de fricção inter-étnica para descrever os efeitos do contato destes indígenas com as frentes civilizatórias. Esse conceito diz respeito ao processo de atrito das fronteiras de expansão nacional com as fronteiras indígenas, e dos efeitos deste contato nas instituições indígenas, no tensionamento de relações intra e inter-étnicas, com reflexos na enunciação identitária. Tratava-se de um momento de expansão da sociedade nacional com seus artefatos: imaginemos tal expansão se materializando sob a forma de uma estrada que adentra ao território, projetando-se sobre antigos cemitérios, espaços de memória indígena, roças, espaços de vida. Ou, como tive a oportunidade de descrever, na forma de redes e torres de transmissão de ondas eletro-energéticas.

Quando assumi a elaboração do Estudo de Impacto de uma rede de reforço eletro-energético da Eletrosul sobre os territórios guaranis no litoral de Santa Catarina, nos anos de 2006 e 2007, identifiquei que estas torres, cortando a Serra do Tabuleiro, incidiam sobre a paisagem cultural guarani, afetando diretamente a instituição do xamanismo. Nas palavras de Alcindo Moreira, xamã da terra indígena Mbiguaçu, as torres posicionadas no horizonte da floresta, na encosta verde da Serra, lhe traziam tamanha tristeza, uma sensação de cercamento – representado pelos aparatos da sociedade urbano-industrial. Após o conjunto de entrevistas com este velho me ficou claro que o empreendimento interferia em última análise no relacionamento entre deuses e homens, cujo elo se estabelece pela elevação espiritual e pela prática da “visão” guarani (Freitas, 2007).

A dificuldade de transcender o mundo dos homens, ao mirar aquela paisagem recortada pelas torres de transmissão, estava na base das preocupações do xamã. As torres comprometiam a elevação espiritual, instituição que ordena a vida guarani no sul do Brasil. Trata-se, pois, de uma expansão de fronteiras não apenas materiais ou físicas, mas com desdobramentos culturais e existenciais para essas pessoas, para esses sujeitos.

Então, que cenários são esses? Trata-se de cenários pluriétnicos, plurais do ponto

de vista da experiência humana, mas sobre os quais incide uma via monológica e hegemônica com grande poder de transformação da paisagem e da existência, na forma de estradas, hidrelétricas, soja, redes e torres de transmissão, portos e outros aparatos do desenvolvimento nacional.

São cenários de desenvolvimento e de expansão de fronteiras, de fricção inter-étnica, nos quais os etnônimos - os nomes adotados pelos sujeitos para se posicionar na luta pelo reconhecimento de sua existência, pela continuidade histórica enquanto grupos diferenciados, enquanto alteridades culturais - podem variar. Ao longo do processo colonial, uma diversidade de nomes – de categorias identitárias – foram acionados pelos indígenas em contato e tantos outros foram hetero-impostos pela sociedade colonial.

Por exemplo, os guaranis com os quais mantenho pesquisas desde 2004, cujos territórios abrangem o litoral sul brasileiro, estendendo-se até o estado do Espírito Santo, enfrentam dificuldades de reconhecimento da sua continuidade histórica com o “carijó” da literatura colonial brasileira (Monteiro, 1992:475). Paradoxalmente, há um senso comum na sociedade regional - e que se reproduz no âmbito do indigenismo - de que as coletividades Mbyá Guarani desta região são estrangeiras, correlacionando sua origem com países vizinhos, de modo recorrente com o Paraguai. Esta lacuna de reconhecimento tem dificultado os processos de regularização fundiária de terras indígenas Guarani em todo o sul do Brasil, entre elas, as terras indígenas Mato Preto (Freitas, 2004) e Morro dos Cavalos, que há anos aguardam a conclusão do trâmite demarcatório.

As categorias e critérios de classificação que organizam o modo como o Estado e o conhecimento científico definem, descrevem e identificam o Outro, são sempre limitantes e historicamente datados.

Esta situação se inverte quando temos a condição de escuta desses Outros, cuja enunciação nos possibilita recepcionar as autodefinições que eles propõe. Nesse cenário de enunciação, a categoria “índio” é contemporaneamente ressignificada e também apontada como uma via possível de interlocução com o Estado por diferentes sujeitos de direito e seus grupos étnicos em toda a América.

Estes sujeitos e grupos encontram nela uma síntese com força de afirmação no jogo de espelhos das diferenças. Trata-se do movimento indígena, que visualiza nesta categoria um nível de experiência histórica compartilhada por Kaingang, Guarani, Tukano, Yanomami, Terena, Xavante, Munduruku, Pano, Miskitos, Purépechas, Quichua e tantos outros.



Que experiência é essa? É a experiência de relação com o Estado nacional, de enfrentamento das vias de desenvolvimento e grandes empreendimentos, é a experiência de territórios numa condição de constante instabilidade. Enfim, é a experiência de, a partir desta categoria “índio”, conseguirem encontrar pautas em comum que possibilitem uma negociação com este Outro abrangente.

Portanto, não podemos colocar a categoria “índio” fora de questão. Ela deve ser lida na sua complexidade, guardando diferenças internas e englobando uma diversidade de povos e sujeitos que nela se reconhecem e a partir dela se enunciam no cenário interétnico e nacional. Mas ela também tem um pomo de isonomia: uma experiência histórica compartilhada na relação com o Estado e com a sociedade abrangente.

## **O DESAFIO DO PLURALISMO**

Ingressamos agora no tema do reconhecimento. Recentemente, teve ampla publicidade na mídia o processo de suicídio de jovens da etnia Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul. Este processo despertou uma série de solidariedades nas redes sociais que incluiu a mudança de identidade virtual de internautas não-indígenas, adicionando em seus nomes o termo Guarani Kaiowá.

Instaurou-se então uma campanha que teve por mote: “Somos todos Guarani Kaiowá”. Surgiram muitos José Guarani Kaiowá, Pedro Guarani Kaiowá, Maria Guarani Kaiowá, etc. Este interessante fenômeno envolveu a apropriação de uma categoria identitária indígena por internautas não indígenas, em ato político de solidariedade a este povo. Esta categoria serviu, no jogo de espelhos, como um instrumento frente à negativa do reconhecimento do direito ao modo de vida Guarani.

Simbolicamente, os milhares de guaranis kaiowás que ganharam existência nas redes sociais neste ato diziam: o não reconhecimento dos direitos deste povo indígena me fere como cidadão na possibilidade histórica do meu próprio reconhecimento.

Nesse sentido, quando não ocorre o reconhecimento do Outro nos seus direitos e liberdades, a negativa deste reconhecimento significa minha própria instabilidade enquanto sujeito livre, em um cenário pluricultural, um país de diferenças.

A luta por reconhecimento é o tema que perpassa este fenômeno. Para

avançarmos na aproximação com o Outro, é oportuna a escuta do pensamento que advém da produção intelectual de um jovem Guarani Nhandeva. Trata-se de Osias Sampaio, jornalista Guarani formado pela Universidade Estadual de Londrina, norte do Paraná (Sampaio, 2010)

Este intelectual indígena trás para a academia uma importante categoria do pensamento Guarani, que nos permite uma aproximação etnológica e amplia os sentidos do suicídio para este povo indígena. Trata-se da categoria “*jejov*” - sufocação da palavra:

*Mas o que é ser índio urbano? O que condicionou essa realidade, a de haver índio urbano e índio aldeado tendo ambos um mesmo ancestral? É a consequência da colonização e do desterro forçado (Luciano, 2006:41). Se nas terras indígenas há dificuldade, seria pior se um contingente de seus índios não tivesse saído para morar fora. Viver na cidade não significa rejeitar a vida na aldeia, não é sinônimo de vida melhor, nem extingue a legitimidade indígena.*

*Igualmente a uma parcela de índios no Brasil, estou no histórico do índio urbano. Moro na cidade e tenho vínculo com duas terras indígenas Guarani, a Terra Laranjinha e a Terra Yvy Porã (a ser demarcada), aldeias que estão na história do meu ancestral, ambas distantes cerca de 130 quilômetros de Londrina, no Paraná. Conheço a realidade dessas terras indígenas e contribuo com elas naquilo que posso.*

*A vida fora da aldeia não me desassocia das causas indígenas, mas me dá uma visão abrangente que não teria de outra forma. Ademais, não seria correto mudar-me para a terra dos meus avós se tal decisão aumentaria encargos à comunidade, considerando que há pouca terra para muita gente.*

*É possível um índio morar na cidade e estar em comunidade com sua aldeia como se morasse fisicamente nela. Estando na cidade ajudo o parente aldeado conforme posso e procuro manter amizade com todos, sendo que na própria aldeia há divisões. Tenho conhecimento elementar do dialeto Guarani Nhandeva e para aprendê-lo, ia à pé, à noite, para a aldeia, atitude que ali nem todos tomavam.*

*Já fui criticado por agentes da FUNAI e até por indígenas sobre minha condição urbana. Mas essas pessoas desconhecem que ser Guarani é mais que viver em uma aldeia. É ancestralmente uma maneira de ser e de estar no mundo, e não apenas estar afeito a um limite geográfico.*

*Há certamente o índio urbano que nega sua origem, mas não é*

*a atitude de todos. Por isso a generalização é injusta e evoca o indesejado fenômeno guaranítico do jejovy ou “sufocação da palavra”. E esse jejovy se ressignifica não na circunstância do suicídio, mas em termos como: o índio da cidade que luta pelas causas indígenas pode desistir da tarefa se a retribuição que recebe é a exclusão. (Sampaio, 2010:123-124).*

A partir das reflexões de Osias Sampaio, é possível correlacionar a situação territorial limite vivenciada pelo povo Guarani com o desdobramento histórico da expansão de fronteiras da sociedade colonial e nacional, cuja expressão no mundo indígena assumiu a forma da redução territorial, do confinamento de delimitação, nos mesmos moldes do próprio Estado.

Se o Estrado se constitui a partir de fronteiras e do exercício de um poder jurisdicional soberano, simbolicamente enunciado no limite cartográfico, esta mesma meta-imagem foi imposta historicamente aos índios no processo de delimitação de pequenas parcelas de seus territórios, na figura jurídica das terras indígenas - no entanto, destituídas de auto determinação jurisdicional. Uma série de conflitos intra-étnicos resulta desta situação.

Façamos um exercício: de olhos fechados, pensemos no Brasil. De imediato nos virão a mente os símbolos escolares que estão na origem de nossas primeiras memórias de nação: a bandeira verde e amarela com uma bola azul repleta de estrelas, um desenho cartográfico de contornos familiares e com as colorações das regiões. Tais fronteiras são arbitrárias, histórica e ideologicamente construídas. Mas muitos de nós as tem como “naturais”.

Guardadas as proporções, com os limites geográficos das terras indígenas ocorre o mesmo. Resultado de uma delimitação arbitrária, materializada na disposição de marcos sobre pequenas parcelas de terras, embora estes limites estabeleçam uma importante referência geográfica aos povos indígenas na relação com o Brasil, de longe representam a totalidade de seus territórios e territorialidades. Entretanto, no senso comum de muitos, terra indígena ainda é interpretada como sinônimo de território. Esta constatação permite melhor compreender porque a vida indígena não se restringe aos limites das terras delimitadas pelo Estado.

A maior contribuição de Osias Sampaio, contudo, está em lançar luz sobre uma categoria do pensamento Guarani que possibilita uma chave interpretativa aos sentidos de fenômenos de diferentes ordens de complexidade, e refiro-me aqui a temas de difícil abordagem, tais como o suicídio de jovens guarani no Mato Grosso do Sul, e que a partir deste texto permite uma mais ampla compreensão.

A incidência do suicídio, correlacionada por Osias Sampaio à categoria *jejovy*, traduzida por “sufocamento da palavra”, trás a tona uma dimensão de violência que incide não apenas sobre o corpo guarani, mas sobre sua fala, sobre a possibilidade histórica de produção narrativa, de enunciação, de escuta e de reconhecimento.

A aplicação da categoria *jejovy* no texto é ressignificada por Osias Sampaio para interpretar uma espécie de “suicídio étnico”: “(...) o índio da cidade que luta pelas causas indígenas pode desistir da tarefa se a retribuição que recebe é a exclusão” – ou o não reconhecimento. A impossibilidade do bem viver pode significar tanto o ato extremo de dar fim a vida, como a negação da própria identidade étnica.

É importante ressaltar, que somente a partir do ingresso de intelectuais indígenas no ensino superior, de sua produção acadêmica nas universidades, traduções como esta se fazem possíveis - tarefa que há pouco estava restrita aos antropólogos.

Com efeito, por mais criteriosa que seja a pesquisa antropológica, por mais ética e dialógica a produção etnográfica em suas dimensões de “ver, ouvir e escrever” (Cardoso de Oliveira, 2006a:17-35), é completamente nova a perspectiva que se abre aos diferentes campos epistemológicos sobre fenômenos da vida indígena pelas lentes dos próprios intelectuais pertencentes a estes povos (Freitas e Harder, 2010).

Fato é que Osias Sampaio ingressou na UEL na qualidade de estudante indígena, e nesta condição escreveu seu artigo. Mas a realidade poderia ter sido outra, se por desventura sua condição urbana fosse obstáculo para a obtenção de documentos necessários ao pleno reconhecimento da identidade indígena no acesso às universidades estaduais no Paraná.

Instituída pela Lei Estadual 13.134/2001, a educação superior para indígenas no Paraná antecede em 11 anos a Lei Federal 12.711/2012, Lei de Cotas. O acesso às vagas suplementares ofertadas anualmente por esta política é exclusivo para estudantes indígenas pertencentes a “sociedades indígenas do Paraná” e ocorre através do concurso “Vestibular dos Povos Indígenas do Paraná”. No ato da inscrição, os candidatos necessitam certificar sua identidade indígena mediante a apresentação de “Carta de Recomendação da Liderança da Comunidade” e “Carta de Recomendação da FUNAI”.

Após uma década, é possível verificar uma série de problemas decorrentes deste critério de identificação: ele tem resultado tanto na exclusão de pessoas indígenas do processo seletivo, por dinâmicas internas às próprias coletividades que dificultam a obtenção do documento junto às lideranças, quanto no ingresso nas universidades de pessoas que não tem seu pertencimento reconhecido pelas coletividades indígenas do Paraná.

Neste período, instituições como o Ministério Público Federal passam a receber questionamentos de inúmeras ordens sobre a autenticidade dos documentos, bem como sobre atos de coerção que dificultam sua obtenção.

Não obstante, ao próprio Ministério Público Federal parece ser claro que não lhe corresponde dentre as atribuições constitucionais o dever de identificar quem é ou não pessoa indígena. Tampouco parece ser competência das universidades essa certificação, aos moldes do indigenismo.

Exauridas todas as possibilidades de consenso com as universidades estaduais paranaenses, o Ministério Público Federal produz um interessante documento oficial no qual expressa a posição consolidada pelo ordenamento jurídico no sentido da autoidentificação enquanto critério definidor da identidade indígena. A Recomendação n.12/2012 da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, vinculada ao Ministério Público Federal no Paraná sinaliza para uma verificação *ex post*, caso haja questionamentos:

*(...) a suspensão da exigência da apresentação de 'Carta de Recomendação assinada por cacique da comunidade'; exigir dos candidatos tão-somente uma autodeclaração de que a pessoa se considera 'indígena'; constituir uma Comissão, **na qual parte dos integrantes deverá ser composta por representação indígena**, para homologar a inscrição dos candidatos que se autodeclararem indígenas após a verificação dessa condição (Brasil, 2012).*

Osias Sampaio relata ter sido criticado por agentes indigenistas e por indígenas em função de sua condição urbana, por haver residido nas cidades de Santa Amélia e Londrina, próximas às suas terras indígenas de pertencimento. Esta condição poderia ter significado sua exclusão do pleito universitário.

O tema do reconhecimento nos coloca, pois, no último ponto do debate a ser considerado. Ingressa-se numa perspectiva hermenêutica que requer a articulação entre uma interpretação explicativa ou descritiva destas identidades com uma interpretação compreensiva - e com ela a necessidade de estabelecimento de um diálogo, do exercício de uma ética dialógica, de uma posição de interlocução.

Sem diálogo não há compreensão, mesmo em diálogo a compreensão é sempre um horizonte incerto, mas o diálogo é a condição fundamental da vida humana que nos possibilita o exercício de uma interpretação compreensiva (Cardoso de Oliveira, 1996).

Esta perspectiva põe em cena, no âmbito do reconhecimento, a questão fundamental de que os critérios de identificação devem partir e serem estabelecidos

na enunciação dos sujeitos em uma relação dialógica. É preciso reconhecer o indígena como alguém com quem precisamos dialogar, escutar e cuja enunciação funda a possibilidade de acesso a um outro modo de pensamento, a outra visão de mundo, e portanto, à ampliação do horizonte da condição humana.

É no âmbito da relação dialógica, da recíproca entre alteridades culturais, que emana a possibilidade de conhecer e de reconhecer a diferença e sua identidade. As universidades públicas podem se revelar espaços promissores neste sentido, desde que a disposição e abertura ao diálogo intercultural se estabeleça.

Desde 2009 tenho atuado como docente na Universidade Federal do Paraná, onde me dedico ao processo de formação e de pesquisa compartilhada com intelectuais indígenas no ensino superior. Este se desenha um campo novo, instigante, desafiador e promissor. O ingresso de jovens indígenas nas universidades abre a possibilidade ao exercício de um diálogo, mas sua efetividade requer a adequação de matrizes curriculares dos cursos bem como dos procedimentos administrativos internos a estas instituições.

A forja da categoria *jejovy* ou de outras categorias do pensamento ameríndio aportadas por intelectuais indígenas de diferentes etnias nas universidades de todo o país, possibilita novos ares à academia e novos horizontes aos próprios povos indígenas. De modo complementar, os intelectuais indígenas iniciam uma aproximação compreensiva de categorias que advém dos diferentes campos disciplinares de seus cursos de graduação, colocando pensamento ameríndio e pensamento ocidental em um novo patamar de relação. Lançar luz sobre as categorias que emergem do pensamento ameríndio e estabelecer seu diálogo com as centenárias categorias que organizam nossa compreensão dos fenômenos sociais e ambientais nas universidades é a grande contribuição da presença indígena no ensino superior.

Operamos há séculos com noções como classe, pobreza, natureza, cultura, contágio, conflito, e elas são definidoras e redutoras de nossos quadros culturais, de nossa visão de mundo. E que mundo fantástico se revela a partir das contribuições de Osias Sampaio e de tantos outros intelectuais indígenas.

A diferença, o pluralismo deve ser para nós um horizonte criativo, um horizonte de possibilidades para pensar o mundo de maneira mais complexa e de viver melhor, de atingir o Bem Viver que vem sendo enunciado com veemência pelos povos indígenas em toda a América (Schettini, 2012).

O desafio reside justamente em elencar o pluralismo dentre os valores caros ao presente e ao futuro da sociedade brasileira, pautando nossas ações na direção de uma ética que permita seu mais pleno exercício.

### **Indigenous identities and their recognition: readings in anthropology and law**

**Abstract:** This essay seeks an approximation of the anthropological thought with the legal thinking on the theme of identity. The emergence of new subjects from a democratic constitutionalism demands an attentive hermeneutics to the determination of whom they are, after all, these subjects of right. The anthropological perspective allows the relativization of categories present in the legal framework that hinder the full exercise of citizenship. There is a consensus that the notions about Indians, indigenous and indigenous rights are reducing a diversity of the indigenous peoples and their life expectations. However, these categories organize a historical experience plan shared by a cultural alterity diversity, positioned in comprehensive national contexts. Far from being a safe and definitive parameter, the notion of self-identification allows problematize the sphere of recognition of originating alterities and forms the backbone of the analysis.

**Keywords:** Identity, Indigenous people, Indigenous Rights, Pluralism, Ethnicity

### **BIBLIOGRAFIA**

- BARTH, Fredrik. Grupos Étnicos e suas Fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe e STREIFF-FENART, Jocelyne. Teorias da Etnicidade. Seguido de Grupos Étnicos e Suas Fronteiras de Fredrik Barth. São Paulo: Ed. UNESP, 1998, pp.187-250.
- BENHABIB, Seyla. Las reivindicaciones de la cultura: igualdad y diversidad en la era global. Buenos Aires: KATZ, 2006.
- BRASIL. Recomendação n.12/2012. Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. Ministério Público Federal. Paraná: 2012, mimeo.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. O índio e o mundo dos brancos: uma interpretação sociológica da situação dos Tukúna. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. 2ª. ed. São Paulo: Pioneira, 1972.
- \_\_\_\_\_. O trabalho do Antropólogo. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Ed. UNESP, 2006a.
- \_\_\_\_\_. Caminhos da Identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Ed. UNESP, 2006b.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto e CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Ensaios Antropológicos sobre Moral e Ética. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Os direitos do índio: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- \_\_\_\_\_. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

- DIGGINS, John Patrick. *Max Weber: a política e o espírito da tragédia*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: RAMOS, Alcida Rita. *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, pp. 228-236.
- FREITAS, Ana Elisa de Castro. *Tekoá Kaaty – Relatório Ambiental Circunstanciado*. Grupo de Trabalho para Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani Mato Preto, Rio Grande do Sul. Porto Alegre: FUNAI/UNESCO, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Estudos Complementares ao EIA/RIMA referentes ao Componente Indígena*. Licenciamento Ambiental do Sistema de Reforço Eletroenergético à Ilha de Santa Catarina e Litoral Catarinense. TI Mbiguaçu – Relatório Complementar. Porto Alegre, NEOCORP. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Mrur Jykre: a cultura do cipó – territorialidades kaingang na margem leste do Lago Guaíba*, Porto Alegre, RS, Brasil. Tese de Doutorado em Antropologia Social. Porto Alegre: PPGAS/UFRGS, 2005. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/14922>, consulta em 01 de março de 2014.
- FREITAS, Ana Elisa de Castro e HARDER, Eduardo. Sobreviver na diferença: o olhar dos estudantes indígenas no II Encontro de Educação Superior Indígena no Paraná. In: NOVAK, Maria Simone J. et al. (org) *Educação Superior Indígena no Paraná*. Maringá: EDUEM, 2010, pp.77-91.
- \_\_\_\_\_. Da política de Estado ao estado da política: panorama de uma década de ensino superior indígena no Paraná. In: BERGAMASCHI, Maria Aparecida et al. (org.) *Estudantes indígenas no ensino superior: uma abordagem a partir da experiência na UFRGS*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2013, pp. 169-182.
- \_\_\_\_\_. Entre a equidade e a assimetria de poder: uma análise da implementação de políticas afirmativas de educação superior indígena no Brasil. *Século XXI: Revista de Ciências Sociais*. V.3, n.1, jan./jun 2013, Santa Maria: UFSM, 2013, pp.62-87.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1989.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- MONTEIRO, John Manuel. Os Guarani e a História do Brasil Meridional. Séculos XVI-XVII. In: CUNHA, Manuela Carneiro (org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 475-498.
- POUTIGNAT, Philippe e STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da Etnicidade. Seguindo de Grupos Étnicos e Suas Fronteiras de Fredrik Barth*. São Paulo: Ed. UNESP, 1998.
- SAMPAIO, Osias Ramos Arnaud. A universidade como área de influência: o olhar de um guarani sobre sua trajetória acadêmica. In: NOVAK, Maria Simone J. et al. (org) *Educação Superior Indígena no Paraná*. Maringá: EDUEM, 2010, pp.121-133.
- SCHETTINI, Andrea. Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*. n. 17. São Paulo: 2012, pp.63-85.
- WEBER, Max. *Comunidades Etnicas*. In: \_\_\_\_\_. *Economia y Sociedad: Esbozo de Sociologia Compreensiva*. México, DF: Fondo de Cultura Economica, 1944, pp. 315-327.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (org) *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp.139-159.





---

# A judicialização das questões indígenas: entre a justeza e a justiça

---

Carolina Ribeiro Santana - Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ, sob a orientação dos professores Bethânia Assy e Eduardo Viveiros de Castro; Advogada; Indigenista Especializada da Funai, Ex-Coordenadora Regional da Funai no Sul da Bahia, atualmente atua na assessoria da Diretoria de Proteção Territorial da Funai.

**Resumo:** O presente artigo foi elaborado a partir de apresentação realizada no painel “O direito à terra e o papel da FUNAI: do processo administrativo à judicialização”, proferido no evento “A Questão Indígena e o Judiciário”, realizado em abril de 2014 na Escola da Magistratura Federal da Segunda Região. A partir do que fora exposto naquela ocasião e das discussões travadas com os demais palestrantes e ouvintes, apresenta-se um panorama dos posicionamentos dos operadores do direito diante da judicialização de questões que envolvem temáticas indígenas. Procurou-se, a partir de exemplos de judicializações de temas relacionados a dois territórios indígenas localizados no sul da Bahia – Tupinambá de Olivença e Caramuru-Paraguassu–vimos propor a reflexão em torno do que venha a ser um posicionamento do judiciário que se ampare não somente na justeza, na estrita legalidade, mas, também, na justiça.

**Palavras-Chave:** terras indígenas; judicialização; FUNAI; justiça; alteridade; reconhecimento.

## INTRODUÇÃO

Inicialmente se faz necessária uma introdução a respeito das atribuições da Fundação Nacional do Índio em razão de haverem diversos equívocos propagados pelo senso comum quanto às atribuições institucionais da FUNAI e, também, porque é preciso que se marque, cada vez mais, a diferença existente entre a Funai e os povos indígenas, os quais são sujeitos autônomos de sua própria história e prescindem de

um órgão indigenista que se manifeste por eles – como o era quando da vigência da compreensão tutelar e do paradigma assimilacionista do indigenismo.

Diante dessa difusão confusa de informações cabe esclarecer que a Funai, na condição de coordenadora e principal executora da política indigenista do Estado Brasileiro, possui uma atuação extremamente ampla e diversificada<sup>1</sup> sem ser, todavia, a única responsável pela efetivação da política indigenista. Proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil é a missão precípua da instituição, cabendo ao órgão conduzir os estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, além de monitorar e fiscalizar, em parceria com outros órgãos do Governo Federal, as terras indígenas. Atribui-se à FUNAI, ainda, a promoção de políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável das populações indígenas, com ações de etnodesenvolvimento, conservação e a recuperação do meio ambiente nas terras indígenas, além da atuação, como órgão interveniente, no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos que possam impactar as terras e comunidades indígenas.

A Funai ocupa-se, também, de articulações interinstitucionais voltadas à garantia do acesso diferenciado aos direitos sociais e de cidadania aos povos indígenas, por meio do monitoramento das políticas voltadas à seguridade social e educação escolar indígena, bem como com a promoção, fomento e apoio aos processos educativos comunitários tradicionais e de participação e controle social. Para a concretização de sua atuação a Funai orienta-se por diversos princípios, dentre os quais se destaca o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, consolidado no art. 231 de nossa Carta Magna, buscando o alcance da plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas no Brasil, contribuindo para a consolidação do Estado democrático e pluriétnico<sup>2</sup>.

Para além desse introito o presente artigo visa divulgar algumas vivências cotidianas - cooperações e dificuldades - enfrentadas pelo órgão na relação com o Judiciário, a partir da apresentação de experiências de atuação de uma unidade descentralizada do órgão indigenista, mais especificamente a Coordenação Regional do Sul da Bahia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>A Fundação Nacional do Índio – FUNAI é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>>. Acesso em 06/08/2014.

<sup>2</sup>Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>>. Acesso em 06/08/2014.

<sup>3</sup>A estrutura da FUNAI encontra-se regulamentada pelo Decreto n. 7778/2012. Atualmente o órgão conta com 37 Coordenações Regionais, às quais se encontram vinculadas 297 Coordenações Técnicas Locais e 12 Frentes de Proteção Etnoambientais.

Cabe pontuar que, há muito, as questões indígenas deixaram a esfera dos cursos de Ciências Sociais e da Antropologia e passaram a bater à porta do judiciário, mais frequentemente, nos últimos dez anos. Certamente que as questões indígenas ocupariam longos e numerosos parágrafos de apreciação e que a abordagem jurídica é apenas uma das dimensões possíveis de exame. No entanto, do ponto de vista das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, arrisco afirmar que seja, talvez, a dimensão de análise mais expressiva da atualidade, tendo em vista o aumento no número de demandas judiciais e a ampliação da gama de direitos indígenas que passaram a ser judicialmente questionados. Não se trata mais, como o era há alguns anos, de judicializações relacionadas diretamente ao questionamento do direito à terra.

As demandas judiciais tem questionado, para além do processo de demarcação territorial, o direito à auto identificação, o uso de recursos minerais existentes em terras indígenas, o acesso à água, à saúde, à educação, à gestão compartilhada de territórios indígenas que se sobreponham a Unidades de Conservação, etc. Quanto às judicializações dos processos de demarcação, pode-se afirmar que estas não tem mais se restringido ao questionamento do resultado final do processo administrativo, mas acabam, de uma ou outra maneira, permeando todas as cinco fases do processo administrativo<sup>4</sup>. Mesmo que as demandas não tenham como causa de pedir, especificamente, a anulação de um ato administrativo,

<sup>4</sup>O processo de demarcação, regulamentado pelo Decreto nº 1775/96, é o meio administrativo para identificar e sinalizar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas. Nos termos do mesmo Decreto, a regularização fundiária de terras indígenas tradicionalmente ocupadas compreende às seguintes etapas, de competência do Poder Executivo: i) Estudos de identificação e delimitação, a cargo da Funai; ii) Contraditório administrativo; iii) Declaração dos limites, a cargo do Ministro da Justiça; iv) Demarcação física, a cargo da Funai; v) Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, a cargo da Funai, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios, em cooperação com o Incra; vi) Homologação da demarcação, a cargo da Presidência da República; vii) Retirada de ocupantes não-índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, a cargo da Funai, e reassentamento dos ocupantes não-índios que atendem ao perfil da reforma agrária, a cargo do Incra; viii) Registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União, a cargo da Funai; e ix) Interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados, a cargo da Funai. Em casos extraordinários, como de conflito interno irreversível, impactos de grandes empreendimentos ou impossibilidade técnica de reconhecimento de terra de ocupação tradicional, a Funai promove o reconhecimento do direito territorial das comunidades indígenas na modalidade de Reserva Indígena, conforme o disposto no Art. 26 da Lei 6001/73, em pareceria com os órgãos agrários dos estados e Governo Federal. Nesta modalidade, a União pode promover a compra direta, a desapropriação ou recebe em doação o(s) imóvel (is) que serão destinados para a constituição da Reserva Indígena. Especificamente nos casos de povos isolados, a Funai se utiliza do dispositivo legal de restrição de uso para proteger a área ocupada pelos indígenas contra terceiros, amparando-se no artigo 7.º do Decreto 1775/96, no artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no artigo 1.º, inciso VII da Lei nº 5371/67, ao mesmo tempo em que se procedem os estudos de identificação e delimitação da área, visando a integridade física desses povos em situação de isolamento voluntário. Em suas ações, o órgão indigenista prima pela publicidade e legalidade do procedimento e zela para não gerar ou intensificar conflitos fundiários locais, contribuindo ainda com o ordenamento territorial em escala local e regional, por meio de sistematização de informações de natureza fundiária a serem disponibilizadas para os órgãos fundiários e ambientais afetos. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>>. Acesso em 06/08/2014.

elas, individualmente, como é o caso dos pedidos de reintegração de posse de não indígenas, provocam o judiciário para, indiretamente, atuar e se envolver no processo demarcatório, conduzido em âmbito administrativo. Assim, o judiciário acaba sendo mais um, dentre os vários elementos e atores do processo de efetivação da política indigenista, um processo que, antes mesmo dessa conjuntura se estabelecer, já se caracterizava por ser moroso em vários aspectos, em especial no que tange à demarcação territorial.

Cabe, antes de dar continuidade à análise, uma ressalva metodológica quanto aos exemplos a serem apresentados da relação da Funai com o judiciário, pois eles não se restringirão aos Tribunais Federais, mas englobarão também os operadores do Direito como um todo que direta, ou indiretamente, podem vir a influenciar a atuação dos Magistrados no que diz respeito às questões indígenas. Na atuação cotidiana com tais atores é possível constatar que ainda existe desconhecimento do direito indigenista<sup>5</sup>. Esse desconhecimento entre os operadores do Direito se deve, em grande medida, ao fato de que o assunto não é abordado durante a graduação desse curso. Algumas poucas faculdades começam, timidamente, a incluir em suas grades curriculares a matéria de Antropologia Jurídica, restando, portanto, àquele jurista que deseje entender o tema, ir sozinho e muitas vezes

<sup>5</sup>Observe-se que pontuo o desconhecimento quanto ao Direito Indigenista; se abordarmos a seara do Direito Indígena o desconhecimento será ainda maior. Considere-se, para tanto, o Direito Indigenista como àquele referente às normas positivadas, ao direito constituído que rege, em sua quase totalidade, as relações entre índios e não índios. O Direito Indigenista funda-se na lógica da democracia representativa, cuja representatividade indígena foi, e ainda é, muito inferior nos parlamentos municipais e estaduais - e quase nula na história do Congresso Nacional. Some-se a isso o fato de que as instâncias governamentais consultivas a essas populações são relativamente recentes e, ainda, bastante tímidas. O Direito Indígena – por seu turno – refere-se àqueles normas estabelecidas pelos próprios povos indígenas, enquanto sujeitos de sua história e regem, majoritariamente, relações entre indivíduos, famílias, grupos, povos e, até mesmo, suas relações com os não índios. O Direito Indígena, no Brasil, é quase que totalmente consuetudinário e aprovado por critérios próprios, que não aqueles estabelecidos pela sociedade não indígena. É sintomático que as referências ao Direito Indígena, na área de estudos jurídicos, subsumam-se, especialmente, aos estudos de História do Direito e seja pontuado, frequentemente, como uma descrição de algo pertencente ao passado, contribuindo, assim, para reforçar certa visão pré-concebida dos povos indígenas como sendo, apenas, os “antigos habitantes do Brasil”, desvinculando a ressignificação desses sistemas jurídicos indígenas e restringindo a análise, quando muito, a períodos passados da história do Brasil. Ignora-se, portanto, as complexas organizações sociais das diversas nações indígenas existentes no país, bem como os sistemas jurídicos por elas estruturados, suas compreensões de matrimônio, propriedade, família, delito, etc. Suas práticas jurídicas não-oficiais e o pluralismo jurídico comunitário existente desde as reduções indígenas que constituíram formas autênticas de um Direito “insurgente, eficaz e não-estatal”, no dizer de Jaques Távora Alfonsin, em “Negros, Índios no Cativo da Terra”. Essas formas de organização nada tinham a ver com o Direito Estatal, porque eram a expressão de uma sociedade sem Estado cujas formas de poder eram legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais oficiais. Ainda a esse respeito ver: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). História dos Índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/ FAPESP, 1992; MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Textos Clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1994. p. 77-92; MENDES JÚNIOR, João. Os indígenas do Brasil: Seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912; OLIVEIRA, João Pacheco de. (Org.) Sociedades Indígenas & Indigenismo no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero e Editora UFRJ, 1987. WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 51.

sem orientação, estudá-lo. Some-se a isso, o fato de que o discurso propagado pela maioria esmagadora da mídia está impregnado de desinformação. Há muita informação equivocada sendo difundida sobre os povos indígenas, sobre o processo de demarcação de terras e sobre as demais atividades institucionais da Funai. Isso acaba por gerar uma visão distorcida dos fatos, e porque não dizer, uma visão preconceituosa, que acaba por promover certa indisposição de alguns operadores do direito com o tema e com a própria Funai.

## **ATUAÇÃO DESCENTRALIZADA DA FUNAI**

A estrutura organizacional da Funai possui diversas instâncias de atuação e deliberação, dentre as quais se encontram 37 Coordenações Regionais, órgãos descentralizados responsáveis, dentre outras ações, pela implementação e acompanhamento de políticas voltadas aos povos indígenas em âmbito regional<sup>6</sup>.

No presente artigo será abordada uma análise da relação com o judiciário a partir da perspectiva de atuação da Coordenação Regional do Sul da Bahia, cuja jurisdição é de onze territórios indígenas<sup>7</sup>. Dentre estes foram selecionados dois, a Terra Indígena Tupinambá de Olivença e a Reserva Indígena Caramuru/Paraguassú, em razão de serem as que mais ensejam o estabelecimento de relações com os operadores do direito.

## **TUPINAMBÁ DE OLIVENÇA**

A Terra Indígena (TI) Tupinambá de Olivença configura-se, atualmente, como um dos principais conflitos agrários do país. Localizada no Sul do Estado da

<sup>6</sup>Decreto nº. 7778/2012, Art. 21. Às Coordenações Regionais compete: I - supervisionar técnica e administrativa das coordenações técnicas locais, exceto aquelas que estejam sob subordinação das Frentes de Proteção Etnoambiental, e de outros mecanismos de gestão localizados em suas áreas de jurisdição, e representar política e socialmente o Presidente da FUNAI na região; II - coordenar e monitorar a implementação de ações relacionadas à administração orçamentária, financeira, patrimonial e de pessoas, realizadas pelas Frentes de Proteção Etnoambiental; III - coordenar, implementar e monitorar as ações de proteção territorial e promoção dos direitos socioculturais dos povos indígenas; IV - implementar ações de promoção ao desenvolvimento sustentável dos povos indígenas e de etnodesenvolvimento econômico; V - implementar ações de promoção e proteção social;

VI - preservar e promover a cultura indígena; VII - apoiar a implementação de políticas para a proteção territorial dos povos indígenas isolados e de recente contato; VIII - apoiar o monitoramento territorial nas terras indígenas; IX - apoiar as ações de regularização fundiária de terras indígenas sob a sua jurisdição, em todas as etapas do processo; X - implementar ações de preservação do meio ambiente; XI - implementar ações de administração de pessoal, material, patrimônio, finanças, contabilidade e serviços gerais; XII - monitorar e apoiar as políticas de educação e saúde para os povos indígenas; XIII - elaborar os planos de trabalho regional; e XIV - promover o funcionamento do Comitê Regional em sua área de atuação.

<sup>7</sup> Terras Indígenas Águas Belas, Aldeia Velha, Barra Velha, Cahy/Pequi, Coroa Vermelha, Imbiriba, Mata Medonha, Tupinambá de Belmonte e Tupinambá de Olivença e Reservas Indígenas Fazenda Baiana; Caramuru Paraguassú; Coroa Vermelha Gleba C.

Bahia ela engloba parte de três municípios: Una, Ilhéus e Buerarema. O Estudo de Identificação e Delimitação foi publicado no ano de 2009, já tendo passado pela fase de contestação que, segundo o Decreto 1775/96, é do início do processo até 90 dias após a publicação do resumo do Estudo no Diário Oficial da União e Unidade Federada e afixação na Prefeitura dos Municípios envolvidos<sup>8</sup>.

O conflito começou a se estabelecer quando, depois de decorridos quatro anos sem que tenha sido emitida Portaria Declaratória da Terra Indígena pelo Ministério da Justiça, os Tupinambá iniciaram um processo que eles – e outros grupos indígenas - denominam de “retomada das terras tradicionais”. Tal agir consiste, para os indígenas, em reocupar as localidades anteriormente habitadas por seus antepassados, delimitadas como terras tradicionais pelo Estudo de Identificação e Delimitação elaborado pela Funai. Essas ações prenunciam uma transformação nas relações de direito e são manifestações por justiça, enquanto expressões da soberania popular, prevista pelo próprio ordenamento jurídico, a fim de que se exerça a força contra a violência decorrente dos efeitos da demora na resposta jurídica na solução desses conflitos<sup>9</sup>.

Essa movimentação ensejou uma série de pedidos de reintegração de posse por parte dos proprietários e posseiros dos imóveis reocupados pelas comunidades e a TI passou a ser monitorada pelo Estado Brasileiro com 50 agentes da Força Nacional de Segurança, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e, aproximadamente 700 homens das Forças Armadas, estes últimos com base no artigo 142 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 97/99.

---

<sup>8</sup> Decreto 1775/96: Art. 2º - “A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação (...) § 8º: Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

<sup>9</sup>No caso das ocupações realizadas por indígenas, diante da relutância dos poderes instituídos em efetivar seus direitos, especialmente de demarcação de terras, entendo que as chamadas “retomadas” caracterizam-se como atos legítimos de reivindicação. Isso porque as ocupações de terras não devem ser encaradas como crime – e sim consideradas manifestação legítima do direito de resistência/desobediência civil - quando são atos públicos realizados em grupo, visando a alterar uma lei ou a efetivar uma política pública, de acordo com o disposto na Constituição. O direito de resistência/desobediência civil, em tais condições, tem respaldo constitucional, porque na omissão do Estado em seu dever de efetivação dos direitos fundamentais, é albergado pela cláusula de abertura do artigo 5º; porque a resistência ao poder é expressão da livre iniciativa, expressa no artigo 1º, inciso IV da CRFB porque é expressão da soberania popular - artigo 1º, parágrafo único. A esse respeito ver, ainda, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2005 e LACERDA, Marina Basso. *Ocupações como manifestação legítima do direito de resistência - caracterização e fundamentação constitucional*. Revista *Captura Crítica: direito, política, atualidade*, Florianópolis v. 2, p. 181-206, 2009.

Durante o interregno de agosto de 2013 a abril de 2014 mais de cem liminares de reintegração de posse foram deferidas em desfavor dos indígenas pelos magistrados federais de primeira instância. Interessante salientar que durante esse período quase nenhuma audiência de justificação de posse ou inspeção judicial foi realizada, engendrando diversos percalços no processo denominado de “pacificação”, pelas forças de segurança envolvidas.

A proximidade do judiciário da realidade em que atua é extremamente importante e esclarecedora para o livre convencimento do magistrado. Entendo que o princípio do livre convencimento motivado do juiz, em casos em que o conflito de interesses é extremamente complexo, caracteriza-se como uma defesa do jurista em casos de apresentação de provas ilícitas, não devendo o magistrado ater-se única e exclusivamente à máxima *quod non est in actis non est in mundo*, sob pena de ter a sua apreciação aprisionada a critérios legais determinados aprioristicamente<sup>10</sup>. A TI Tupinambá de Olivença está há menos de 15 quilômetros dos centros urbanos da região e, no período citado - ocasião em que acompanhei a situação - nenhum juiz ou procurador esteve no local.

A vivência cotidiana *in loco* permitiu-me detectar cizânias entre o relatado nos autos e a realidade factual que seriam facilmente detectáveis com a realização de uma inspeção judicial ou uma audiência de justificação de posse. Foi possível, por exemplo, identificar uma petição inicial padrão, presente em diversos processos, contendo, inclusive, equívocos na indicação das localidades onde se encontram as posses reivindicadas ou, até mesmo, com equívocos na indicação dos indígenas responsáveis pelas chamadas áreas “retomadas”.

Tal modelo de petição inicial padrão faz o relato de uso extremo da violência por parte dos indígenas para expulsar proprietários e posseiros de imóveis extremamente produtivos. A verificação *in loco*, todavia, possibilitou-me constatar a existência de diversas propriedades abandonadas e improdutivas. Ressalte-se que se está a falar de uma região cacaueteira que sofreu o impacto da fitopatologia “vassoura de bruxa”, no final da década de 80, causando grande impacto econômico e forçando os produtores a adquirir dívidas vultosas, ainda não quitadas em sua maioria, conforme se depreende do elevado número de ações de proprietários da região, nas varas cíveis de Itabuna e Ilhéus, visando renegociar empréstimos bancários<sup>11</sup>.

Ainda quanto às petições padrão, insta salientar os apontamentos equivocados

<sup>10</sup> A esse respeito ver CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 30ª Ed. Editora Malheiros, 2014. p. 68.

<sup>11</sup> Consultas disponíveis em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/open.do>>



dos indígenas que seriam responsáveis pelas ocupações de terras. Da análise das peças depreende-se a indicação reiterada da liderança indígena mais conhecida da região, o senhor Rosivaldo Ferreira da Silva, conhecido por cacique Babau. É importante considerar a possibilidade de haver certa intencionalidade nessa repetida indicação, sem, contudo, haver a possibilidade de se afirmar intencionalidade premeditada. A atual conjuntura político-social de criminalização dos movimentos sociais somada ao cenário de conflitos fundiários, em especial no sul da Bahia, nos impele a levantar a hipótese de haver uma intenção específica em se apontar esse indivíduo como o mentor e executor das ações tidas como criminosas, uma vez que há mais de dez caciques na região, todos conhecidos pela população, em especial pelos posseiros.

Constatou-se, ainda, a existência de diversas propriedades nas quais habitavam meeiros contratados para zelar pela posse do imóvel para os proprietários – brasileiros e estrangeiros – que visitavam o imóvel apenas esporadicamente. Em muitos desses casos observou-se que os meeiros continuaram vivendo nas terras, mesmo após a ocupação indígena, a fim de que pudessem ser assentados pelo Incra, vez que se enquadram no perfil de ocupantes que fazem jus a esse direito quando da demarcação de uma terra indígena<sup>12</sup>, não podendo subsistir, portanto, a alegação padrão de existência de violência e expulsão forçada dos ocupantes dos imóveis incidentes nos limites identificados como ocupação tradicional dos Tupinambá. Todas essas informações levantadas em campo foram repassadas à Procuradoria Federal Especializada junto à Funai e incluídas nos devidos recursos. Foram juntadas fotos, relatórios técnicos das equipes deslocadas para campo e solicitações de audiências de justificação de posse. Em primeira instância os recursos não lograram êxito, todavia.

Houve um caso que ilustra sobremaneira a necessidade de realização de audiências de justificação de posse: um pedido de reintegração<sup>13</sup> em fazenda cuja posse não fora esbulhada. Os técnicos da Funai foram ao local e, em diálogo com um dos autores da ação, foram informados de que não sabia quem tinha entrado com o pedido em seu nome.

Importante pontuar, ainda, a insuficiência entre o prazo processual para apresentação do recurso e o prazo que seria efetivamente necessário para o levantamento de informações fáticas suficientes para subsidiar tais defesas. A equipe de técnicos da Funai enfrentou diversos percalços que, por diversas vezes, impossibilitaram que os Recursos fossem interpostos como escopo fático capaz de

---

<sup>12</sup> Decreto 1775/96, art.4º; Lei nº 4.504/64 - Estatuto da Terra - e na Lei nº 8.629/93.

<sup>13</sup> Ação Possessória nº 0000721-65.2006.4.01.3301 – Subseção Judiciária Federal de Itabuna

apresentar à análise do juízo um panorama condizente com a realidade enfrentada pelos Tupinambá. A título de exemplo, relembro que, no período mencionado, o número de liminares de reintegração de posse em desfavor dos indígenas aumentava semanalmente e a localização exata dos imóveis não constava das iniciais, sendo, sequer, exigida pelo juiz responsável. O período de fortes chuvas e a geografia acidentada dificultou o acesso aos locais – mesmo com veículos traçados - e o levantamento dos dados necessários<sup>14</sup> restou prejudicado.

Nas áreas mais acessíveis enfrentou-se a dificuldade de que algumas das fazendas a serem reintegradas possuíam o mesmo nome, a mesma indicação aproximada do local e o fato de que o autor da ação – o proprietário, por exemplo – não era quem vivia na localidade, razão pela qual não era conhecido pelos vizinhos. Some-se a isso o fato de que no interior do Brasil as pessoas são frequentemente conhecidas por seus codinomes e não por seus nomes completos. Assim, quando a equipe perguntava por alguém tendo como referência seu nome completo o mesmo era desconhecido.

Algumas poucas liminares foram alteradas pelo TRF 1ª Região. Contudo, os pedidos seguintes de suspensão passaram a ser negados pelos desembargadores, inclusive por aqueles que já haviam concedido algumas suspensões, pois passaram a entender que as suspensões ensejavam acirramentos no conflito. A Fundação não interfere nas decisões dos indígenas – respeitando a autonomia dessas populações para decidirem o curso de sua história e suas demandas. O interesse recursal da Funai fundamenta-se na defesa do resultado dos Estudos de Identificação e Delimitação que apontaram a tradicionalidade da ocupação e, eventualmente, o recurso visa evitar que os indígenas venham a ser submetidos a uma situação de vulnerabilidade social, sendo atribuição do órgão a proteção dos direitos desses povos, inclusive por meio da atuação diante de decisões judiciais que representem ofensa a tais direitos.<sup>15</sup> A esse respeito ver Portaria nº 839/2010, AGU, disponível em < [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/274163](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/274163)>.

Durante esses trabalhos de campo nos municípios de Ilhéus, Una e Buerarema, certa feita uma agente da Polícia Federal questionou-me irritada: “como é que a Funai deixa os indígenas entrarem nas fazendas se há um interdito proibitório expedido pela justiça federal?”. A reflexão, a partir do estranhamento provocado pela indagação, aponta para o mapeamento de dois equívocos basilares: o primeiro diz respeito à falta de percepção de que, em situações de extremo conflito e

<sup>14</sup> Número de pessoas envolvidas, existência ou não de crianças e idosos, tempo de ocupação, averiguação da localização da propriedade em relação aos limites apresentados no Estudo.

<sup>15</sup> Cabe a lembrança de que há na região “retomadas” existentes há oito anos, onde há escolas, postos de saúde e locais sagrados de grande importância para a reprodução física e cultural dos Tupinambá.

disputa por direitos antagônicos, certas ficções jurídicas valem muito pouco, vez que o Direito, principalmente aquele pensado a partir da estrita legalidade e ao positivismo, não dá conta de resolver as questões complexas que se apresentam no cotidiano; o segundo, que ao órgão indigenista não compete autorizar ou instigar tomadas de decisões dos indígenas. Essa compreensão de que é “a Funai que produz índios”, de que é “a Funai que incita os índios”, é reflexo da herança deixada por uma política indigenista marcada pela preeminência da tutela na relação do Estado com os povos indígenas, de tom assimilacionista e ultrapassado, segundo a qual não se pensa o indígena enquanto um Outro capaz de crítica e reflexão. Infortunadamente, a noção de que a Funai detém a tutela orfanológica dos povos indígenas ainda é muito recorrente não só no judiciário, mas na maioria das instituições da administração pública e, também, porque não dizer, entre alguns indígenas.

Outro caso interessante ocorrido na TI Tupinambá de Olivença envolveu a Justiça Estadual do Estado da Bahia, da comarca de Ilhéus e a Polícia Federal (PF). Em fevereiro de 2014 a Polícia Federal estava realizando uma ronda na TI, após ter realizado uma série de reintegrações de posse, e deparou-se com um grupo de indígenas que havia retornado a um dos imóveis reintegrados. Esse retorno ocorre quando a reintegração se efetiva de direito, mas o proprietário, ou o posseiro, não reocupa de fato o imóvel. Relatam os indígenas que a PF adentrou a propriedade dando voz de prisão, o que, naturalmente, gerou forte açodamento entre os presentes. Dentre os indígenas havia idosos e crianças e o tumulto resultou na separação entre uma criança indígena de dois anos e sua mãe. A mãe se refugiou na mata e ficou observando a criança de longe, mas o delegado da PF responsável pela ação entendeu por bem retirar a criança da aldeia e entregá-la para o Conselho Tutelar. A Funai procurou a PF e afirmou que sabia do paradeiro dos pais, bem como do avô paterno, mas que todos estavam com medo de vir à cidade – primeiro porque estava instalado clima de perseguição aos indígenas nos municípios próximos, segundo porque temiam ser aprisionados.

Não obtivemos, todavia, sucesso no diálogo com o delegado, que optou por entregar a criança ao Conselho Tutelar sob a alegação de que a mesma teria sido abandonada. Frente a essa alegação a criança precisou ser abrigada e passou seis dias longe da família. A Defensoria Pública do Estado da Bahia, em Ilhéus, foi acionada para atuar no caso e atuou de forma muito interessante e ciente das características étnicas e culturais envolvidas. No entanto, somente após o ocorrido ter tomado dimensões nacionais, com a intervenção da Secretaria de

Direitos Humanos da Presidência da República e da Funai é que a criança pôde retornar ao convívio familiar.

Esse caso é emblemático ao que tange o desconhecimento quanto aos direitos indígenas, o desrespeito aos seus modos de vida diferenciados e a desconsideração do órgão indigenista enquanto responsável pelo zelo de tais direitos, não na condição de tutor orfanológico dessas populações, mas na condição de responsável pela efetivação e promoção da política indigenista e dos direitos indígenas<sup>16</sup>.

A título de conclusão dos relatos a respeito dos Tupinambá de Olivença importa elencar algumas considerações a respeito dos questionamentos que têm sido feitos em torno da atuação da antropóloga responsável pelos Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da terra. Apesar de os questionamentos não estarem sendo levados às vias judiciais – o que já ocorreu em outras terras indígenas – eles são reiteradamente enumerados pelos ocupantes não indígenas afetados pela demarcação e, até mesmo, por autoridades. Os questionamentos à atuação dos antropólogos nas questões que envolvem povos indígenas são cada vez mais frequentes o que, entendo, proporciona uma oportunidade de aperfeiçoamento das técnicas utilizadas e para a transparência do processo. Observa-se, contudo, frequentes questionamentos eivados de preconceitos e desconhecimento da atuação desse profissional.

Exige-se do antropólogo um não envolvimento tal – próprio do método cartesiano moderno de se estruturar a ciência – sem considerar que nesse campo do saber o envolvimento é condição *sine qua non* para a realização de um bom trabalho investigativo. O envolvimento está longe de significar que o devido processo administrativo de demarcação não seja respeitado ou que não haja rigor e critério no trabalho – por vezes, até mesmo o rigor científico positivista.

Nessa toada, convém a reflexão de que, até que ponto, a negativa jurídica de validade de perícias antropológicas, sob o argumento de alegação de suspeição do pesquisador, não provém de uma crença cega – e por que não dizer ingênua – no mito da neutralidade axiológica? Some-se a isso o convencionalismo de se reputar como sérios apenas os cursos da tradição bacharelística de nosso país, a exemplo do Direito, da Medicina e da Engenharia. Observa-se assim um fenômeno, relativamente recente, que decorre dessas judicializações de perícias antropológicas que, em nome de uma suposta preeminência da neutralidade pura,

<sup>16</sup> Importante salientar a existência do Acordo de Cooperação Técnica nº. 001/2010, firmado em 01 de abril de 2010, segundo o qual as ações a serem realizadas no interior de terras indígenas comunique a Funai e, até mesmo, chame a Funai, para ações dentro de terras indígenas, mas isso dificilmente ocorre. Nesse dia a Funai não tinha sido chamada.

minam a presunção de legitimidade dos atos administrativos da Funai em casos em que sequer o laudo tenha sido contestado na via administrativa.

## CARAMURU/PARAGUASSÚ.

A TI Caramuru-Paraguassu, onde vivem os Pataxó Hãhãhãe, passou por um processo de esbulho institucionalizado. As primeiras notícias oficiais acerca dos Pataxós na região remontam a 1651. Ao final da década de 1930, o Ministério da Guerra, em conjunto com o Estado da Bahia, procedeu à delimitação da área indígena para fins de demarcação, a qual, embora não homologada oficialmente, conferiu certa tranquilidade aos indígenas para exercerem sua ocupação tradicional. No entanto, o Serviço de Proteção ao Índio, ao longo dos anos 40, passou a arrendar a área para a população não indígena do entorno, que a ocupou. À medida que a região foi se transformando em grande produtora de cacau, aumentando, assim, o interesse sobre os territórios indígenas, o Estado da Bahia passou a titular indevidamente essas terras e a demarcação da área não chegou a ser concluída.

Trata-se de um processo singular de reconhecimento, que se iniciou ainda em 1926, pelo próprio estado da Bahia, por meio da criação de uma Reserva de 50 léguas em quadra, para o "*gozo dos índios tupinambás e patachós, ou outros que ali são habitantes*"<sup>17</sup> em terras ainda não aproveitadas em grande escala por cacauicultores e pecuaristas. Em 1973 foi aprovado o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) que, em seu artigo 18, veda o arrendamento de terras indígenas ou qualquer outro ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pelos indígenas. Em desatenção a tal normativa, entretanto, o governo do estado da Bahia, em 1976, de forma unilateral e sem consulta à FUNAI, expediu novos títulos de posse para diversos arrendatários da terra indígena Caramuru-Paraguassu, que iniciaram um processo violento de extrusão dos indígenas.

Em 05.11.1981, a FUNAI elaborou o Parecer nº 40 no qual se concluiu pela tradicionalidade da ocupação indígena na região. Desde o início dos anos 80, os grupos indígenas afetados, em coordenação com a FUNAI, vinham lutando pelo reconhecimento dos direitos territoriais indígenas na região. A Ação Cível Originária (ACO) nº. 312, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, é fruto desse esforço em busca de segurança jurídica sobre o direito já reconhecido desde a década de 1920.

A referida ACO foi proposta pela Funai em 1982, requerendo, em síntese, a

---

<sup>17</sup> Lei Estadual nº 1916/26. Diário Oficial do Estado da Bahia. Salvador, 11/08/1926. Pg. 9935

declaração de nulidade de todos os títulos de propriedade e registros imobiliários em nome dos réus expressamente nomeados e de outros que eventualmente possuíssem idênticos títulos e registros de propriedade incidentes sobre a área da Reserva Indígena Caramuru Paraguassu.

Em julgamento iniciado em 27.02.2003, o Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem no sentido de considerar dispensável a prévia demarcação como condição para o ajuizamento da ação, asseverando que a Corte pode examinar se a área é ou não indígena para a decisão de mérito, dado o caráter meramente declaratório do processo de demarcação. Foram elaboradas perícias antropológicas, topográficas, agrônômicas e sanitárias que concluíram pela ocupação tradicional indígena sobre uma área de 54.000ha.

O Ministro Eros Grau, relator do feito, acatando os argumentos expendidos pela União, julgou procedente o pedido para declarar a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas dentro da Terra Indígena Caramuru Paraguassu. Iniciados os debates, o Ministro Menezes Direito pediu vistas dos autos, interrompendo-se o julgamento. Após o falecimento do Ministro Menezes Direito, os autos foram distribuídos à Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Por fim, em decisão proferida em 02.05.2012 no âmbito da ACO 312, o STF, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas glebas estivessem localizadas dentro da área da Reserva Indígena Caramuru-Paraguassu. .

Observe-se que somente após trinta e dois anos de reivindicações dos indígenas os títulos foram declarados nulos pelo STF. Ainda há, entretanto, juízes que concedem liminares de reintegração de posse em desfavor dos indígenas naquela área, mesmo após a decisão da Suprema Corte. Ainda em outubro de 2013 – mais de um ano após a decisão do STF, portanto - a FUNAI ocupava-se do levantamento de informações a fim de subsidiar defesas judiciais daquele território.

O caso Caramuru-Paraguassu é paradigmático no que diz respeito à problemática em torno da posse indígena permanente – condição exigida pela Portaria nº. 14 do MJ. Em face do artigo 231, da CF, muitos juristas tendem a entender a posse indígena como uma relação temporal de permanência efetiva na terra. Essa compreensão, entendo, é desarrazoada, pois, guardadas as proporções e as naturezas jurídicas dos institutos envolvidos, é como se estivéssemos a exigir dos povos indígenas comprovação temporal mais que rigorosa. A CF não fala

em posse imemorial, nem em posse atual, ela fala em ocupação tradicional. O advérbio “tradicionalmente” refere-se a modo e tempo, é verdade, mas aqui é preciso relembrar o Ministro Ayres Britto quando afirmou, em seu voto sobre a Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que há uma temporalidade que é própria da ideia de tradição, ou seja, do legado cultural que se transmite entre gerações e não a partir de um poder de fato no sentido do Código Civil. No julgamento da TI Caramuru-Paraguassú o STF entendeu que a dispersão ocorrida entre os Pataxó Hãhãhã não comprometeu a identidade indígena, uma vez que eles se mantiveram na região, “conscientes da vinculação histórica com o seu próprio território”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disputa em torno do instituto da propriedade é tema sempre delicado e evitado de animosidades na sociedade brasileira. Isso porque a propriedade privada, especialmente a propriedade privada rural, enreda-se de significados para além de sua caracterização enquanto um espaço de terra. Vivemos em um país cujas heranças do sistema de exploração de *plantation* ainda não foram apagadas. A propriedade moderna, bem jurídico por vezes mais valorizado que a própria vida digna, surge no Brasil crivada de peculiaridades decorrentes de nosso processo de colonização, principalmente porque o Brasil nasce - para a história tradicional - quase que concomitantemente ao processo histórico-jurídico de concepção desta noção de propriedade, ou seja, séculos XV e XVI. Diante disso, toda a noção proprietária pré-moderna européia fundamentada durante os anos do medievo, foi aplicada à colônia como que tentando se adequar a um sistema de sesmarias, e acabou ganhando contornos de propriedade moderna.

Nesse contexto, convém lembrar as palavras do jurista italiano Paolo Grossi, que afirma que as conotações de propriedade não se encerram no meio jurídico ou no meio social, afirma Grossi que a propriedade “pesca no intra-subjetivo graças a operação lucidíssima da consciência burguesa que, de Locke em diante, fundou todo o *domínio rerum* sobre o *domínio sui* e viu a propriedade das coisas como manifestação externa – qualitativamente idêntica – daquela propriedade intra subjetiva que todo eu tem de si mesmo e de seus talentos, propriedade – esta – absoluta porque correspondente à natural vocação do eu a conservar e a enrobustecer o si.”.

Para além das problemáticas envolvendo a propriedade, as discussões jurídicas em torno da posse indígena também tem sido bastante conservadoras. Embora a CF de 88 seja clara ao definir a posse indígena ainda nos deparamos cotidianamente

com embates jurídicos que tendem a fazer análises da constituição restritivas desse direito. O art. 231 da Constituição escapa às definições tradicionais do Direito Civil e nisso é que se encontra a chave de sua compreensão. Grande parte da prática e da teoria jurídica é impregnada por um raciocínio positivista que impede que se incluam nas análises temas como usos, costumes e tradições indígenas.

A aplicação do artigo 231 CF/88 não pode prescindir da confluência de conceitos e ideias que deram origem ao texto desse dispositivo constitucional. Encontram-se ali 1) a teoria do indigenato, defendida por João Mendes Jr., em 1912; 2) a noção de que a terra indígena é o habitat de um povo, proveniente de julgamento do Supremo Tribunal Federal de 1961, sob relatoria do Ministro Victor Nunes Leal; 3) o direito à diferença, já defendido por Francisco de Vitória no século XVI e 4) a influência determinante exercida pelos próprios índios na Constituinte, ainda que de forma indireta<sup>18</sup>. *É preciso não esquecer que foi na Constituinte de 1987 e 1988 a primeira vez que os povos indígenas conseguiram se fazer ouvir a respeito de uma legislação que os afetasse.*

Além da atenção para a confluência de ideias que culminaram no art. 231 não se pode ignorar a necessidade a hermenêutica da interpretação histórica da Constituição tendo em vista que há uma dívida com os povos indígenas que pretendeu ser reparada pelo legislador constituinte a partir da valorização das diferenças e da diminuição das desigualdades.

Por fim, gostaria problematizar um fato recorrente na atuação do judiciário naquilo que diz respeito à generalização dos indígenas, decorrente do *modus operandi* universal e abstrato predominante no Direito, que está longe de retratar a realidade multicultural do Brasil. Ao trabalhar com a categoria “indígenas” o direito perde muito da discussão efetiva que se deveria travar. É preciso, paulatinamente, vez que o tempo do Direito é lento e o ambiente refratário às inovações, começar a abandonar a pressuposição de uma unidade indígena plena, cabível a toda as ocasiões. Entremeadas às questões que denominamos indígenas há uma riqueza de questões de diferentes povos, há um sem número de maneiras de resolver a mesma questão em etnias diferentes, pois antes de existirem as por nós chamadas de “questões indígenas” existem as questões Pataxó, as questões Guarani, as questões Xacriabá, as questões Pankararu, as questões Zoé, as questões Ashaninka, etc.

Conferir tratamento generalizante às judicializações dessas questões pode significar que se esteja agindo com justiça, em conformidade com a lei – instrumento operacionalizado a partir de categorias genéricas a fim de atingir o maior número

<sup>18</sup> Anais da Constituinte de 1987/1988. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/AP\\_Apresentacao.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/AP_Apresentacao.asp)>



de indivíduos, mas não significa que se está a agir com justiça. Fazer justiça aos povos indígenas exige uma alteridade quase que radical, uma alteridade que nos desautoriza a aplicar a máxima de que é preciso nos colocarmos no lugar do Outro, uma vez que há Outros tão singulares que em cujo lugar, sequer, somos capazes de nos colocarmos. Isso passa por conceber a ideia de que não compartilhamos do mesmo horizonte normativo, tampouco compartilhamos a mesma epistemologia. O antropólogo Eduardo Viveiros de Castro que desconstrói o axioma descartiano que afirma “Penso, logo existo” - sob a qual fundamos toda a nossa racionalidade moderna - e a reconstrói nos termos “o Outro existe, logo ele pensa”. Isso, trazido para a vivência jurídica e política das questões significa dar voz, ou pelo menos, pensar estratégias de como começar a dar voz efetiva a esse Outro que é forçosamente calado diante da estrutura elitista e eurocêntrica<sup>19</sup> do Direito.

Fazer justiça a esses povos requer um exercício de alteridade que permita, inclusive, uma coprodução legislativa, que longe de ser uma ideia utópica é, antes, o cumprimento de uma normativa internacional da qual o Brasil é signatário, a Convenção 169 da OIT. Isso também é necessário no âmbito do processo judicial. Não se pode fazer justiça pressupondo que há o compartilhamento de horizontes normativos, de significados e significantes quando não há sequer o compartilhamento da mesma comunidade linguística.

É preciso vigilância para com aquilo que a *Escola de Annales* chamou de “História dos Vencedores”. No Brasil a história oficial – e aqui incluo a história do Direito – foi escrita, em grande parte, pelos setores economicamente dominantes das classes sociais. Trazendo essa análise para a história da escrita das leis veremos que as teorias e as práticas processuais foram majoritariamente pensadas pelo

---

<sup>19</sup> Entende-se como pensamento eurocêntrico o conjunto de valores e concepções de mundo físico e metafísico imposto pelos europeus quando do seu confronto com os não-europeus, em especial a partir de 1492. Quando a Europa pôde se definir como “ego” descobridor, conquistador e colonizador da alteridade. O eurocentrismo interfere, especialmente, no processo de formação da subjetividade moderna e tem seu ápice, segundo Enrique Dussel, quando Descartes exprime definitivamente o eu penso no Discurso do método. O eurocentrismo é também um pensamento preenhe de idéias desenvolvimentistas, dialeticamente lineares de diversos âmbitos do conhecimento e, principalmente, ao que tange a história mundial. afirmou Hegel que “A história universal vai do Oriente para o Ocidente. A Europa é absolutamente o fim da história universal. A Ásia é o começo.” Excluídas da história África e América Latina eram habitadas por homens cuja consciência ainda não chegara à intuição de nenhuma objetividade – como o eram para os europeus, Deus e a lei. Latino americanos e africanos eram exemplares do homem em estado bruto. afirma Dussel que perante esta Europa ninguém poderá pretender ter qualquer direito, cita Hegel: “Porque a história é a configuração do Espírito em forma de acontecimento, o povo que recebe um tal elemento como princípio natural [...] é o povo dominante nessa época da história mundial [...] Contra o direito absoluto que ele tem por ser o portador atual do grau de desenvolvimento do Espírito mundial, o espírito dos outros povos não tem direito algum.” O eurocentrismo é a imposição de uma particularidade – a europeia – a outras particularidades, com pretensão de universalidade. (HEGEL. Lecciones sobre la Filosofía de la Historia. Revista de Occidente, Buenos Aires, 1946, t. I. p. 187; 218; HEGEL. Lecciones sobre la Filosofía de la Historia. Revista de Occidente, Buenos Aires, 1946, t.II. p. § 346; § 347. Apud: DUSSEL, Enrique. 1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 7-26).

que convencionou chamar de elite intelectual de juristas – o que, no Brasil, se distancia pouco da elite econômica - da qual os índios estão a larga distância<sup>20</sup>.

Podemos observar isso acontecendo quando o aplicador do direito opta por uma interpretação restritiva de direitos baseando-se apenas no Estatuto do Índio sem, contudo confrontá-lo com o conceito constitucional. O Estatuto, embora ainda vigente, está ultrapassado por diversos conceitos que a CF abraçou. Fazer essa interpretação em conformidade com os preceitos constitucionais não requer romantismo ou idealizações, apenas requer que haja um compromisso do jurista em compreender que está diante de uma relação interétnica que enseja um cuidado para além da lógica kelseniana Direito.

Esse é o desafio que se nos apresenta, decisões judiciais que possam – em prol da justiça – ser contra o Direito da letra fria da lei. Fazer justiça a esses povos é ter vigilância e consciência de que monopolizar a chave interpretativa das visões de mundo não é o melhor caminho para a dissoluções de litígios de uma sociedade pluriétnica como a nossa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALFONSIN, Jacques Távora et al. *Negros, Índios no Cativeiro da Terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 30ª Ed. Editora Malheiros, 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/ FAPESP, 1992.

<sup>20</sup> É preciso ressaltar, visto a pouca abordagem do assunto - em especial no campo do direito - que a historiografia oficial, em geral, não reconhece a existência de complexas organizações sociais das diversas nações indígenas que no Brasil viviam antes da chegada dos portugueses, bem como os sistemas jurídicos por elas estruturados, suas compreensões de matrimônio, propriedade, família, delito, etc. Suas práticas jurídicas não-oficiais e o pluralismo jurídico comunitário existente nas reduções indígenas constituíram formas autênticas de um “Direito insurgente, eficaz, não-estatal” Essas formas de organização nada tinham a ver com o Direito Estatal, porque eram a expressão de uma sociedade sem Estado cujas formas de poder eram legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais oficiais. Mesmo em historiadores cuja visão eurocêntrica já se encontra bastante relativizada é possível encontrar traços que remontam às idéias de que a cultura dos povos ameríndios – e de outros povos sem escrita – é menos evoluída. Ainda que defenda a idéia de que “o nível da evolução jurídica de certos povos que se servem da escrita pode ser menos desenvolvido do que certos povos sem escrita”, veja-se o que diz John Gilissen: “[N]o momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições civis existem já, nomeadamente o casamento, o poder paternal e ou maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo. [...] O estudo dos povos sem escrita constitui ainda o melhor meio para nos darmos conta do que pode ser o direito dos povos da Europa na sua época pré-histórica. [...] não se pode negar que esses direitos sejam profundamente místicos e por conseqüências irracional”. Encontram-se aqui diversas idéias bastante questionáveis como “entrar na história”, “evolução”, “direito místico”.

- 
- DUSSEL, Enrique. *1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- LACERDA, Marina Basso. *Ocupações como manifestação legítima do direito de resistência - caracterização e fundamentação constitucional*. *Revista Captura Crítica: direito, política, atualidade*, Florianópolis v. 2, p. 181-206, 2009.
- MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Textos Clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1994.
- MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. “Índios e Direito: o jogo duro do Estado”. In: *Negros, Índios no Cativeiro da Terra*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1989. p. 8.
- MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: Seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912; OLIVEIRA, João Pacheco de. (Org.) *Sociedades Indígenas & Indigenismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero e Editora UFRJ, 1987.
- SANTANA, Carolina Ribeiro. “*Pacificando*” o direito: desconstrução, perspectivismo e justiça no direito indigenista. Dissertação de Mestrado, PUC-RJ. Disponível em:< <http://pucrio.summon.serialssolutions.com/#/search?ho=t&q=CAROLINA%20RIBEIRO%20SANTANA&l=br>>.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

---

# Construção de usinas hidrelétricas e povos indígenas afetados

---

Ilan Presser – Juiz Federal em Cuiabá

## INTRODUÇÃO: COLISÃO ENTRE DESENVOLVIMENTISMO E SUSTENTABILIDADE

A demanda por energia elétrica no país é crescente. Diante da necessidade de ampliação do parque de geração, transmissão e distribuição discutem-se tanto a escolha quanto a prevalência das fontes de geração de energia. Os critérios à seleção são embasados em uma série de variáveis como o caráter renovável da energia, o custo, a sazonalidade da geração, entre outros.

Diante disso, a União<sup>1</sup>, embora não deixe de considerar a utilização de fontes de geração de energia que podem vir a ter maior viabilidade no futuro - a partir de sua utilização em escala e aprimoramento da tecnologia - como a solar, eólica e das marés, ainda prioriza, na matriz brasileira, a construção de usinas hidrelétricas. E, como há um potencial de geração nas bacias hidrográficas da Amazônia, em locais em que há várias terras indígenas já demarcadas, tem ocorrido casos em que os empreendimentos causam influências sobre terras indígenas, máxime no que se refere a grandes hidrelétricas.

Nesse cenário, de colisão, entre o direito essencial de continuidade do abastecimento de energia elétrica, e os direitos dos povos indígenas, se descortina um hard case uma vez que vários princípios constitucionais demandam cedência

---

<sup>1</sup> A Constituição Federal estabeleceu que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, b). Afirma ainda que os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento e, dessa forma, pertencem à União (art. 176), podendo o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos ser efetuado mediante autorização ou concessão da União (art. 176, § 1º).

recíproca para possibilitar uma concordância prática que seja apta a não aniquilar o núcleo essencial de nenhum dos direitos.

A harmonização deve ser feita no contexto da esfera pública: ou seja, faz-se necessário um debate, em uma lógica pós-positivista, com discursividade e comunicação, para que seja possível alcançar uma solução negociada para o choque entre o desenvolvimentismo e a sustentabilidade dos povos indígenas.

Nesse eito, poderão ser identificados e mitigados os efeitos indiretos da construção, e do funcionamento, do empreendimento e afastados os riscos previsíveis - tanto às comunidades indígenas quanto ao meio ambiente. Assim, torna-se possível compatibilizar, de forma a possibilitar coexistência, os valores constitucionais do direito ao desenvolvimento da sociedade brasileira – a partir da necessária expansão do parque energético do país, com qualidade e modicidade nos preços - com a sobrevivência da comunidade tradicional, ante a devastação cultural e ambiental que pode ocorrer.

Tal discussão mostra-se necessária se o empreendimento for estabelecido dentro dos limites das terras indígenas ou - mesmo que o empreendimento seja localizado topograficamente fora do território demarcado - vier a afetar as comunidades, desde que haja conseqüências danosas em decorrência dos diversos impactos, diretos e indiretos, potencialmente causados pelo empreendimento aos índios<sup>2</sup>.

As externalidades negativas à população indígena podem ser diversas em razão da proximidade com a obra, como o comprometimento da qualidade da água dos rios, a redução da diversidade biológica, com pungentes riscos à sobrevivência e à saúde da população indígena. Sem falar nos danos potenciais às eventuais áreas sagradas, que - no momento de avaliação dos impactos e viabilidade dos empreendimentos - devem ser compreendidas em sentido amplo, como relevantes para as crenças, costumes, tradições, simbologia e espiritualidade das etnias, como preceituam os artigos 216 e 231 da Constituição<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> A norma que fixa o limite de 40 km, constante do anexo II, da Portaria Interministerial n. 419/2011, quanto à presunção de interferência da usina em terra indígena, a meu ver revela-se ilegal, pois restringe direitos sem o crivo do Poder Legislativo. A norma, feita de forma unilateral pelo Executivo, extravasou o objetivo de mera regulamentação e explicitação das leis vigentes.

<sup>3</sup> Um exemplo de área sagrada, afetada pelos recentes empreendimentos, é o "Salto Sete Quedas", que é lugar sagrado para os "Munduruku" e será afetado pelas sete usinas a serem construídas no Rio Teles Pires. O Salto das Sete Quedas contempla o Aspecto ecológico e reprodutivo, com reprodução de peixes migratórios e impacto da ictiofauna do rio Teles Pires, bem como o aspecto espiritual e sociocultural, em que o Salto é referência simbólica para os povos que habitam a região

É certo que a construção de usina à geração de energia elétrica também tem o condão de gerar externalidades positivas, ante uma cadeia de riquezas oriunda da infraestrutura material decorrente do complexo hidrelétrico, que não deixa de ter enorme potencial de alavancar a economia local, para além de sua finalidade precípua: a colaboração para a consolidação da matriz energética do País, que ostenta fundamentalidade para possibilitar o crescimento da economia do país.

## **DO MEIO AMBIENTE CULTURAL: PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E EQUIDADE INTERGERACIONAL**

Com a construção do empreendimento, ao mesmo tempo em que se alcança a possibilidade da geração de energia renovável e economicamente barata - permitindo-se a modicidade das tarifas – não se pode desconsiderar que há intervenção em elementos socioculturais de comunidades tradicionais e no meio ambiente.

Tanto o meio ambiente, quanto a cultura da comunidade, têm como princípios informadores a equidade intergeracional e a precaução. Tais princípios do direito ambiental podem ser emprestados à tutela dos povos indígenas, ante a relação peculiar que tais povos possuem com as terras que ocupam.

Insta asseverar que o elemento imaterial ou espiritual da cultura indígena é atavicamente ligado ao elemento territorial, seja pelo seu uso, seja pela sua ocupação.

Cumprido considerar que a utilização dos princípios do Direito Ambiental para as comunidades indígenas decorre do item 15 da ementa do *leading case* Raposa Serra do Sol em que se enfatizou “a relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente” já que “há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental”. Ademais, é certo que o direito ambiental abrange - além do meio ambiente natural, artificial e do trabalho - o meio ambiente cultural.

Disso dimana que, inelutavelmente, o meio ambiente sadio e equilibrado tem relação mutualística com a existência dos povos indígenas. Da essencialidade da preservação à sobrevivência e reprodução, física e cultural, decorre a utilização dos princípios ambientais supracitados.

O princípio da solidariedade intergeracional do Direito Ambiental é previsto no inciso IV do §1º do art. 225 da Constituição Federal<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A razão de tal previsão é a constatação de que a maioria dos danos causados ao meio ambiente e à cultura dos povos indígenas são irreversíveis. E, por via de consequência, com os danos ambientais, os danos socioculturais da comunidade indígena. Portanto, diante do duvidoso, deve prevalecer o meio ambiente cultural equilibrado e a higidez do modo de vida da comunidade indígena afetada, em detrimento do lucro.

Nessa seara deve ser trazido à baila o ditado popular de que “o seguro morreu de velho”; ou ainda de que é melhor “prevenir a remediar”. Com efeito, não se pode tolerar que o Poder Judiciário inicialmente se abstenha de impedir a destruição de um modo de vida de minorias, para depois da construção, e finalização do empreendimento, alegar a perda de objeto da demanda ante o fato consumado. Primeiro se refuta o provimento do pedido da tutela de urgência, para depois se confirmar a já previsível negativa de tratamento adequado ao bem jurídico constitucional.

Insta assinalar que a recomposição específica do dano ambiental – assim como do dano sociocultural – revela-se incerta e penosa. Por isso, fica autorizada a afirmação de que, além da invocação da equidade intergeracional, sem a utilização do princípio da precaução, além de um malferimento dos artigos 216 e 231 da Constituição, corre-se um risco de etnocídio da minoria dos índios pela sociedade envolvente.

Nessa quadra, não se pode ignorar a assertiva de que a vontade da Constituição é de preservação e fomento do multiculturalismo; e não da produção de um assimilacionismo e integracionismo, de matriz colonialista, impostos pela vontade da cultura dominante em detrimento dos modos de criar, fazer e viver dos povos indígenas (art. 216, II, da Constituição).

Por isso, não pode o empreendedor, como medida de compensação aos impactos da obra, se limitar a construir casas populares, escolas, postos de saúde e alardear que a usina trará benefícios à coletividade, como tem sido feito em alguns grandes empreendimentos em regiões antropizadas da Amazônia, como Jirau e Santo Antônio, em Rondônia, Belo Monte, no Pará, e o complexo de sete usinas no rio Teles Pires, em Mato Grosso<sup>5</sup>.

---

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (grifos nossos)

<sup>5</sup> É certo que as novas usinas como Jirau, Santo Antônio e Belo Monte são da espécie “a fio d’água”, também denominadas de “sem reservatório”. Na prática, a área alagada é diminuta. Por isso, na época em que não há chuvas quase não há geração, já que não há um grande estoque de água. Tudo isso contribui para diminuir o impacto sobre as comunidades tradicionais, mas não tem o condão de eliminá-lo.

Já no que se refere à precaução, em um contexto da delicada e complexa tarefa da busca de equilíbrio e conformação entre os valores já mencionados no item anterior - do desenvolvimento com a sustentabilidade do meio ambiente cultural sadio - com preservação de direitos dos povos indígenas, torna-se também imperioso assinalar que este princípio tem a lógica de que se existir incerteza científica e, em decorrência, ausente segurança das prováveis conseqüências de uma atividade, há de se repensar ou, no mínimo, adiar tal atividade.

Tal princípio foi originariamente previsto no Princípio n.º 15 da Declaração do Rio de 1992<sup>6</sup>.

Nesse contexto, a meu ver, se mostram ilógicas e açodadas, do ponto de vista do princípio da precaução, expedições de licenças, realização de leilões, se ainda não foram envidados esforços para sanar desconformidades em relação a povos indígenas - que possuem ligação peculiar com o meio ambiente natural - como exige o princípio da precaução. Tal comportamento faz tábula rasa da necessidade da proteção de minorias pelo Poder Judiciário, cuja necessidade em uma democracia foi ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 477554<sup>7</sup>, em um cenário de jurisdição constitucional coletiva e histórica.

A necessidade da preservação de um multiculturalismo, que garante a existência da comunidade indígena, está positivada nos itens 9 e 10 da ementa do julgado paradigmático, exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no supracitado caso Raposa Serra do Sol em que restou consignado que o desenvolvimento sempre deve levar em conta os direitos dos índios a partir da efetiva consideração do modo de vida das minorias<sup>8</sup>

<sup>6</sup> “Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental”. (grifos nossos)

<sup>7</sup> Ao julgar o referido que recurso sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a Corte ressaltou o tópico da proteção de grupos vulneráveis na democracia representativa: “A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.”

<sup>8</sup> 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que



Nesse diapasão, para a Suprema Corte pátria, forçoso concluir-se que se tem por inconstitucional desenvolvimento sem ou contra os índios. Tal conduta ignora a Constituição intercultural, que não aceita a dominação pelo pensamento unívoco da cultura hegemônica e impõe uma Administração Pública dialógica, máxime com grupos minoritários.

Por isso, o Poder Judiciário não pode, tão somente calcado no pretexto da necessidade de desenvolvimento célere, ignorar o marco regulatório vigente à construção de usinas - mormente a Resolução 01/86 do CONAMA e o princípio da precaução - quando haja povos indígenas afetados.

E a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem se atentado aos impactos socioambientais das usinas hidrelétricas.

Com efeito, o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no que se refere à usina hidrelétrica Teles Pires, censurou a apressada política governamental, que desconsidera o supracitado princípio da precaução, bem como, a possível interferência nas comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká<sup>9</sup>.

lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundivências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

<sup>9</sup>CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. LICENÇA DE INSTALAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EIA/RIMA VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT). ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CONCESSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI Nº. 8.437/92 E AO ART. 63 DA LEI Nº. 6.001/73. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROLE JUDICIAL DO ATO IMPUGNADO EM SEDE DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. DESISTÊNCIA RECURSAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DIFUSO. INDEFERIMENTO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. EMPREENDIMENTO HIDRELÉTRICO DE ABRANGÊNCIA REGIONAL. PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO E DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. REJEIÇÃO.

(...)

IX - Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege,

está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrer situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio +20).

XI - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

XII - Na hipótese dos autos, a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia Legal (Municípios de Paranaíta/MT, Alta Floresta/MT e Jacareacanga/PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º).

XIII - De ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, o EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires fora elaborado pela empresa pública federal - EPE, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com capital social e patrimônio integralizados pela União (Lei 10.847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º), totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração Econômica (PAC) do Poder Público Federal, que é o empreendedor, o proponente e o executor desse projeto hidrelétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do IBAMA, como órgão da administração indireta do próprio Governo Federal. Nesse contexto, o licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na Região Amazônica, é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput).

XIV - Agravo de instrumento desprovido, para restabelecer a eficácia plena da decisão recorrida, na dimensão do artigo 512 do CPC. Numeração Única: AG 0018341-89.2012.4.01.0000 / MT; AGRAVO DE INSTRUMENTO, r. Des. Fed. Souza Prudente, 10/08/2012 e-DJF1 P. 823, (grifos nossos)

Ainda, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, recentemente, também não se furtou em reconhecer a necessidade de consideração pelo Poder Judiciário da preservação do modo de vida das comunidades indígenas afetadas, na hipótese de construção de usinas hidrelétricas, em caso que se refere à UHE Mauá<sup>10</sup>. Para

<sup>10</sup>AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO. UHE MAUÁ. COMUNIDADES INDÍGENAS. AFETAÇÃO. COMPROVAÇÃO. PODER JUDICIÁRIO. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ENTIDADE ATRIBUÍDA. IBAMA. VALOR DA CAUSA. CRITÉRIOS OBJETIVOS. MPF. INTERESSE DE AGIR. NULIDADE PROCESSUAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. DANO MORAL COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXTENSÃO. AMPLITUDE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROVA DA MÁ-FÉ. INEXISTENTE. TERMO DE REFERÊNCIA. EIA/RIMA. EXISTÊNCIA. CADASTRO TÉCNICO FEDERAL. CANCELAMENTO. DESNECESSIDADE.

1. Havendo elementos probantes seguros acerca da influência indígena na região de instalação da Usina Hidrelétrica de Mauá, sobretudo na Bacia do Rio Tibagi, prudente se apresenta o reconhecimento da irregularidade tópica na obtenção do licenciamento ambiental pela entidade empreendedora do complexo, que desconsiderou os gravames (ou alterações do modo de vida e das tradições) incidentes sobre as comunidades indígenas atingidas (Mococa, Queimadas, Apucarantina, Barão de Antonina, São Jerônimo, Pinhalzinho, Laranjinha e Yvyaporã-Laranjinha).

2. Verificada a influência das obras da UHE Mauá sobre área indígena, não há como afastar a possibilidade de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da necessidade de preservação das respectivas culturas, uma vez que a CRFB, em seu artigo 231, assevera que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

3. Não cumprindo a União com o seu dever constitucional de demarcar áreas indígenas (aliás, inobservando prazo constitucional - artigo 67 do ADCT), cabe ao Poder Judiciário atuar em prol dos direitos fundamentais das comunidades impactadas por relevante empreendimento energético, na forma do artigo 5º, XXXV, da Carta Política.

4. A intervenção judicial, em hipóteses tais, encontra amparo tanto na CRFB, quanto em norma internacional convencional que se compatibiliza com os preceitos da Carta Magna pátria (Convenção OIT n. 169).

5. Apurada a existência de reflexos das obras de instalação da UHE Mauá sobre áreas indígenas e reconhecido que a localidade objeto de estudo se caracteriza como território indígena, sobleva-se a atribuição do IBAMA para o respectivo licenciamento ambiental, nos termos da Lei n. 6.938/1981 e da Resolução CONAMA n. 237/1997, interpretadas na esteira da CRFB (sobretudo quando verificadas irregularidades no licenciamento levado a efeito por entidade ambiental estadual).

6. Quando a valoração da causa encontra amparo em documentos acostados aos autos, denotando a observância, pelo autor, de critérios objetivos na apuração dos reflexos econômicos da demanda, inexistente ofensa às disposições do artigo 259 do CPC.

7. O provimento jurisdicional postulado pelo autor é útil (pois os efeitos da sentença prolatada vão ao encontro da proteção do meio ambiente e da comunidade indígena impactada) e necessário (pois inexistente meio menos invasivo de obtenção do resultado prático equivalente). Há, portanto, interesse de agir, na forma do artigo 3º do CPC.

8. A razão de ser do ajuizamento da demanda originária está contida nas irregularidades verificadas na obtenção do licenciamento ambiental (UHE Mauá) pelas partes envolvidas. Ou seja, havendo indícios de ilegalidade (ou ausência de juridicidade), não há como deixar de reconhecer o interesse de agir do autor e a plena viabilidade de exame judicial da matéria (inteligência, ademais, do enunciado n. 473 da súmula de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal).

9. A utilização de elementos de convicção não constantes dos autos como mera forma de reforço de argumentação não ofende o contraditório e a ampla defesa, mormente quando a fundamentação esta baseada, à exaustão, em provas produzidas em contraditório judicial.

10. Verificada a omissão da empreendedora em abranger, nos estudos prévios, os impactos do empreendimento sobre o modo de vida das comunidades indígenas atingidas, mostra-se de rigor a respectiva condenação ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais coletivos, pois inexistente causa excludente de responsabilidade na situação concreta em apreciação.

11. A natureza da responsabilidade reconhecida na origem, ademais, é objetiva, consoante redação expressa

o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Poder Judiciário não pode se furtrar a fiscalizar um licenciamento possivelmente feito de forma viciada, como ocorreu no caso supracitado da Usina Hidrelétrica Mauá, conforme se denota da leitura dos itens 1 e 10 de sua ementa.

### **(C) DA SUSPENSÃO DE LIMINAR**

Ocorre que, as decisões de mérito do Poder Judiciário, quando tem o condão de gerar a paralisação do empreendimento, não têm sido efetivadas concretamente já que o Poder Público, nos grandes empreendimentos hidrelétricos tem lançado mão do instrumento jurídico da suspensão de liminar e, dessa forma, conseguido sobrestar a eficácia das determinações judiciais<sup>11</sup>.

do artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981.

12. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si considerados).

13. Quando a fixação do quantum indenizatório está em acordo com a extensão do dano moral coletivo, inviável a respectiva redução, sob pena de ofensa à legislação ordinária, à revelia de base fática ou axiológica.

14. A extensão subjetiva do dever de indenizar decorre das disposições expressas do artigo 927, caput, do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

15. A mera cumulação de cargo público e função em Conselho Fiscal de entidade privada, por si só, não é suficiente para impor ao administrador o sancionamento delineado na Lei de Combate à Improbidade Administrativa, pois o próprio Supremo Tribunal Federal, em julgado paradigmático, já indiciou a regularidade de atuação cumulativa em hipótese similar (ADI n. 1.485/DF).

16. Para o reconhecimento do atuar ímprobo, faz-se necessária a demonstração concreta, em juízo, da má-fé do agente público, sob pena de indesejada responsabilização objetiva. Precedentes.

17. A normatização ambiental de regência (Resolução CONAMA 01/1986, artigo 6º, parágrafo único; e Resolução CONAMA 237/1997, artigo 10, I) não faz menção a “Termo de Referência”, referindo-se apenas à definição, pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais necessários para analisar a viabilidade ambiental do projeto, devendo o órgão ambiental competente fornecer informações adicionais que se fizerem necessárias.

18. Embora tenham sido reconhecidas deficiências em EIA/RIMA (sobretudo por conta da incorreta definição da área de influência do projeto da UHE Mauá, especialmente no tocante aos impactos sobre as populações indígenas e sobre os levantamentos de impactos sobre a qualidade da água e o abastecimento dos municípios da Bacia do Tibagi), não há necessidade de reconhecer-se a inexistência do próprio documento ou a nulidade do despacho ANEEL n. 433, uma vez que o próprio IBAMA, por meio de Informação Técnica, assegurou que os limites definidos no Estudo não são imutáveis.

19. A atualizada redação do artigo 11, caput, da Resolução n. 237/1997 do CONAMA expressa que “os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor”. Ou seja, não mais se exige que a equipe técnica responsável pelo projeto seja independente do proponente. Apelação Cível, 5012980-68.2012.404.7001, Terceira Turma, 04/09/2013 (grifos nossos).

<sup>11</sup> São exemplos de decisões, proferidas pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que suspenderam decisões de mérito, exaradas em sede de tutela de urgência, para as usinas situadas no Rio Teles Pires, as suspensões de números: 0018625-97.2012.4.01.0000/MT, 0058115-92.2013.4.01.0000/MT, 0045964-25.2011.4.01.0000/MT, 75395-76.2013.4.01.0000 e 0075520-44.2013.4.01.0000/MT, cujo teor da decisão, bem como acompanhamento do andamento processual, pode ser consultado na página do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Ainda, nas suspensões de liminar de números 722, 723, 724 e 726, o Presidente do Supremo Tribunal Federal,

O instrumento da suspensão de liminar possibilita uma contracautela a decisões de mérito e é previsto no art. 4º da lei 8437/92 e no art. 15 da lei 12.016/09. Em linhas gerais a ação de impugnação permite que o Presidente do Tribunal - em caso de interesse público, ou ilegitimidade, da decisão jurisdicional, para atender aos objetivos de impedir uma grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas - pode suspender a decisão de mérito até o trânsito em julgado da demanda.

Ou seja, com base em cláusulas gerais, e conceitos jurídicos indeterminados, cuja interpretação é difusa, e subjetiva, a lei permite que seja excepcionado o princípio do juiz natural, sem qualquer análise, pelo Presidente da Corte, da questão de fundo posta na demanda. Em caso de deferimento da suspensão não se cassa a decisão sobrestada. Ao revés, apenas se torna ineficaz seu comando até que a demanda transite em julgado (ou o Supremo Tribunal Federal profira decisão, nos termos da súmula 626<sup>12</sup> daquela Corte).

Por isso, há severas críticas da doutrina ao instrumento de impugnação, como, por exemplo, advindas do Desembargador Federal Souza Prudente para quem “a esdrúxula figura da suspensão de segurança, nascida nas entranhas da lei 4348, de 26 de junho de 1964, no liminar sangrento da ditadura militar, visando amordaçar a magistratura independente do Brasil na truculência do regime de exceção que ali se instalava (...)”<sup>13</sup>.

A prova de que a utilização do instrumento é aberta, e pode ser invocada em diversos cenários, é que, no que se refere ao tema do presente artigo, além das suspensões de liminares que paralisam as usinas hidrelétricas, recentemente o Procurador Geral da República entrou com pedido de suspensão no Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup> com o pleito de que seja suspensa uma decisão, que deferiu outro pedido de suspensão, obstativa do licenciamento.

Assim, referido pedido de suspensão visa a conferir eficácia paralisante à suspensão deferida no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para que seja revigorada a eficácia da decisão liminar de mérito, de minha lavra, que suspendeu

---

suspendeu decisão de mérito colegiada, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que determinou paralisação de obras da usina Teles Pires. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=249462>)

<sup>12</sup> “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”

<sup>13</sup> PRUDENTE, Antônio Souza. “O terror jurídico da contracautela de suspensão de segurança e a proibição do retrocesso ecológico-ambiental” Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v.25 n. 9/10, set/out 2013.

<sup>14</sup> Trata-se da Suspensão de Liminar número 797 que ainda não tem decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

o licenciamento da usina São Manoel, para proteger índios isolados<sup>15</sup>. Ou seja, fica autorizada a conclusão de que a suspensão é um “abracadabra jurídico”: tanto é manejada com o intento de permitir o andamento do empreendimento, quanto para que seja restaurada a decisão que o suspendeu.

Nesse contexto dimana que uma discussão jurídica, contida em ação civil pública, sai da esfera do juiz natural, dos recursos ordinários aos desembargadores do Tribunal, para se situar tão somente em decisões monocráticas de suspensão de liminar, de natureza política, seja pelo Presidente do Tribunal Regional Federal, seja pelo Presidente dos Tribunais Superiores.

Ambas as partes se valem de um instrumento, que não está centrado nos fatos e provas objeto da demanda para se chegar a uma conclusão, mas tão somente no aspecto metajurídico incrustado nas cláusulas gerais vistas acima<sup>16</sup>.

Com isso, uma decisão monocrática muitas vezes tem validade até a finalização da construção da usina, sendo que, na prática, a demanda judicial acaba por perder o seu objeto, uma vez que eventual dano sociocultural não poderá mais ser contido.

## **(D) DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO**

O Poder Judiciário precisa impedir referida perda de objeto da demanda.

Já dizia Rui Barbosa que a justiça que tarda não é mais justiça, senão rematada e manifesta injustiça. Por isso, as questões postas nos autos não podem se resolver em futuras compensações meramente patrimoniais, diante da irreversibilidade da construção do empreendimento, com a assunção inconstitucional do risco da consumação de uma destruição da integridade étnica, culminando-se em crônica de uma tragédia anunciada.

<sup>15</sup> O processo tramita na Primeira Vara Federal de Cuiabá, sob o número 17643- 16.2013.4.01.3600.

<sup>16</sup> Por isso o Desembargador Federal faz duras críticas ao instrumento “De ver-se, assim, que o texto normativo em referência estrangular, com requintes de crueldade, a garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica, em tons de violência autoritária, próprios dos regimes ditatoriais, anulando-se o juízo natural das instâncias judiciais singulares e colegiadas (CPC, art. 512)1, com o propósito indisfarçável de enfraquecer e intimidar os magistrados do Brasil, ao restabelecer o império do juízo de exceção na suspensão de segurança, no âmbito monocrático das decisões presidenciais de nossos tribunais, que só tardiamente se manifestam em sessão de julgamento colegiado sobre essas suspensões, quando já se tornam irreversíveis e com danos irreparáveis ao interesse público, ante situações de fato consolidadas pelo decurso do tempo no processo. Aniquila, ainda, a segurança jurídica que resulta das decisões colegiadas dos tribunais de apelação, que não mantenham essas odiosas suspensões, anulando-se o fenômeno preclusivo das referidas decisões, a permitir, qual “fênix malignamente renascida”, a reedição da mesma pretensão de segurança perante a presidência dos Tribunais Superiores (STJ e STF).” “A suspensão de segurança como instrumento agressor dos tratados internacionais e convenções internacionais sobre direitos humanos”. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v.26 n. 5/6, mai/jun 2014. Disponível em <http://www.editorajc.com.br/2014/05/suspensao-seguranca-instrumento-agressor-tratados-internacionais/> consulta em 6/9/2014.

Estas eventuais indenizações, seja para os índios, seja para um possível arrematante, além de sua insuficiência à proteção do bem jurídico, ainda podem onerar o erário (já que o empreendedor e proponente do projeto, em grandes usinas que têm ido a leilão é, como regra geral a Empresa de Pesquisa Energética<sup>17</sup>, ente público).

Cumpra assinalar, no que pertine à tutela do Poder Judiciário sobre direitos indígenas em hidrelétricas, que a interferência do Poder Judiciário, na decisão administrativa de licenciamento do empreendimento, reveste-se de excepcionalidade.

Nessa senda, não cabe ao magistrado sindicarmos o mérito do ato administrativo: a opção governamental pela matriz energética nacional.

Com efeito, a vontade do Poder Executivo, com legitimidade haurida do voto popular, em linha de princípio, é infensa à apreciação judicial. A conveniência de expedir licenças prévias e realizar os leilões com celeridade é, em linha de princípio, decisão pertencente ao órgão governamental.

É certo que, na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 45, somente cabe o exame do mérito dos atos e decisões administrativas em hipóteses excepcionais. Estas podem se dar em caso de grave afronta dos direitos de minorias, em que não pode o Poder Judiciário se abster de efetivar o seu papel contramajoritário, no contexto do paradigma pós-positivista, como ocorre no caso de violação de direitos socioculturais dos povos indígenas.

Ao revés, o Estado-juiz deve tão somente, resguardar interesses legítimos das partes afetadas (*stakeholders*): os povos indígenas, ribeirinhos e a coletividade

---

<sup>17</sup> Nota-se que o Estudo de Impacto Ambiental e Estudo do componente indígena têm sido elaborados pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE, empresa pública federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como ocorreu no complexo de usinas do rio Teles Pires, em Belo Monte e em Jirau e Santo Antônio. Esta leva o empreendimento já licenciado a leilão. A meu ver, de lege ferenda, embora haja permissão da lei para tal atitude, o ente responsável por licenciar é suspeito para realizar os estudos.

Cumpra assinalar que o Estado do Rio Grande do Sul disciplinou a matéria, em seu Código Estadual do Meio Ambiente, Lei estadual 11.570/2000 no art. 74: “O estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) serão realizados por equipe multidisciplinar habilitada, cadastrada no órgão ambiental competente, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados, não podendo assumir o compromisso de obter o licenciamento do empreendimento. § 1º. A empresa executora do EPIA/RIMA não poderá prestar serviços ao empreendedor, simultaneamente, quer diretamente ou por meio de subsidiária ou consorciada, quer como projetista ou executora de obras ou serviços relacionados ao mesmo empreendimento objeto do estudo prévio de impacto ambiental. § 2º. Não poderão integrar a equipe multidisciplinar executora do EPIA/RIMA técnicos que prestem serviços simultaneamente ao empreendedor”. (grifos nossos)”

No âmbito federal, quem verifica os impactos socioculturais do empreendimento é o empreendedor e o proponente da usina. Além da manifesta suspeição, uma vez que há interesse de avançar no empreendimento com celeridade, verifica-se ainda espaço para pressões políticas. Com isso, a impessoalidade e moralidade, insculpidas no art. 37 da Constituição Federal cedem a interesses pragmáticos de política governamental. Por isso, entendemos necessário que a legislação do Estado do Rio Grande do Sul também seja aprovada no âmbito federal.

atingida por eventual violação do direito difuso de um meio ambiente sadio e equilibrado, holisticamente considerado, inclusive sobre o prisma cultural, nos territórios indígenas. Ainda, cumpre tutelar os próprios investidores interessados no empreendimento que, em caso de grandes usinas hidrelétricas, têm adquirido o empreendimento no leilão já licenciado pela Empresa de Pesquisas Energética.

Isso porque, cumpre consignar que, após o desenrolar das fases do licenciamento, com a realização do leilão e continuidade das fases seguintes do processo de licenciamento, o governo afiança ao mercado que todas as etapas anteriores à licença, prévia, de instalação, ou operação, já foram superadas.

Por isso, de rigor que os impactos sobre os povos indígenas, comprovados por meio dos Estudos do Componente Indígena, e as mitigações a serem implementadas não sejam ignorados: estes devem ser adequadamente precificados pelo licitante.

## **(E) DOS INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA**

Nesse diapasão, em caso da produção de um dano socioambiental, é certo que este não virá somente em vilipêndio à vontade constitucional, máxime em seus artigos 216 e 231.

Há que se fazer referência ainda à ordem supralegal, nos termos de diplomas internacionais aplicáveis à espécie, de que o Brasil é signatário, como a Convenção 169/89 da OIT, *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, Convenção Internacional de Proteção ao Patrimônio Cultural Imaterial e o Protocolo de San Salvador, cujo descumprimento pode, inclusive, gerar a condenação da República Federativa do Brasil em instâncias internacionais.

Cumpre ressaltar ainda que não tem sido observados instrumentos de soft law, que contêm valor persuasivo, como as “Diretrizes Voluntárias Akwé: Kon”<sup>18</sup>, firmadas em 2004 durante a Conferência das partes da Convenção da Biodiversidade, e que foram adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como razão de decidir no caso “Povo Indígena Saramaka versus Suriname”.

Tais orientações revelam padrões internacionais mínimos para a elaboração de estudos de impacto às comunidades indígenas e povos tribais, seja nas esferas ambientais, sociais, culturais e econômicas.

<sup>18</sup> “As mencionadas diretrizes foram denominadas de Akwe: Kon que é o nome de uma expressão do povo Mohawk, “Akwe: Kon”, cujo significado é: “tudo na criação”, para enfatizar a natureza holística do instrumento proposto. As diretrizes Akwe: Kon terão que ser adaptadas a cada contexto e cada povo específico, mas representam um interessante padrão que pode ser útil na construção específica de diretrizes para cada caso.” [http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/?q=node/21](http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/21)



Ainda é preciso considerar o princípio 22<sup>19</sup> da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em que se consignou que os indígenas têm papel de centralidade na preservação ambiental e desenvolvimento sustentável. Ainda, se estipulou que os Estados Nacionais devem reconhecer e apoiar a preservação das identidades culturais.

Dos instrumentos de direito internacional à tutela dos direitos das comunidades indígenas destaca-se o direito de consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção 169/89 da OIT.

O direito das comunidades indígenas de serem consultadas quanto ao aproveitamento dos recursos hídricos em suas terras também tem supedâneo na Constituição.

Com efeito, o § 3º do artigo 231 da Constituição dispõe que “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

Além da Constituição, a Convenção nº 169/89 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/06/2002 e promulgada pelo decreto nº 5051, de 19/04/2004, garantiu a participação dos povos indígenas em ação que visa a proteger os seus direitos, nos termos de seus artigos 2º, 6º e 7º<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> “Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.”

<sup>20</sup> Art. 2º

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

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

(...)

Art. 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

(...)

Nesse diapasão, registre-se, por oportuno, que a Emenda Constitucional nº 45/2004 equiparou os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, às emendas constitucionais. A despeito da Convenção nº 169/89 da OIT não ter sido submetida ao referido quórum de votação, o STF firmou entendimento no sentido de considerá-la de caráter supralegal (RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, 03/12/2008).

Portanto, as disposições contidas na Convenção nº 169 da OIT garantem aos indígenas, como corolário lógico de suas disposições, o direito de consulta prévia e participação, bem como, o consentimento prévio e informado sobre a Usina Hidrelétrica.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos casos submetidos à sua apreciação, corrobora a necessidade de materializar os direitos de consulta e participação dos indígenas mediante consentimento prévio e informado. A esse respeito, as decisões da Corte, que corroboram referidos direitos, podem ser consultadas nos itens B e C do Capítulo IX<sup>21</sup> de obra que compila alguns de seus julgados.

Ainda no que se refere aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cumpre destacar o caso "*Saramaka vs. Suriname*", julgado em 2007. Neste caso houve concessão da exploração de recursos naturais em territórios indígenas, sem observância do direito de consulta prévia. A Corte censurou a conduta dos empreendedores, já que, ao restringirem direitos sobre os territórios das comunidades tradicionais deveria ter sido franqueada participação efetiva

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.
2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.
3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.
4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

<sup>21</sup> CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Capítulo IX: Derechos a la consulta y a la participación (p. 108-128). Disponível em:

<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2014.

das comunidades afetadas.

Outro caso que cumpre trazer à baila é o “*Xákmok Kásek vs. Paraguai*”, de 2010, em que a Corte consignou que, em hipótese de criação de reserva ambiental, com restrições aos povos indígenas, deve o Estado realizar o direito de consulta prévia para assegurar a efetiva participação dos povos afetados.

Em 2012, foi julgado o caso “*Kichwa de Sarayaku vs. Equador*”, em que o Estado autorizou extração e prospecção de petróleo em território indígena. Mais uma vez, a CIDH consignou a obrigação de realizar a consulta prévia, e dispôs que a efetivação do direito é indelegável.

Esse posicionamento também é previsto pela Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, nos seus Artigos 19 e 32, em que é reiterada a necessidade do consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas antes de os Estados tomarem decisões que possam afetar seus interesses.

Insta asseverar que um amplo processo democrático de participação popular convive não só com a possibilidade de ouvir, mas também de ter participação efetiva nas soluções que emergirão da soma de estudos técnicos completos, com a realização de audiências públicas posteriores. É isso que se espera de uma Administração Pública dialógica, atenta aos efeitos colaterais de suas políticas públicas sobre os chamados *stakeholders*, que são todas as partes afetadas pelo empreendimento.

Cumpre ainda elevar os estudos, necessários antes da expedição do licenciamento, a instrumento substancial de harmonização dos valores do desenvolvimento, com o direito das comunidades impactadas, e não mera formalidade - que teria o condão de acabar convertida em letra morta - justamente para permitir um debate qualificado sobre todas as externalidades a serem geradas pela usina hidrelétrica.

É preciso, por isso, também atentar para o conteúdo dos estudos. Por exemplo, cumpre desconsiderar, por ocasião da elaboração dos estudos, e efetivação da consulta prévia, as definições heterônomas, em que o grupo dominante adota conceitos restritivos de índios para induzir a utilização tacanha de uma razoabilidade de fachada, em que se confronta um pequeno número de índios, e as vantagens do empreendimento, em comparação com o risco de se ativarem as usinas térmicas, que são mais caras e poluentes<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Para evitar a suspeição e dados que não sejam fidedignos, fizemos referência supra à importância de que seja positivada, no âmbito federal, lei similar à vigente no Rio Grande do Sul em que o responsável pela elaboração dos estudos não pode ser dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto.

Da ordem natural das coisas dimana uma relação de prejudicialidade entre discussões prévias com as comunidades indígenas afetadas, a posterior confecção de Estudo do Componente Indígena, e, por fim, a discussão com a sociedade civil em sede de audiências públicas, anteriores ao licenciamento, dos custos e benefícios da obra.

Embora haja uma ordem lógica de consulta prévia, estudos e audiências públicas cumpre ressaltar que o procedimento não é estático. Das deliberações da audiência pública, ou da análise dos estudos, é possível retornar à fase anterior.

Malgrado o procedimento de consulta e elaboração dos estudos seja dinâmico, não se mostra possível a maleabilidade com relação à inversão das fases do licenciamento, no sentido de se avançar à fase seguinte sem cumprir os requisitos do momento anterior.

Isso porque há risco à preservação do direito das minorias. Assim, uma exigência da licença prévia não pode ser postergada para a licença de instalação para que se imponha uma aceleração da obra. E, nos grandes empreendimentos hidrelétricos, a postergação das exigências têm sido feita com base em uma lógica pragmática de respeito aos cronogramas da obra para que haja uma coincidência entre a disponibilização da geração, transmissão e distribuição<sup>23</sup>.

Não obstante a ordem de escalonamento dinâmico das fases, sem que se mostre possível postergar a tutela dos direitos para fases seguintes, verifica-se que o direito de consulta prévia sequer tem sido observado na construção de usinas hidrelétricas, donde se depreende que, nesses casos, não há outra saída que não a censura ao empreendimento pelo Poder Judiciário.

Do contrário, haverá malferimento do papel contramajoritário do Poder Judiciário, reforçado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de números 132 e 187.

Nota-se ainda que à realização da consulta prévia se impõe o respeito aos

<sup>23</sup> “Atrasos na conclusão de obras do setor elétrico como usinas e linhas já geram um prejuízo de ao menos R\$ 8,3 bilhões que está sendo assumido, em parte, pelo consumidor, aponta auditoria do Tribunal de Contas da União.” (...)”O problema, segundo o ministro José Jorge, que relatou o caso, é o descasamento entre os empreendimentos, o que faz com que a energia que um pode produzir não entre no sistema, gerando custos adicionais ao consumidor. É o caso das usinas de Jirau e Santo Antônio, do rio Madeira (RO), que estão com sua capacidade de geração reduzida porque a linha de transmissão não ficou pronta. Além do problema das usinas do Madeira, o TCU analisou outros dez casos em que houve descolamento nos cronogramas. O impacto financeiro disso -recebimento por um serviço que acabou não sendo prestado- foi de R\$ 8,3 bilhões, segundo o órgão.” *Jornal Folha de São Paulo*. Edição de 04/09/2014

princípios da ampla divulgação e publicidade, de maneira efetiva. E mais, é importante, que as comunidades indígenas participem de forma substantiva e efetiva: ou, em outras palavras, que possam ouvir e serem ouvidas, sob pena de tal participação ser apenas pró-forma, destituída, de qualquer essência.

Impende ainda trazer à baila o artigo 13 da referida Convenção, que exige dos órgãos governamentais - como o IBAMA, a FUNAI e a Empresa de Pesquisa Energética - o respeito para valores culturais do habitat ocupado pelos indígenas<sup>24</sup>. Já o item 2 do art. 15 assevera que em caso de direitos sobre recursos das terras indígenas deve ser assegurado o direito de consulta “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras”. O item 2 do art. 17 da Convenção também aduz que “os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade”.

O direito de consulta pode ser visto como concretização do paradigma neoconstitucionalista, pois, a um só tempo, resta concretizada: (a) a centralidade e força normativa da Constituição (art. 231, Par. 3º); (b) os direitos fundamentais à preservação do modo de vida das minorias são efetivados; (c) o Judiciário exerce o seu papel contramajoritário; (d) há uma lógica discursiva e argumentativa; (e) por fim, há aproximação do direito com a ética e justiça, e a superação do modelo positivista, em que o Direito se mostrava estanque, sem interdisciplinaridade com outras ciências.

A consulta visa à solução autônoma, com a obtenção de consentimento das comunidades indígenas afetadas. Em caso de discordância é preciso deliberar sobre mitigações e compensações do projeto. Por isso, não se pode admitir licença automática e apressada desconsiderando o marco regulatório constitucional e supralegal atinente a intervenções em terras indígenas.

O autogoverno é enfatizado por Letícia Borges da Silva, no que pertine ao direito de consulta ao aduzir que “Trata-se de um direito coletivo, pois a comunidade como um todo deve aceitar ou não, as propostas políticas ou econômicas travadas com ela, respeitando-se assim sua forma tradicional na tomada de decisão”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Artigo 13

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

2. A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

<sup>25</sup> SILVA, Letícia Borges da. Povos indígenas, direitos humanos e a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho). In: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos. Volume I. Curitiba: Juruá, 2006. p. 134.

Como a consulta não foi regulamentada e não tem sido realizada nos empreendimentos recentes sugerimos, para fins de regulamentação por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, parâmetros mínimos a serem observados por ocasião do exercício do direito de consulta.

A consulta deve ser feita diretamente aos povos indígenas e não indiretamente, através da FUNAI. O consulente deve ser o Poder Legislativo, seja porque fiscaliza os atos do Poder Executivo, seja por corolário lógico do supracitado Parágrafo 3º do art. 231 da Constituição. A coordenação dos trabalhos deve ser feita por comissão parlamentar temporária. Nada impede que uma perícia ou auditoria ofereçam subsídios para os responsáveis pela consulta.

A audiência deve ser feita na área afetada. Seja para que os parlamentares tenham contato com a realidade local, em que se almeja construir o empreendimento, seja para maximizar a possibilidade de participação dos membros das comunidades atingidas, o que se mostra apto a incrementar a legitimidade do processo.

Cumpra assinalar ainda que de nada adianta consultar se houver desconhecimento da realidade antropológica, econômica e social das comunidades que serão afetadas pelos impactos ambientais, por parte dos consulentes. Destarte, referida comissão precisa conhecer e ouvir a comunidade, além de realizar estudos antropológicos sobre os povos indígenas, para só depois avaliar os possíveis impactos, as mitigações e compensações, em uma lógica cautelosa e consequencialista.

O direito de consulta é corolário da democracia participativa em que a participação e a obtenção da informação, se revelam instrumentos à negociação e tomada de posição. Tal conduta gerará o que Robert David Putnam denominava de “capital social”: ou seja, a participação estimula a cooperação e a confiança, de todas as partes, em todo o processo relacionado ao empreendimento.

Após, o Congresso Nacional deverá publicar ato com a decisão sobre a autorização do empreendimento<sup>26</sup>.

Essa influência no processo decisório, seja para a instalação da usina, seja para deliberar acerca de mitigações e compensações, é direito fundamental dotado de estatura constitucional e suprallegal.

---

<sup>26</sup> Esse entendimento, em linhas gerais, também é compartilhado pela Desembargadora Federal aposentada Selene de Almeida, como se pode observar a partir da leitura do voto proferido nos autos da Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA (Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Rel. Acor. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.566 de 25/11/2011).

## **(F) DOS ÍNDIOS ISOLADOS**

Toda a argumentação expendida avulta no que se refere aos índios isolados. Com efeito, verifica-se que há comunidades que optaram pelo isolamento voluntário como estratégia de sobrevivência, em decorrência da traumática relação travada com não-índios.

A movimentação constante, nos arredores de terras indígenas, às detonações, prospecções e construção de barragens, pode provocar diversos efeitos indesejáveis, como especulação imobiliária, alcoolismo, prostituição e aumento da competição por recursos naturais, como já se verifica em algumas das usinas em construção. E, o grupo de índios isolados ostenta sensibilidade maior em relação a tais intervenções e efeitos colaterais, o que demanda um cuidado ainda maior por ocasião da decisão de construção do empreendimento.

Nessa quadra, pode ocorrer incremento de tensão entre os próprios grupos indígenas. E os isolados ostentam maior vulnerabilidade, bem como tal componente mostra-se capaz de acirrar ainda mais os conflitos socioambientais. Não bastasse isso, no grupo de isolados, há uma sensibilidade maior para contaminação com inúmeras doenças como leishmaniose, dengue, febre amarela, malária e outras, causando danos que podem provocar epidemias. Estas, por seu turno, podem reduzir significativamente o número de indivíduos desses grupos que, muitas vezes, já é diminuto.

Ainda, é fato incontroverso que a construção de uma grande usina tem o condão de, inexoravelmente, romper o isolamento e impactar direta e irreversivelmente os povos indígenas das terras indígenas próximas ao empreendimento, impedindo-se o direito das comunidades de conservar o autogoverno sobre o modelo de desenvolvimento que repute adequado<sup>27</sup>.

Se o Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado em seu informativo 233<sup>28</sup> entende que não se pode retirar um indígena de sua terra, temporariamente, para prestar depoimento em uma CPI, por que seria permitida, de forma permanente e inexorável, a ida dos brancos até a Terra Indígena para destruir, de forma irreversível, o

---

<sup>27</sup> É justamente por isso, que, conforme referido acima, o Procurador Geral da República, para proteger índios isolados, ajuizou suspensão de liminar, para restabelecer a decisão de primeiro grau, e impedir a continuidade do licenciamento, no Supremo Tribunal Federal.

<sup>28</sup> CPI e Intimação de Índio

Tendo em vista a proteção constitucional outorgada aos índios (CF, arts. 215, 216 e 231), o Tribunal deferiu habeas corpus impetrado em favor do Presidente do Conselho Indígena do Estado de Roraima para tornar sem efeito sua intimação para prestar depoimento, em audiência a ser realizada em Boa Vista, à CPI destinada a investigar a ocupação de terras públicas na região amazônica, sem prejuízo de sua oitiva na área indígena, em dia e hora previamente acordados com a comunidade, e com a presença de representante da FUNAI e de um antropólogo com conhecimento da mesma comunidade. HC 80.240-RO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 20.6.2001.(HC-80240)

habitat e os modos de criar, fazer e viver desses povos? Trata-se de um comportamento desproporcional em relação à jurisprudência da Corte Constitucional.

## **(G) CONCLUSÃO**

À guisa de conclusão, verifica-se que, no equilíbrio entre a sustentabilidade e o desenvolvimento, é preciso se valer do neoconstitucionalismo para realizar o sopesamento dos dois direitos em uma escala móvel de valores. Tudo para acomodar a necessidade do desenvolvimento com o direito das minorias.

É preciso considerar a Constituição como centro irradiador do ordenamento jurídico, com necessidade da efetiva concretização de direitos fundamentais, máxime a preservação do modo de vida grupos vulneráveis. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais é direcionada tanto ao Poder Público (Administração Direta e Indireta) quanto aos particulares, (licitantes do empreendimento) nos termos da denominada eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais (*Drtitwirkung*).

Ademais, a hierarquia entre os valores em choque não se dá com base nos interesses puramente econômicos da maioria; ao revés, cumpre contrapor a carga valorativa das normas e objetivos da democracia brasileira, positivados na Constituição vigente. É justamente com base nesse pilar democrático que se legitima o papel contramajoritário do Poder Judiciário, com esteio em uma racionalidade discursiva e argumentativa.

Em caso da construção de usinas hidrelétricas em terras indígenas é inadmissível, por violar os princípios da precaução, e solidariedade intergeracional, no meio ambiente cultural, a imposição da aceleração de um procedimento complexo de licenciamento, que ignore os impactos socioculturais, ante a irreversibilidade do dano a ser infligido a minorias.

É cediço que o Poder Judiciário não deve se substituir ao administrador na análise da conveniência e oportunidade ao decidir construir o empreendimento. Assim, o ato administrativo é sindicável do ponto de vista formal. Com essa consciência, é preciso que o Estado-juiz preserve direitos de minorias e, ao mesmo tempo, zele para que o resultado do processo se revele útil. Nesse diapasão, muitas vezes, é necessária a concessão da tutela de urgência, já que a demora na tramitação do processo pode ser apta a nulificar direitos fundamentais de minorias.

Por isso, a utilização do instrumento da suspensão de liminar é perigosa, já que se trata de instrumento processual com fundamentação vinculada, sem enfrentamento direto do mérito da demanda. Com base em cláusulas abertas é



---

possível obstar o cumprimento de decisões judiciais até o trânsito em julgado da demanda, quando, muitas vezes a usina já está construída.

Assim, a ação impugnativa da suspensão de liminar tem impedido o cumprimento pelo Poder Judiciário do seu papel de proteção das minorias, uma vez que suas decisões se tornam inexecutáveis. Nesse eito, calha à fiveleta recordar as palavras do escritor Joseph Joubert, para quem “A justiça sem força e a força sem justiça são duas grandes desgraças”.

O Direito Internacional também possui vários instrumentos de proteção aos direitos das comunidades indígenas, das quais avulta o direito de consulta prévia, livre e informada, previsto pela Convenção 169/89 da OIT, e que não tem sido observada nas usinas hidrelétricas que são construídas no Brasil.

O direito de consulta prévia reveste-se de fundamentalidade para evitar o dano sociocultural e ambiental, porquanto, como visto, este pode vir a se tornar irreversível, com o desenrolar das obras.

A depender do estado em que a obra chegar, as decisões judiciais sequer teriam o condão de gerar uma reparação específica aos interesses das comunidades tradicionais afetadas, de molde que podem vir a gerar dano sociocultural irreparável aos índios, mormente os isolados.

Em caso de se decidir pela construção de empreendimentos torna-se necessária, também, a ampla discussão de medidas mitigadoras, suficientes a excluírem, de plano, a necessidade de paralisação do empreendimento.

E toda a argumentação expendida ganha mais relevo no caso dos índios isolados, que representam grupo mais sensível às intervenções em regiões que afetem, direta ou indiretamente, os seus territórios.

Em suma, não se pode fazer vistas grossas a um possível fato consumado de destruição sociocultural.

Assim como em *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos, a cachorra Baleia sonhava, de forma inatingível, com seus preás, não se pode permitir que os povos indígenas, futuramente, ao recordar de seu passado, sonhem com um presente que já lhes seja impossível de se viver.

Não se podem relegar aos livros de História os elementos socioculturais de grupos que possuem modos de criar, fazer e viver diversos da cultura prevalente.

---

# Desafios na proteção da posse constitucional de terras indígenas

---

Julio José Araujo Junior<sup>1</sup> - Procurador da República em Volta Redonda

O presente artigo busca, a partir de uma breve análise histórica e dos principais atos normativos que trataram dos povos indígenas e da proteção de suas terras, ressaltar o paradigma inaugurado pela Constituição de 1988, apontando os caminhos por ela indicados quanto à não hierarquização dos grupos que compõem a sociedade brasileira.

Para tanto, confere ênfase ao pluralismo e ao critério da autoidentificação como definidor da identidade, bem como ao caráter originário dos direitos dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, impondo-se ao Poder Judiciário um papel singular no reconhecimento da posse dessas terras, independentemente da conclusão do processo demarcatório, e na garantia de equilíbrio entre as partes, considerando as especificidades dos grupos minoritários.

## **1. INTRODUÇÃO: A HOMOGENEIZAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE SUBTRAÇÃO DE DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS ÀS SUAS TERRAS**

O regime jurídico delineado na Constituição de 1988 representa a superação de um modelo apegado à homogeneização e à descaracterização de povos indígenas, o qual imiscuia esses grupos no ideal da mestiçagem para anular as diferenças ou qualquer tratamento jurídico especial.

O discurso da mestiçagem ou da descaracterização dos grupos indígenas como aculturados/civilizados sempre se relacionou, por um lado, a uma maneira de

---

<sup>1</sup> Atuou no ofício de defesa dos povos indígenas na Procuradoria da República no Amazonas. Membro do Grupo de Trabalho “Demarcação de Terras Indígenas”, da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Coordenador do Grupo de Trabalho “Povos Indígenas e Regime Militar”.

diluir a presença dos indígenas dentro de uma sociedade homogênea nacional<sup>2</sup>. Por outro, o esvaziamento da etnicidade e o não reconhecimento de grupos como indígenas, por meio da desqualificação e das sentenças “sujeito X é índio” e “sujeito Y não é índio” possuía uma forte relação com o interesse nas terras desses povos e na sua apropriação por não-indígenas.

A tentativa de desqualificar ou de promover uma dissociação entre indígenas “autênticos” e indígenas “aculturados” - logo não-índios e, por conseguinte, não merecedores do reconhecimento às terras que ocupam – sempre possuiu, ainda, forte ligação com a consolidação de um projeto específico de desenvolvimento que não contemplava a diferença nem as razões da proteção especial a grupos culturalmente diferenciados.

O embate permeia a história, podendo ser citados momentos emblemáticos, como foram a corrida por registros nos espaços tradicionais ocupados pelos indígenas após a lei de terras<sup>3</sup> e a consolidação do projeto de ocupação territorial durante a ditadura civil-militar.

## **2. HISTÓRICO DO TRATAMENTO DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA**

### **2.1 DO PERÍODO COLONIAL À DITADURA CIVIL-MILITAR. O PARADIGMA ASSIMILACIONISTA.**

O tratamento dos povos indígenas no Brasil é marcado por um longo período de leis esparsas durante o período colonial e o império, as quais representam a política de submissão dos então “silvícolas”, com um caráter discriminatório do ponto de vista religioso e cultural.

O projeto colonial buscava implantar a cultura europeia, as suas instituições e suas ideias numa extensa área, com condições naturais estranhas àquelas verificadas na Europa, em situações muitas vezes desfavoráveis e hostis, o que levou Sérgio Buarque de Holanda a considerar que éramos – e ainda somos - desterrados em nossa própria terra<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Gilberto Freyre, em *Casa Grande e Senzala*, sustenta que o contato entre portugueses e indígenas foi marcado por um equilíbrio entre antagonismos, por uma harmonização de contrários (a cultura mais atrasada e a cultura mais desenvolvida). Segundo o autor pernambucano, a atuação dos portugueses teria sido deletéria para os indígenas, sobretudo a dos jesuítas, mas teria sido bem menos impactante que a “fúria dos ingleses na América do Norte”, tendo dado tempo aos índios para perpetuar-se em “várias sobrevivências úteis”. Conclui que “suavizou-as aqui o óleo lúbrico da profunda miscigenação. Quer a livre e danada, quer a regular e cristã sob a bênção dos padres e pelo incitamento da Igreja e do Estado”. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. Rio de Janeiro: Maia & Schmidt Ltda., 1933, p. 131.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.

<sup>4</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed, 15ª reimpressão. Companhia das Letras: São Paulo, 2002, p. 31.

O tratamento do tema no período colonial é reflexo de uma concepção economicamente voltada ao encaminhamento das riquezas do Brasil à metrópole e a uma instrumentalização religiosa, sobretudo por meio da ação dos jesuítas.

No caso português, foram produzidas leis que trataram de formas e políticas para promover a integração e incorporação desses povos, a fim de que adotassem um novo modo de vida, tido como civilizado<sup>5</sup>.

O viés evangelizador esteve presente por todo o período, salvo durante a gestão do Marquês de Pombal (1750-1777). Sob esta concepção religiosa, reforçou-se a política de submissão e discriminação dos povos indígenas, bem como de seus modos de vida e manifestações culturais. A aglutinação desses grupos em aldeias próximas às missões, os chamados aldeamentos, combatendo-se a forma nômade de vida, e o estabelecimento da adoção de uma língua geral para as etnias – diferente do português - são exemplos dessa atuação homogeneizante.

A falta de atuação religiosa no período pombalino não significou, porém, que houvesse uma política voltada à defesa dos povos indígenas. Ao contrário, durante essa gestão é o próprio Estado que promove a miscigenação com o fim de sepultar as diferenças e permitir o assédio aos territórios indígenas. Estabeleceu-se, por exemplo, a obrigatoriedade da língua portuguesa e a transformação das aldeias em vilas<sup>6</sup>. Manuela Carneiro da Cunha aponta que essa política de miscigenação tinha 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<sup>7</sup>.

Representativo dessa política é o alvará de 1755, que estimula casamentos interétnicos, determinando que os cônjuges, nesses casos, “não fiquem com infâmia alguma, (...), os quais até terão preferência para qualquer emprego, honra ou dignidade, sem dependência de dispensa alguma, ficando outrossim proibido, sob pena de procedimento, dar-lhes o nome de caboclos, ou outros semelhantes, que se possam reputar injuriosos”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário ao art. 231. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2148.

<sup>6</sup> Essas medidas foram adotadas no bojo da Lei do Diretório dos Índios (1757), que, além de diminuir o poder dos jesuítas, acelerou o processo de assimilação.

<sup>7</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 114.

<sup>8</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª ed, 15ª reimpressão, São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 56.

Paralelamente a esse processo, houve, contudo, o reconhecimento da propriedade indígena da terra. Por meio do instituto do Indigenato - Alvará de 01/04/1680, confirmado pela Lei de nº 06/06/1755 – firmou-se o princípio de que “nas terras outorgadas a particulares seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”.

O indigenato representa, em meio a um momento histórico em que o tratamento da questão possuía enfoque religioso e de alianças táticas com os grupos amistosos, um importante instrumento para o reconhecimento - até os dias atuais - do regime jurídico favorável de terras indígenas<sup>9</sup>. Apesar disso, o reconhecimento das terras ocupadas pelos povos indígenas não levava em consideração a sua relação diferenciada com esses espaços, estando mais relacionada ao confinamento desses grupos em pequenas áreas que permitissem mais facilmente a dominação, a catequese e adoção de práticas similares às dos colonizadores.

Após a independência, a Lei de Terras (Lei nº 601/1850) representa um marco no tratamento jurídico da questão fundiária. Após a sua promulgação, há um processo desenfiado de busca por terras, o que acaba por atingir as terras indígenas, já que a produção de registro sobre aquelas “propriedades” é colocada em confronto com a ocupação tradicional. Chega-se ao ponto de exigir-se registro de posse aos indígenas para comprovarem a “legalidade” de sua ocupação.

É neste momento que haverá todo o esforço possível para descaracterizar populações de diversas etnias, sob o argumento de que haviam deixado de ser indígenas. Segundo Manuela Carneiro da Cunha, “a partir da Lei das Terras haverá, ao contrário, esforço explícito de usar a mestiçagem para descaracterizar como índios aqueles de quem se cobiçavam terras<sup>10</sup>”. Após a lei de terras, várias aldeias são declaradas extintas, sob a alegação de ser sua população apenas mestiça<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre o tema, José Afonso da Silva observa: “não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido.” SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 889.

Na América espanhola, estabeleceu-se o instituto dos resguardos, que eram as terras reservadas aos povos indígenas, dotada de propriedade comunal e inalienável, que foram estabelecidos nos núcleos populacionais de povos indígenas. Tanto no caso dos resguardos ou das terras protegidas pelo indigenato, as terras ocupadas pelos índios continuaram sendo objeto de pressões e tentativas de apropriação por particulares.

<sup>10</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012, 105.

<sup>11</sup> KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2010, pp. 170/171.

Na República, verifica-se um intenso debate sobre o tema, sobretudo no século XX, tendo em vista a expansão do território nacional e a necessidade de organização e arregimentação de trabalhadores livres para o novo ciclo econômico que surgia. Além disso, o ideal positivista, agora dominante, preconizará a necessidade de que a incorporação daqueles povos à comunhão nacional se dê de forma gradual.

Embora a Constituição de 1891 não trate da questão expressamente – a Constituição de 1824 tampouco o havia feito –, passa-se a discutir no início do século acerca da posição do Estado brasileiro quanto ao “destino” desses povos. Contrapunham-se nesse ponto o ideal positivista e o ideal discriminatório. Este último, que preconizava o extermínio dos índios, sofreu forte reação humanitária no começo do século XX<sup>12</sup>.

O pressuposto positivista baseava-se na constatação de que os povos indígenas se situavam num estágio inferior no processo civilizatório, dotados de um “primitivismo” que os impedia de ter uma capacidade jurídica plena para a prática de todos os atos. Ao mesmo tempo, sendo a sociedade brasileira uma só, impunha-se a gradual incorporação desses povos ao processo tido como “civilizatório”, integrando-os à comunhão nacional e despidendo-os de suas características singulares.

Segundo a perspectiva assimilacionista – que ainda é muito presente no senso comum, inclusive em nosso sistema de justiça, e que norteou a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1910 –, os povos indígenas deveriam ser atraídos, de forma pacífica, e integrados à dinâmica da sociedade envolvente, na qualidade de trabalhadores, permitindo-se o contato e a absorção daqueles modos de vida.

A atuação do SPI estava fundada na criação de reservas de espaços aos indígenas, sem a preocupação com a noção de território, caracterizando-se pela indiferença quanto à necessária compreensão de que esses grupos se relacionam com a terra como espaços de pertencimento. O resultado dessa atuação consistia no confinamento dos indígenas em reservas administrativas, em espaços reduzidos para o exercício do trabalho de cultivo e atividades típicas dos trabalhadores rurais. Por meio dessa prática, criava-se um isolamento entre indígenas e “sociedade nacional”, para dar cabo à integração paulatina<sup>13</sup>. Ao final desse processo,

<sup>12</sup> O expoente dessa visão era Hermann Von Ihering, que era diretor do Museu Paulista no início do século XX.

<sup>13</sup> O Código Civil de 1916 revela justamente essa concepção, ao prever, em seu art. 3º, que os “silvícolas” são relativamente incapazes. Em 1962, seu texto seria alterado para indicar que a capacidade seria reconhecida conforme o grau de integração do índio. Enquanto mantivesse sua incapacidade, o índio seria submetido ao regime tutelar.

plenamente Integrados, poderiam ser considerados capazes, pois já estariam em condições de igualdade com a sociedade envolvente<sup>14</sup>.

O SPI promoveu sua atuação em diversas áreas, inclusive na Amazônia, e gerou a desfiguração de inúmeros grupos, seja por meio das frentes pacíficas de atração, seja por meio da combinação de grupos diversos e até inimigos entre si.

No campo constitucional, a Constituição de 1934 foi a primeira a enfrentar questões indígenas, tratando das terras e da incorporação paulatina à comunhão nacional. Fala-se em proteção das terras onde esses povos estejam permanentemente localizados, da qual se depreende uma compreensão da ocupação meramente física, ligada à ideia de fixação no solo<sup>15</sup>. Por outro lado, o texto aponta claramente o objetivo de “incorporação dos silvícolas na comunhão nacional”, inserido nas competências da União (art. 5º, XIX, *m*). A Constituição ditatorial de 37 limitou-se a apenas a prever o dispositivo sobre o respeito à posse indígena. Com a Constituição de 1946 são resgatadas as previsões de 1937.

Na Constituição de 67 e na Emenda Constitucional nº 01/69, além das previsões da CF 1946, há a definição de que as terras ocupadas pelos “silvícolas” se incluem entre os bens da União. Além disso, há previsão de nulidade e extinção dos efeitos jurídicos que tenham por objeto o domínio, a posse da terra ou a ocupação das terras habitadas pelos “silvícolas”; exclusão de qualquer possibilidade de indenização ou ação contra a União ou a FUNAI<sup>16</sup> (art. 198). É durante essa ordem constitucional que será editado o Estatuto do Índio, que representa para a época alguns avanços, embora cultive muito da concepção positivista idealizada desde o início do século.

Até 1988, os direitos indígenas não eram encarados sob o prisma dos direitos fundamentais das comunidades. Havia, em verdade, a preocupação com a atribuição da propriedade sobre aquelas terras à União e com a garantia de que aquele regime não gerava qualquer autonomia sobre o território.

---

<sup>14</sup> Muito se discute ainda sobre o papel do SPI e da linha de atuação então adotada. A despeito da invocação de um caráter humanitário da atuação, o seu papel estava amparado na doutrina positivista de integração à comunhão nacional. Para alguns autores, no entanto, como Darcy Ribeiro, consideradas em seu contexto histórico, essas diretrizes positivistas eram o que se oferecia, então, de mais avançado. “A etnologia, da qual se poderia esperar alguma orientação, (...) era ainda uma disciplina de museu, inteiramente alienada da realidade humana dos materiais com que lidava. A atitude do enólogo, em geral, era da mais completa indiferença pelo destino dos povos que estudava. O índio, olhado sobranceiramente das alturas da civilização europeia, orgulhosa de si mesma, era visto como ser exótico, discrepante, cujas ações de fósseis vivos só interessavam enquanto pudessem lançar luz sobre o passado mais remoto da espécie humana”. RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo, Companhia das Letras, 1996, p. 161.

<sup>15</sup> Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

<sup>16</sup> A extinção do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e a criação da FUNAI se deram num contexto de fortes pressões nacionais e internacionais. A criação da autarquia se deu pela Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967.

## **2.2 ESTATUTO DO ÍNDIO: CONCEPÇÃO TUTELAR NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) incorpora o regime tutelar, fruto da visão assimilacionista da época (presente também na Convenção nº 107/OIT, de 05 de junho de 1957). Dividiu os povos indígenas em categorias: integrados (capazes do exercício dos seus direitos), em vias de integração ou isolados (que deveriam ser tutelados, ou assistidos e representados, pela União, por meio do órgão de assistência)<sup>17</sup>. Essa diferenciação, não recepcionada pela Constituição de 1988, ainda vigora no senso comum, inclusive entre operadores do direito.

Sob a concepção de estágios diferentes de integração residia uma tentativa de desqualificar o índio “integrado”, retirando-lhe a sua condição de indígena. Uma vez encarado o indígena como aquele ser “primitivo”, “silvícola”, a integração à civilização representaria colocá-lo em igualdade com os demais sujeitos da sociedade envolvente, deixando até de ser considerado índio. Se deixa de ser índio, não haveria razão para ter direito às terras, o que permitiria um avanço sobre elas.

Por um lado, o Estatuto reforça a concepção de que os índios podem ser classificados de forma diferenciada conforme o grau de integração, o que geraria tratamentos distintos por parte da legislação. Prevê ainda que os índios tidos como “aculturados”<sup>18</sup>, isoladamente ou não, poderiam requerer sua “emancipação” do regime tutelar, oportunidade em que se igualariam aos demais não indígenas.

No regime autoritário, a própria ideia de emancipação é tratada como a mudança de estágio entre uma categoria e outra, dentro da lógica de aquisição da capacidade civil.

Segundo o art. 9º da Lei nº 6001/73, se observados determinados requisitos, como o conhecimento da língua portuguesa, poderia ser declarada a emancipação da comunidade e de seus membros desde que requerida pela maioria e

<sup>17</sup> Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

<sup>18</sup> A expressão aculturação é fruto de uma concepção essencialista de que os povos indígenas deveriam manter determinadas características para serem considerados como tais. Além de ser uma categoria pejorativa, que não possui qualquer valor científico, desconsidera o dinamismo no desenvolvimento cultural de cada povo, bem como as relações de troca, adaptação e mudança no relacionamento entre diversas culturas, ainda mais em contextos violentos ou em tentativas de descaracterização de um grupo. Apesar de descabida, é comum ver essa expressão aparecer em documentos públicos e em decisões judiciais, geralmente num tom acusatório e com viés ideológico.



comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional. Note-se que a emancipação afastava o regime tutelar e colocava o indígena e a comunidade indígena sob a condição de integrado e, por conseguinte, capaz.

Pairava sobre essa diferenciação o afã classificatório de um indígena por parte de um sujeito externo a ele ou ao grupo (heterodefinição da identidade), a despeito do que previa o art. 3º do próprio Estatuto<sup>19</sup>. Essa ânsia de dizer que um grupo que não se enquadra no estereótipo do silvícola<sup>20</sup> 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: respeita-se o índio como homem, mas exige-se que se despoje de sua condição étnica específica<sup>21</sup>.

Em resumo, durante o século XX o tema foi enfrentado de forma bastante específica, oportunidade em que se cristalizou a concepção de que:

- os índios podem ser classificados de três maneiras, sendo que a falta de caracterização como “silvícola” ou como “primitivo” lhe retira essa condição;
- os índios “aldeados” não seriam capazes juridicamente para a prática de seus atos da vida civil;
- os índios devem ser integrados paulatinamente à comunhão nacional, abrindo mão de sua cultura e de seus modos de vida.

### **3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PARADIGMA DA AUTONOMIA. NOVO HORIZONTE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS**

O processo de discussão de uma nova Constituição e o documento que a consolida são um marco na luta dos povos indígenas no Brasil. Apesar dos

---

<sup>19</sup>Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

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

<sup>20</sup>Expressão que carrega a visão de que os indígenas só seriam assim considerados se vivessem na selva. Apesar de inadequada, tal expressão continua sendo repetida em documentos jurídicos.

<sup>21</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 114.

embates entre conservadores e progressistas, o texto produzido apresenta diversas conquistas, sendo prova disso a quantidade de dispositivos que tratam da matéria.

A razão dessa euforia com a constituição reside no paradigma pluralista e multicultural que a rege. Ao contrário das diretrizes homogeneizantes dos regimes constitucionais anteriores, a Constituição de 88 se abre à diversidade sociocultural dos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira, ressaltando um aspecto do princípio da igualdade que vai além da mera isonomia formal e material.

Foi o primeiro documento a romper com uma tradição integracionista no continente latino-americano, em processo que se aprofundou em outros países, como Bolívia e Colômbia<sup>22</sup>.

A igualdade como reconhecimento ou o direito à diferença emerge do documento que estabelece como objetivos da sociedade brasileira o fim da discriminação (art. 3º, IV) e que tem como fundamento da República o pluralismo político (art. 1º, V).

Abandona-se, assim, a ideia de que há estágios superiores de civilização. Ao contrário, valorizam-se todas as formas de manifestações étnicas e culturais, protegendo-as e reconhecendo seu valor para a formação das múltiplas identidades que compõem a sociedade brasileira. Nesse campo se incluirão não apenas os povos indígenas, mas também as minorias estigmatizadas e outros grupos, como os quilombolas e as demais comunidades tradicionais (ribeirinhos, seringueiros, extrativistas, quebradeiras de babaçu etc).

A observação de Deborah Duprat é precisa acerca dessa nova realidade constitucional:

*A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes*

<sup>22</sup>A Constituição boliviana, de 1994, foi a primeira a reconhecer direitos aos povos indígenas naquele país. Os índios correspondem à maioria da população local. Em 2007, sob a presidência de Evo Morales, promulgou-se uma nova constituição, ratificada em 2009, a qual reconhece expressamente o Estado boliviano como comunitário, plurinacional, autônomo e intercultural e garante o autogoverno das comunidades indígenas, de acordo com suas normas e instituições (Artigo 290, II). A Constituição da Colômbia de 1992, por sua vez, reconhece a diversidade cultural do país – a despeito de sua pequena população indígena – e assegura a propriedade coletiva e inalienável dos chamados resguardos (art. 329). Os resguardos são considerados entidades territoriais, assegurando-se-lhes autonomia, autogoverno e exercício de competências próprias (art. 286). É digna de nota a jurisprudência da Corte constitucional colombiana, que há um bom tempo já vem aplicando a Convenção nº 169/OIT para declarar a inconstitucionalidade de leis e afastar medidas administrativas em razão da falta de consulta prévia de povos indígenas e outros povos. Como exemplo, a Sentença T-129/11, que trata de não observância da consulta na realização de empreendimento, construção de estrada e expedição de licenças ambientais, com ofensa aos direitos das comunidades que vivem nos resguardos Chidima-Tolo e Pescadito (etnia Embera Katío), no município de Acandí (Chocó).

*o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.*<sup>23</sup>

Ao reconhecer-se aos povos indígenas o direito às suas terras, costumes e modos de vida, a Constituição os protege de qualquer tentativa de anular, em nome de uma suposta unidade nacional, o direito desses povos de viverem como bem entenderem. A autonomia é a pedra de toque do novo regime constitucional, em contraponto à perspectiva assimilacionista antes vigente.

Após a Constituição de 1988, não se tolera mais falar em “paulatina integração à comunhão 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 tolera tampouco hierarquizar os povos indígenas em integrados 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<sup>24</sup>. O que se proíbe 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 em que as ideias de autenticidade ou de classificação de indígenas por um terceiro devem ruir juntamente com o regime tutelar<sup>25</sup>.

A propósito, os índios não perdem sua condição étnica pelo fato de se dirigirem à cidade, falarem português ou usarem vestimentas 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<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais. Manaus: UE, 2007, p. 10.

<sup>24</sup> É comum, mesmo entre estudiosos, a tentativa de descaracterizar um indígena quando ele se insere em contextos urbanos e passa a clamar por direitos, como o acesso à universidade. Não se extrai do projeto constitucional qualquer vedação a essa postura. Em verdade, a ampliação de direitos e o acesso a políticas públicas aos indígenas que assim desejarem atende justamente ao caráter “somatório de mundividências” que a lei fundamental estabelece (a expressão é do Ministro Carlos Ayres Britto, relator do Caso Raposa Serra do Sol – Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010)

<sup>25</sup> Da mesma forma que a Constituição de 1988, a Convenção nº 169/OIT conferirá ampla proteção à autonomia e à autoidentificação desses grupos.

<sup>26</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. Cultura com aspas e outros ensaios. São Paulo: Cosas Naify, 2009, p. 253.

A única tutela a ser admitida será aquela revestida de *direito público*, que tenha por objetivo garantir a proteção dos povos indígenas, como minorias étnicas, sem perspectiva integracionista<sup>27</sup>.

A Constituição possui onze disposições expressas sobre a situação jurídica das populações indígenas<sup>28</sup>. Há previsões sobre direitos coletivos referentes à cultura, a direitos processuais e à repartição de competências entre o Legislativo, Executivo e Judiciário. A elas devem ser somados outros dispositivos que fundamentam o reconhecimento de uma sociedade plural multicultural (art. 1º, V, 215, 216).

#### **4. PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO ESPAÇO PARA A SOBREVIVÊNCIA FÍSICA E CULTURAL**

Antes de 1988, as Constituições – a partir de 1934 - se limitavam a falar em respeito à posse das terras dos “silvícolas” e no tratamento como bem da União (a partir da CF 67/69). A lei fundamental vigente vai entrelaçar essa proteção ao reconhecimento de direitos fundamentais desses povos, buscando-se o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 231 não se limitará a decretar uma proteção da posse, mas a relacionar claramente os direitos sobre as terras ocupadas pelos índios aos seus modos próprios de organização social, costumes, línguas e crenças.

Embora não tenha usado o termo “territórios”, tendo em vista a preocupação com a utilização dessa terminologia no direito internacional, a Constituição qualifica a compreensão de terras indígenas de maneira distinta da noção de propriedade privada e de forma bem relacionada à manutenção da vida de determinado povo, os seus costumes e as suas formas próprias de organização social. Quando menciona terras tradicionalmente ocupadas, a Constituição se aproxima da noção de territórios, da mesma forma que faz a Convenção nº 169 da OIT, e supera a visão corrente desde a Constituição de 1934, que falava em terras onde os índios se localizassem de forma permanente.

<sup>27</sup> Nesse sentido: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas. In: SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang (coords). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 914.

<sup>28</sup> São os seguintes dispositivos: art. 20, XI (terras indígenas como bens da União), art. 22, XIV (competência exclusiva da União para legislar sobre povos indígenas), art. 49, XVI (competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar em terras indígenas a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, bem como para a pesquisa e lavra das riquezas minerais), art. 109, XI (competência da Justiça federal em caso de disputa acerca de direitos indígenas), art. 129, V (atribuição do Ministério Público de defender judicialmente os direitos e os interesses das populações indígenas), art. 210, § 2º (garantia às comunidades indígenas da utilização de suas línguas e de seus processos próprios e aprendizagem), art. 215, § 1º (proteção pela União das manifestações das culturas indígenas), art. 231, art. 232 (capítulo próprio) e art. 67 do ADCT (prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações).

O art. 14 da Convenção 169 possui uma previsão que sintetiza essa forma diferenciada de esses povos lidarem com a terra, ao dizer que *deverão ser adotadas medidas pelo direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.*

A posse dos índios de suas terras não se relaciona a uma questão física de mera apreensão de um bem, pois se trata de espaço de sobrevivência cultural e de reprodução de seus modos de vida. Por isso se invoca a expressão território, que vai além da ocupação física contida no termo “terras”. Há lugares sagrados, de manutenção da vida social e de organização econômica a serem considerados. O território é um espaço em torno do qual gravitarão os outros direitos, inclusive à saúde e à educação diferenciadas.

Além do artigo 231, os artigos 215 e 216 buscam garantir o respeito aos modos de vida e às manifestações próprias desses grupos, promovendo uma proteção qualificada dessas ocupações tradicionais, tendo em vista as peculiaridades dos povos indígenas em sua relação com a terra.

Pode-se falar ainda em territorialidades específicas, que vão além da ideia de origem e imemorialidade na ocupação, voltando-se à situação presente para constatar que a identidade se constrói em embates, como decorrência dos conflitos na luta pela terra. Esse processo de territorialização se apresentaria como resultado da combinação de vários fatores, que envolvem a capacidade de mobilização em torno de uma política de identidade e os espaços políticos de enfrentamento para reivindicar direitos junto ao Estado.

Alfredo Wagner Berna de Almeida explica<sup>29</sup>:

*Assim, juntamente com os processos diferenciados de territorialização, tem-se a construção de uma nova ‘fisionomia étnica’, através da autodeclaração do recenseado, e de um redesenho da sociedade civil, pelo advento de centenas de movimentos sociais, através da autodefinição coletiva e de formas organizativas intrínsecas. Todos estes fatores concorrem para compor o campo de significados do que se define como ‘terras tradicionalmente ocupadas’, em que o tradicional não se reduz ao histórico e incorpora principalmente reivindicações do presente com identidades coletivas redefinidas situacionalmente numa mobilização continuada.*

Nesse contexto, as formas de organização social não atendem a uma fórmula

---

<sup>29</sup>ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras de quilombo, terras indígenas, “babaquais livres”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de passo: terras tradicionalmente ocupadas. 2ª ed, Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, pp. 121/122.

pré-estabelecida, porquanto cada grupo étnico vai se organizar de acordo com os seus próprios modos de vida, dentro de um momento histórico e conforme a realidade política e social que se apresentar, notadamente em razão dos embates que serão travados e da opressão de que muitas vezes será vítima.

Como consequência direta desse dinamismo cultural de um grupo e da autoidentificação, prender-se a uma visão estática, essencialista ou simplificadora da realidade dos povos indígenas conduzirá o ente estatal a equívocos e a uma postura não cumpridora da Constituição quanto ao respeito à organização desses grupos.

Como afirma Carlos Frederico Marés, a Constituição reconhece como legítima uma ordem que ela mesma desconhece, uma vez que a organização social dos povos indígenas se baseia nos usos, costumes e tradições<sup>30</sup>. Diante disso, a lei não é capaz de enquadrar aquela realidade dinâmica ou mesmo dar conta, sob parâmetros já estabelecidos (social e juridicamente), dos novos paradigmas apresentados. Cabe, portanto, ao operador do direito lidar com os conflitos que surgem do embate entre a tradição registral e a tradição oral de povos indígenas nas disputas de terras, conferindo iguais pesos a essas formas de vida e não hierarquizando as provas a serem analisadas.

## **5. CARÁTER ORIGINÁRIO DO DIREITO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS**

O traço da originalidade do direito dos índios às terras que ocupam está previsto na Constituição e denota sua precedência sobre qualquer outro direito. Essa perspectiva impede o afã registral de possuidores e supostos proprietários, que pretendem invocar a titularidade de bens imóveis em face dos índios ou uma cadeia dominial que comprovaria sua precedência nessas terras.

Impede-se também que Estados cogitem encarar as terras indígenas como um fator limitador de sua autonomia, pois, como disse o Ministro Carlos Ayres Britto<sup>31</sup>, “as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ‘tradicionalmente ocupadas’”.

<sup>30</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário ao art. 231. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2150.

<sup>31</sup> Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010.)

Os direitos são originários, portanto, porque foram reconhecidos, e não meramente declarados. São pré-existentes a qualquer escritura, não cabendo sequer indenização sobre esses títulos.

Tampouco cabe falar em intervenção federal quando a atuação demarcatória incide sobre terras estaduais ou inseridas num Estado. A garantia de propriedade da União sobre esses territórios é feita de forma a garantir a posse dos índios, grupo vulnerável, a partir de direitos originários declarados pela Constituição, não se confundindo com aquele instituto. A atuação da União no processo demarcatório se dá em favor de um interesse nacional. Ademais, as terras não deixam de estar localizadas no Estado-membro<sup>32</sup>.

No julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a data de promulgação da Constituição de 1988 (05 de outubro de 1988) como o marco temporal que serve de referência à ocupação de um determinado espaço geográfico por determinada etnia da ocupação do território pelos indígenas. Ao lado deste marco temporal, destacou o marco da tradicionalidade, segundo o qual “é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. Tal tradicionalidade não se perde “onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”.

Considerando o histórico de violações dos direitos indígenas, não é difícil depreender que a ocupação do território, na forma apresentada no acórdão acima, nem sempre poderá ser cristalinamente aferida. Em muitos casos, pode apresentar-se como um dado a ser profundamente analisado, em oposição às certezas supostamente transmitidas por documentos registrares, à luz da trajetória e das formas de organização de um grupo, sobretudo em razão das ameaças e pressões que o seu território pode ter sofrido.

Diante disso, o renitente esbulho em fase anterior à promulgação da Constituição de 1988, época em que a remoção de grupos era legitimada pelo paradigma assimilacionista então vigente, é um fato que deve ser compreendido dentro da estratégia de subtração da identidade e de avanço sobre terras, devendo ser investigada a forma como esse grupo resistiu e adotou mecanismos para vincular-se àquela terra, a despeito das limitações que tenha sofrido.

---

<sup>32</sup> Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em <http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>. Acesso em 10.06.2014

Caminha ao lado da originalidade o caráter declaratório desse direito. Significa dizer que o reconhecimento de uma terra indígena prescinde de qualquer ato instaurador de processo administrativo de demarcação. O reconhecimento dos direitos dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam é feito por um comando constitucional que garante, de imediato, a sua proteção.

É evidente que a demarcação, também determinada pela Constituição, é muito importante para a efetivação desse direito, pois delinea o espaço de proteção e garante segurança jurídica às comunidades e a terceiros, além de permitir uma atuação mais definida dos órgãos que atuam em defesa da questão indígena, nos vários campos das políticas públicas.

Não se pode perder de vista, porém, que a demarcação não é um requisito essencial para a observância dos direitos dos indígenas sobre essas terras, ainda mais diante das dificuldades inerentes ao processo demarcatório, estando a FUNAI em flagrante mora quanto ao prazo de 5 anos previsto no art. 67 do ADCT para a regularização das terras.

Assim, não se pode olvidar que, ausente o processo demarcatório ou quando ele ainda está em curso, o Judiciário pode ser provocado a reconhecer ocupações tradicionais e assegurar direitos fundamentais de povos indígenas.

A relevância deste debate está na desmistificação da demarcação como constitutiva de direitos. Os povos indígenas foram e são vítimas de um processo avassalador de contato e de desestruturação justamente em razão da falta de demarcação, com a ocupação de suas terras por grandes fazendeiros, pela atuação de empreendimentos e por medidas que os deixam confinados em espaços de onde sequer podem retirar o sustento. Foram também removidos injustamente por diversos atos ilegais. Ainda assim, é curioso constatar que os adversários das demarcações se utilizam justamente das consequências dessas ilegalidades – desestruturação étnica (perda da identidade, mestiçagem), não ocupação de um território, grilagem de terras – para afastar o direito ao seu território num processo demarcatório.

Nas ações possessórias, o Judiciário é chamado a intervir para garantir aos indígenas a afirmação sobre o espaço em que vivem e reproduzem seus modos de vida, de forma a garantir, no futuro, a utilidade do processo demarcatório.

## **6. DESAFIOS AO RECONHECIMENTO DA POSSE CONSTITUCIONAL.**

A questão da posse em matéria indígena gera muitas dúvidas e questionamentos, com os quais os órgãos julgadores frequentemente se deparam. Isso se deve ao



fato de que a relação dos povos indígenas com os seus territórios é diferenciada, merecendo proteção especial por parte da Constituição, não se confundindo com a noção meramente civilista/privatista de posse.

As terras indígenas não podem ser estudadas pela lente da propriedade privada. Como se viu acima, as terras tradicionalmente ocupadas merecem tratamento de igual peso ao conferido à perspectiva registral.

Não só a Constituição, como também a Convenção nº 169/OIT, de 07/06/1989, que ingressou no ordenamento brasileiro em 2002, asseguram o respeito à “importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios” (art. 13), sobretudo os aspectos coletivos desta relação.

A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas não faz diferente. Destaca que os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente possuem e ocupam, sublinhando ainda a possibilidade de proteção em caso de utilização ou aquisição por outra forma (art. 26).

Na prática, o cenário muitas vezes se repete. Grupos são pressionados a desocupar seus territórios ou acucados em espaços cada vez menores. Há invasões de não indígenas “devidamente amparadas” por registros locais, retiradas dos índios de seus territórios e desintegração do grupo, atingindo fortemente a noção de território como espaço de pertencimento e reduzindo-os a espaços de moradia em condições de extrema vulnerabilidade.

Diante de conflitos como esses, os conceitos de posse velha e posse nova e a própria análise dos documentos comprobatórios da posse devem ceder a uma perspectiva mais ampla da questão, que deve levar em conta aspectos antropológicos e históricos.

É comum o ajuizamento de demandas civis e a tentativa de tratar a matéria de maneira alinhada à visão da sociedade envolvente, sem qualquer abertura à noção de território para aqueles povos. A perspectiva da propriedade privada é transportada para o caso, valorizando-se o registro em detrimento de uma abordagem que respeite a diretriz constitucional na matéria, baseada nos usos, costumes e tradições.

Mais: a desestruturação da vida comunitária provocada pela ocupação do território acaba sendo vista como um fator legitimador de uma falsa constatação de que já não subsiste a presença indígena. Desconsideram-se o esbulho possessório e as diversas estratégias de sobrevivência desses grupos, de permanência junto ao seu território, como forma de manutenção de vínculos e de sua identidade.

Certas demandas sequer são ajuizadas perante a Justiça Federal<sup>33</sup>, pois os autores intencionalmente não cogitam da existência de povos indígenas naquele local, mas meros “mestiços”, “caboclos”<sup>34</sup>, sem qualquer direito, dentro daquela lógica, sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

Uma leitura apressada do julgador pode levar ao uso dos institutos correntes de forma legalista e desatenta ao que preceitua a Constituição. Os esquemas tradicionais de resolução de conflitos interindividuais não servem à resolução deste problema, impondo aos órgãos do sistema de justiça que reconheçam as limitações do conhecimento jurídico para procurar entender a realidade que os cerca.

Em primeiro lugar, diante de conflitos de terras que envolvem grupos culturalmente diferenciados, é fundamental tomar contato com a realidade exposta, a fim de verificar “in loco” os anseios das comunidades envolvidas e entender sua história e como vivem.

Instrumentos tradicionais do processo civil como as audiências e as inspeções judiciais são medidas imprescindíveis para uma melhor instrução de um processo que envolve essas demandas. Permitem a proximidade do juízo com aquela realidade diferenciada e garantem um melhor equilíbrio entre as partes, já que colocam modos de vida distintos em evidência, possibilitando ao julgador que afaste pré-compreensões baseadas no senso comum e tome contato com tradições orais e com relações especiais com a terra, distintas daquelas da sociedade envolvente.

Para assegurar esses mecanismos, o novo Código de Processo Civil a obrigatoriedade de convocação de uma audiência em caso de “litígio coletivo” em ação possessória quando a ocupação possuir prazo superior a um ano e dia (art. 565), bem como sustentar, no mesmo capítulo, a viabilidade das inspeções (art. 565, § 3º), o que representa passos importantes para a superação de uma tradição documental ou demasiadamente pró-“proprietário” na análise desses casos. Trata-se de diretrizes importantes que se alinham a uma compreensão constitucional do procedimento das ações possessórias, podendo desde já ser aplicadas.

Da mesma forma, deve ser afastada a utilização de procedimentos como o do mandado de segurança (geralmente impetrado contra decisões administrativas no curso do processo de demarcação), para a análise específica de aspectos relacionados à ocupação territorial, tendo em vista a imprescindibilidade de

<sup>33</sup> Segundo o art. 109, XI, da Constituição, a Justiça Federal é competente para julgar as disputas sobre direitos indígenas.

<sup>34</sup> Note-se que é o terceiro quem tenta apontar a identidade, como se fosse possível ao julgador, à luz da antropologia e da legislação vigente, inserir-se no debate acerca da caracterização de uma comunidade como “indígena” ou “mestiça”.

uma ampla dilação probatória que leve em consideração os anseios dos povos diretamente afetados e de suas formas de representação.

Em segundo lugar, a complexidade da questão leva a uma necessidade de examiná-la com uma maior abertura às outras áreas do conhecimento. Mostra-se, ainda, imprescindível, nesse processo, levar em consideração as diversas formas de organização social, amparadas pela Constituição, e procurar entendê-las. Os operadores do sistema de justiça têm o dever de procurar entender como funcionam os espaços de pertencimento de determinada etnia – cada etnia desenvolve-se e atua de uma maneira própria – para procurar garantir aquele direito originário reconhecido pela Constituição em face da suposta verdade registral que se coloca nos autos.

A matéria, por pressupor a inexistência de uma visão hegemônica, passa por considerar a relevância de várias áreas do conhecimento, sobretudo da antropologia, a fim de identificar como se organiza o povo que pleiteia um reconhecimento, a sua história e suas dificuldades. Além disso, no caso específico colocado pela ação possessória, a antropologia fornecerá subsídios para entender como aquele grupo se relaciona com aquelas terras e o que é essencial para a sua sobrevivência física e cultural, sobretudo levando em conta o histórico de pressões sobre suas terras e os esbulhos que eventualmente tenham ocorrido ao longo de seu desenvolvimento.

## **7. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA**

A perícia antropológica confere elementos ao juiz para entender aquela ocupação / reivindicação e caminhos para o julgador distanciar-se de uma verdade oficial, absoluta, e cumprir o comando constitucional contido no art. 231, dentro de uma lógica que respeita as várias leituras dos diversos grupos que compõem a sociedade brasileira.

Permite, também, o desfazimento de mal-entendidos que muitas vezes são levados ao Judiciário em decorrência do anseio de fazer plantar no julgador a dúvida a respeito de uma “autenticidade” de uma comunidade, como se ela devesse observar padrões de organização estáveis ao longo do tempo.

O antropólogo ajudará a explicar o ressurgimento de elementos culturais, ainda que modificados em contextos distintos, reivindicados por determinadas pessoas. Mostrará que a cultura não se mantém “in vitro”<sup>35</sup>, atualizando-se conforme os embates sociais e confrontos com outras culturas.

---

<sup>35</sup> A expressão é de João Pacheco de Oliveira. OLIVEIRA, João Pacheco de. Perícia antropológica. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos de (coord.). Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012, p. 131.

É comum que se tente a todo momento descaracterizar a “tradicionalidade” daquele grupo ou colocar a sua “autenticidade” em risco. As práticas discriminatórias vão se assemelhar às aquelas já feitas na história – e aqui relatadas - e ainda presentes no senso comum, de que o sujeito que adota determinado comportamento visto como “civilizado” não seria mais índio, logo não teria mais direito à terra.

Por exemplo, tenta-se atribuir a um grupo a condição de não-índio em razão de certos hábitos – falar português, usar telefone celular – e direitos – possuir título de eleitor - ou mesmo apontar que o grupo não pratica tradições ancestrais daquela etnia. Essas questões, afora não terem nada a ver com a ideia de ser ou não ser indígena, passam por perceber as formas de organização daquela etnia, o dinamismo de sua cultura e as formas como eles as reproduzem interna e externamente.

Ao mesmo tempo, tenta-se acusar os indígenas de “proveitadores”, que tentam obter terras por meio do artifício étnico. Sobre isso observa João Pacheco de Oliveira<sup>36</sup>:

*O que essas coletividades demandam primariamente é o reconhecimento étnico, o direito de referir-se a uma identidade diferenciada e originária. Se essa identidade lhes facultar algum benefício, devem, obviamente, mobilizar-se para obtê-lo. Isso não desqualifica ou põe em suspeição a demanda identitária, pois se trata de algo absolutamente legítimo.*

Com o auxílio da antropologia, o juiz dispõe de meios para entender os comportamentos do grupo e, respeitado o critério da autoidentificação, partir para uma análise da ocupação tradicional do grupo, sua evolução e sua história. Não cabe ao operador do direito enveredar pela sentença de que “não é índio” ou “é índio”, mas sim analisar, para aquele grupo que se identifica como uma determinada etnia, e a partir da análise concreta e singular de suas características, quais seus espaços de pertencimento e qual o âmbito de proteção de seus direitos fundamentais.

Não se pode esperar objetividade e certeza do trabalho antropológico. Trata-se de um trabalho de ciências humanas, e não de um exame de DNA, com critérios e procedimentos específicos. Mais uma vez cabe a citação de João Pacheco de Oliveira<sup>37</sup>:

*Trabalhar com os fenômenos humanos comporta dimensões valorativas, bem como vínculos e predileções. Para estabelecer a*

<sup>36</sup>OLIVEIRA, João Pacheco de. Perícia antropológica. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos de (coord.). Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012, pp. 133/134.

<sup>37</sup>OLIVEIRA, João Pacheco de. Perícia antropológica. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos de (coord.). Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012, pp. 138/139

*verdade, antropólogos e juízes aplicam métodos hermenêuticos, pelos quais confrontam fatos e afirmações, assim como realizam a exegese de documentos, contextualizando-os e comparando-os, de modo a estabelecer a positividade de cada depoimento ouvido. É pela análise da consistência lógica e da verificação empírica que chegam aos resultados de sua investigação.*

Assim, pode haver laudos bons ou ruins, assim como existem petições e sentenças boas ou ruins. O que não pode é deixar de buscar essa mediação com a antropologia para entender e permitir que os indígenas tenham, de fato, voz no processo.

Ao final, ainda que não se concorde totalmente com as conclusões da perícia antropológica, diante do quadro de indefinição dos rumos do processo demarcatório, é essencial, de qualquer forma, que sejam assegurados espaços adequados à sobrevivência cultural daquele povo, um mínimo existencial em favor daquele grupo que permita o acesso a recursos naturais e a reprodução de seus modos de vida, não se limitando a uma noção meramente física da ocupação, sob pena de legitimar-se o avanço e a pressão sobre o território indígena até a conclusão do processo demarcatório, garantindo-se, assim, a observância dos direitos fundamentais assegurados no art. 231 da Constituição.

## **8. CONCLUSÃO**

Passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda existe um longo caminho a percorrer na superação do discurso homogeneizante no tratamento dos direitos dos povos indígenas.

A história mostra como a dominação exercida sobre esses povos, às vezes sutil, às vezes sangrenta, procurou incorporá-los à comunhão nacional a ponto de anular a sua própria identidade. O esvaziamento da etnicidade desses grupos foi a tônica da política estatal por quase quinhentos anos, tendo sido este projeto barrado pela Constituição de 1988.

A lei fundamental em vigor permitiu que os indígenas afirmassem sua identidade e fizessem jus, por isso, na qualidade de minorias estigmatizadas, à proteção de suas terras e de seus modos de vida. Como consequência dessa nova diretriz, diversos grupos que haviam sido sufocados pelas generalizações na classificação estatal como mestiços ou caboclos puderam invocar livremente a sua identidade, a fim de fazer valer esses direitos.

Tanto a afirmação desses grupos como a reação se aprofundam nos contextos de conflitos por terras. A tentativa de esvaziamento da etnicidade, que já fora prática corrente em outros tempos, em especial após a Lei de Terras, se apresenta com todas as forças nos embates judiciais, legislativos e administrativos.

Dada a conjuntura de sucateamento da autarquia responsável pela condução da política indigenista, as demarcações de terras indígenas se tornam um processo lento e penoso, cheios de obstáculos impostos pelo agronegócio e sua bancada cada vez mais volumosa no Congresso Nacional. O caráter originário do direito, contudo, realça a necessária proteção desses espaços de pertencimento dos povos indígenas.

Em meio a esse embate por terras, o conflito muda de arena e o Judiciário é chamado a intervir. Neste momento, é necessário que o julgador tenha, de antemão, a ciência de que o conflito pressupõe modos de vida distintos, que contempla de um lado a visão hegemônica dos não-indígenas, calcada numa “verdade” registral e pouco ou nada atenta à diversidade sociocultural, e, de outro, a compreensão diferenciada dos povos indígenas acerca daquela realidade, bem como a sua relação peculiar com a terra.

Colocar em igualdade os lados do conflito se mostra imprescindível para um julgamento justo. Para tanto, deve-se procurar ir a fundo na compreensão da realidade da etnia envolvida, promover o diálogo em espaços que sejam mais familiares ao grupo e promover a leitura da questão com o apoio de outras áreas do conhecimento.

A antropologia poderá, nesse sentido, oferecer subsídios para o juiz conferir a adequada proteção da posse constitucional dos indígenas, pois dará voz ao grupo e permitirá que sejam equilibradas as armas para a solução do conflito.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de paso: terras tradicionalmente ocupadas. 2ª ed, Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas – Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica / Daniel Sarmiento, Ingo Wolfgang Sarlet (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Cultura com aspas e outros ensaios. São Paulo: Cosas Naify, 2009.
- FREYRE, GILBERTO. Casa grande e senzala. Rio de Janeiro: Maia & Schmidt Ltda., 1933, p. 131.

- 
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed, 15ª reimpressão. Companhia das Letras: São Paulo, 2002
- KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2010.
- OLIVEIRA, João Pacheco de, in SOUZA LIMA, Antonio Carlos de (coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2012.
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito, *Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Manaus: UE, 2007, p. 10.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010
- SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em <http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>. Acesso em 10.06.2014.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário ao art. 231. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

---

# A dificuldade de aplicação jurisprudencial da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, na questão indígena: uma perspectiva de Direito Internacional

---

Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues - Juiz Federal, Doutorando e Mestre em Direito Internacional

RESUMO: O estudo pretende refletir sobre a dificuldade de aplicação direta, pelo Judiciário brasileiro, de norma proveniente de tratado internacional, especialmente quando eventualmente conflitante com norma emanada do direito interno, o denominado *conflito entre fontes*. Para tanto, utilizará a análise da jurisprudência nacional referente às questões que envolvam índios, demonstrando a excepcionalidade da aplicação, pelo Judiciário brasileiro, das normas contidas na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, referentes ao tema, ainda que a normativa originada do direito interno, o Estatuto do Índio, se afigure ultrapassada, e, por que não dizer, divorciada no paradigma constitucional sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Índios.

## 1. APRESENTAÇÃO

O estudo pretende refletir sobre a dificuldade de aplicação direta, por juízes e tribunais brasileiros, de norma proveniente de tratado internacional, especialmente quando eventualmente conflitante com norma emanada do direito interno, questão estudada, em geral, em tema de *conflito entre fontes*<sup>1</sup>, objeto do direito internacional privado<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Parte Geral. 9ª edição. Renovar: Rio de Janeiro, 2007. p. 91.

<sup>2</sup> Hoje, o direito internacional privado é marcado, por variações sobre o seu alcance. A chamada Escola Alemã o identifica com o conflito de leis, limitando a este específico tema seu objeto de estudo. Nos países do common law, como Inglaterra e Estados Unidos, a disciplina tem por escopo o estudo dos conflitos de leis e de jurisdição. Para a Escola Anglo-Saxônica, o direito internacional privado se ocupa em responder:



Embora a grande maioria dos operadores do direito não desconheça que, no direito brasileiro, a norma prevista em tratado, quando internalizada, adquire, minimamente, o *status* de lei ordinária<sup>3</sup>, o que se percebe é que nossos juízes e tribunais são reticentes em aplicá-las diretamente, em especial quando tais normas regulem situações também regidas pelo direito interno.

Não poucos são os exemplos desta dificuldade de aplicação do direito proveniente de normas internacionais na experiência brasileira. Para destacar alguns entre muitos, tem-se o que ocorre com a aplicação da Convenção da Haia de 1980 sobre as Consequências Civis do Sequestro de Crianças, e, ainda, o que ocorre com a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, em duas questões: (i) seja quanto à impossibilidade da prisão civil do depositário infiel<sup>4</sup>, que tanta discussão gerou; seja, mais recentemente, (ii) quanto à necessidade de realização da chamada *audiência de custódia*, no processo penal.

Para demonstrar e mencionada dificuldade, optou-se, no âmbito do presente estudo, por analisar a jurisprudência nacional referente às questões indígenas, para demonstrar o quanto é excepcional a aplicação, pelo Judiciário brasileiro, das normas referentes aos índios contidas na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Como se demonstrará, mesmo quando necessário afirmar-se os valores de proteção contidos na normativa internacional, prefere a jurisprudência nacional sequer mencionar a Convenção. Quando o faz, no mais da vezes, é para solucionar questões não diretamente ligadas aos índios, de que também se ocupa o texto<sup>5</sup>.

(i) em que local acionar (referente à questões processuais); (ii) qual a lei aplicável (utilização dos métodos de solução do conflito de leis); e, (iii) como executar decisões estrangeiras (cooperação entre jurisdições). Na França, o direito internacional privado compreende o estudo de quatro grandes temas: (i) conflito de leis, (ii) conflito de jurisdição, (iii) nacionalidade e (iv) condição jurídica do estrangeiro. A doutrina brasileira se filia, em sua grande maioria, a esta última escola. No tema do conflito de leis é que didaticamente se situa o conflito entre fontes, de que cuida o presente artigo.

<sup>3</sup> Até o julgamento dos recursos extraordinários RE 466.343/08, de relatoria do Ministro Cezar Peluso; e RE 349.703/09, relator para o Acórdão o Ministro Gilmar Mendes, que assentaram o entendimento de que tratados de direitos humanos ocupam posição supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, a Suprema Corte entendeu, desde o RE 80.004/SE, de relatoria do Min. Xavier de Albuquerque, que a norma proveniente de tratado, quando internalizada ostenta o status mínimo de lei ordinária. É o que se vê do seguinte julgado: STF, HC 72. 131. Relator para o Acórdão Min. Moreira Alves. “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tao somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre em relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, §2º, pela singeleza razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado”. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva: Rio de Janeiro, 1996. p. 31.

<sup>4</sup> STF, RE 466.343/08 e RE 349.703/09

<sup>5</sup> Já há certo consenso na jurisprudência quanto a aplicação da Convenção no 169, da OIT, nas questões relativas às comunidades quilombolas. Confira-se, por todos: CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART. 68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº 169-OIT. I. DIREITO COMPARADO. DIREITO INTERNACIONAL. O reconhecimento de propriedade

## 2. A CONTROVÉRSIA QUE OPÕE MONISTAS E DUALISTAS

Em linhas gerais, as relações entre o direito interno e o direito internacional dividem os internacionalistas em duas grandes escolas: Monismo e Dualismo. O Monismo pressupõe a unidade do direito, seja com prevalência do direito internacional, os chamados *internacionalistas* ou *kelsianos*<sup>6</sup>, que, admitindo o conflito entre o direito internacional e o direito interno, o resolvem pela solução hierárquica de prevalência do direito internacional; seja com prevalência do direito nacional, como se dá com os *nacionalistas* ou *hegelianismo*<sup>7</sup>; seja com

definitiva aos “remanescentes de comunidades de quilombos” é norma constitucional que encontra similitude no direito constitucional do continente americano. Questionamento, por parte de comitês e comissões internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu competência, no sentido da preocupação com a violação dos direitos das comunidades negras, recomendando adoção de procedimentos para efetiva titulação das comunidades quilombolas. Compromissos firmados e que encontram substrato na “prevalência dos direitos humanos” como princípio regente das relações internacionais. 2. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. Na interpretação das normas constitucionais, há que se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima efetividade e a eventual concordância, não sendo, em princípio, inconstitucional regulamentação, por decreto, de direitos das referidas comunidades, passados quase vinte anos da promulgação de uma “disposição constitucional transitória”. 3. NECESSIDADE DE LEI. A regulamentação, por meio de decreto, que não fere a Constituição, nem constitui espécie de decreto autônomo, quando: a) inexistente, para o caso, expressa previsão de lei em sentido formal, a regular a matéria; b) as Leis nº 7.688/88 e 9.649/98 dão suporte ao procedimento da administração; c) estão presentes todos os elementos necessários para a fruição do direito. 4. CONVENÇÃO Nº 169-OIT. Plena aplicabilidade do tratado internacional de proteção de “comunidades tradicionais”, não destoando o Decreto nº 4.887/2003 de seus parâmetros fundamentais: a) auto-atribuição das comunidades envolvidas; b) a conceituação de territorialidade como garantidora de direitos culturais; c) o reconhecimento da pluriétnica nacional. 5. QUILOMBOLAS. Conceito que não pode ficar vinculado à legislação colonial escravocrata, tendo em vista que: a) a historiografia reconhece a diversidade cultural e de organização dos quilombos, que não se constituíram apenas de escravos fugitivos; b) a Associação Brasileira de Antropologia estabeleceu, com base em estudos empíricos, um marco conceitual, a servir de base para o tratamento jurídico; c) o dispositivo constitucional, de caráter nitidamente inclusivo e de exercício de direitos, não pode ser interpretado à luz de uma realidade de exclusão das comunidades negras; d) os remanescentes não constituem “sobra” ou “resíduo” de situações passadas, quando o comando constitucional constitui proteção para o futuro; e) fica constatada a diversidade de posses existentes, por parte das comunidades negras, desde antes da Lei de Terras de 1850, de que são exemplos as denominadas “terras de santo”, “terras de índios” e “terras de preto”. 6. DESAPROPRIAÇÃO. Instituto que não é, de início, inconstitucional para a proteção das comunidades, considerando que: a) a Constituição ampliou a proteção do patrimônio cultural, tanto em sua abrangência conceitual (rompendo com a visão de “monumentos”, para incluir também o patrimônio imaterial), quanto em diversidade de atuação (não só o tombamento, mas também inventários, registros, vigilância e desapropriação, de forma expressa); b) onde a Constituição instituiu “usucapião” utilizou a expressão “aquisição de propriedade”, ao contrário do art. 68-ADCT, que afirma o “reconhecimento da propriedade definitiva”; c) existe divergência conceitual em relação à natureza jurídica prevista, que poderia implicar, inclusive, “afetação constitucional” por “patrimônio cultural” ou mesmo “desapropriação indireta”. 7. CARACTERÍSTICAS SINGULARES. Existência de territorialidade específica, não limitada ao conceito de “terras”, mas envolvendo utilização de áreas de uso comum, parcelas individuais instáveis e referenciais religiosos e culturais, a amparar pleno “exercício de direitos culturais”, que não se estabelece apenas com a demarcação, que é mero ato declaratório. Obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público no processo. Necessidade de oitiva da comunidade envolvida e conveniência de participação de um “tradutor cultural”, que permita às partes “se fazer compreender em procedimentos legais” (Convenção nº 169-OIT).” (TRF4. Terceira Turma. AG 200804000101605. Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 01.07.2008, publicado em 30.07.2008)

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. Les Rapports de Système entre droit interne et le droit international public. RCADI, v. 14, 1926. p.299 e 312/314

<sup>7</sup> Ibidem. p. 324; MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Volume I. 15a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 123

solução pelo critério cronológico, como propõe os moderados da *doutrina espanhola*<sup>8</sup>. O Dualismo percebe o direito interno e o direito internacional como compartimentos estanques e incomunicáveis<sup>9</sup>. Para os seguidores desta última escola, o direito internacional não gera seus efeitos diretamente no plano interno, se fazendo necessária, portanto, a prática de um *ato de incorporação* que reproduz, no ordenamento interno, a norma aprovada no plano internacional pela vontade do Estado. Em outras e claras palavras: a edição de uma lei interna que contenha a norma convencionada no plano internacional. É exemplo de dualismo a experiência do Reino Unido, lugar onde os súditos da Rainha só se submetem às normas emanadas diretamente do Parlamento.

De qualquer sorte, ainda que radical a oposição entre as duas escolas, o fato é que a controvérsia, hoje, ostenta contornos meramente acadêmicos, na medida em que tanto monistas como dualistas observam, em sua prática jurídica, as normas provenientes de fonte internacional<sup>10</sup>.

### 3. O DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, uma norma proveniente do direito internacional produz seus efeitos no plano interno somente após ser internalizada. E como a norma internacional é incorporada ao direito interno?<sup>11</sup>

Nos termos do artigo 84, VIII, da CRFB/88, o Presidente da República, que representa a país no exterior, tem atribuição para negociar e firmar o texto do tratado. Para o exercício desta atribuição, pode também nomear alguém de sua confiança, concedendo-lhe plenos poderes para tanto, o denominado *plenipotenciário*. A assinatura de um tratado é ato de direito internacional público, e já vincula o Estado, ao menos no que concerne a não praticar atos incompatíveis com a intenção manifestada no ato de assinatura do tratado.

Para que a norma adquira, internamente, os predicados de generalidade e abstração<sup>12</sup>, próprios do conceito de lei, a Constituição exige a prévia aprovação legislativa do conteúdo da norma convencionada no plano internacional, o que se dá de acordo com o artigo 49, I, da CRFB/88, ao enunciar cumprir, exclusivamente,

---

<sup>8</sup> Idem. P. 125.

<sup>9</sup> TRIEPEL, Carl Heinrich. Les Rappports entre droit interne et le droit international public. RCADI, v. 1, 1923. p. 79

<sup>10</sup> STF. ADI 1480 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello: “(...) É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro (...)”

<sup>11</sup> TIBURCIO, Carmen. Temas de Direito Internacional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume I. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 42.

ao Congresso Nacional: “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. O procedimento adotado pelo Legislativo, nesta fase, é o seguinte: recebida a mensagem do Presidente da República, comunicando a assinatura do tratado, delibera o Congresso sobre sua aprovação em votações separadas em cada Casa, Câmara e Senado, por maioria dos presentes<sup>13</sup>. O instrumento utilizado para veicular a deliberação é o decreto legislativo. Este decreto, como regra, contém duas previsões: a aprovação do tratado e a revogação de disposições em contrário. Neste momento, obtida a aprovação legislativa, o Estado já se obriga à fase seguinte: a confirmação do tratado. Esta confirmação da vontade já manifestada em nome do Estado pelo chefe do Executivo, ou por quem detenha plenos poderes para atuar em seu nome, pode se dar por duas formas: *ratificação* e *adesão*. A *ratificação*, ato do Chefe do Executivo, pode consistir em *troca de notas*, quando se tratar de acordos bilaterais; ou no *depósito*<sup>14</sup>, no caso de convenções multilaterais. Nos pactos bilaterais, não se admite a oposição de *reserva*, na medida em que tal oposição significaria novo tratado<sup>15</sup>. Nas convenções multilaterais, à exceção de expressa disposição no próprio tratado, o Presidente da República pode opor reserva apenas para a ciência das outras partes. A *adesão*<sup>16</sup> se dá nas hipóteses em que o Brasil, não tendo negociado o acordo, a ele adere após sua conclusão.

Vencida a confirmação, o Estado já está completamente comprometido com o pacto no plano internacional; no entanto, para que a norma produza seus efeitos no Brasil, é ainda necessária a prática de mais dois atos pelo Chefe do Executivo, estes agora de direito público interno: a promulgação e a publicação. Estes dois objetivam dar publicidade ao conteúdo do tratado e encontram seu fundamento legal não na Constituição, que deles não cuida em tema de tratados internacionais, mas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que preceitua, em seu artigo 1º que: “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”.

Concluído o processo de internalização da norma, esta passa a vigorar no país e eventuais conflitos com demais normas brasileiras se resolverão pelas formas tradicionais de solução do conflito de leis: hierarquia, cronologia e especialidade<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Artigo 47, da CRFB/88.

<sup>14</sup> O documento confirmatório da participação do Estado no tratado fica depositado em sua cidade sede, daí porque a prática de nomear-se estes tratados com o nome da cidade, como, por exemplo Tratado de Assunção.

<sup>15</sup> Note-se que o direito dos tratados, eis que fundado na obrigatoriedade do pacto, em tudo se identifica com o direito contratual, de forma que, a extinção do tratado, por exemplo, se dá por denúncia, espécie do gênero direito potestativo que tem como consequência extinguir um negócio jurídico de forma unilateral. Em outras palavras: forma de resilição unilateral (a bilateral é o distrato). Assim, também como nos contratos, a modificação da proposta constitui nova proposta.

<sup>16</sup> REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. Curso Elementar. 13a edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113.

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. *idem*.

Quer-se dizer com isso que se terá, ainda que originada de um tratado internacional, uma norma presumidamente válida, vigente e eficaz, cuja normatividade só poderá ser afastada por soluções instrumentadas, como regra<sup>18</sup>, por um dos princípios acima explicitados, não havendo falar-se em distinção outra, de qualquer natureza, entre normas provenientes de tratados e normas emanadas do Legislativo interno<sup>19</sup>.

Quais os possíveis conflitos?<sup>20</sup> E quais as suas soluções previstas para estes conflitos no ordenamento brasileiro? Os conflitos possíveis são: os havidos entre o tratado anterior e a constituição posterior; o tratado posterior e a constituição anterior; o tratado que veicule normas sobre direitos humanos e a constituição antes da emenda constitucional nº 45/04; o tratado sobre direitos humanos posterior à EC 45/04 e a constituição; o tratado e a lei ordinária ou complementar.

O primeiro conflito possível se dá entre tratado e constituição. A natureza jurídica do tratado internacional quando já incorporado ao direito brasileiro, como se disse, é, minimamente, a de lei ordinária. Desta forma, sua relação com a constituição é a seguinte: tratado anterior à Constituição e com ela incompatível, simplesmente não é observado. Não deixa de existir, porque, como se viu, obriga o Estado no plano internacional, só não é, no ordenamento brasileiro, observado. O tratado só deixa de existir quando é denunciado; tratado posterior a Constituição e com ela incompatível, pode ter, como qualquer lei nacional, sua inconstitucionalidade declarada, tanto em sede de controle difuso (qualquer juiz no tribunal no caso concreto) quanto em âmbito de controle abstrato (por meio de ação direta, processo objetivo).

Com relação aos tratados que versem direitos humanos, necessário distinguir, em tema de conflito entre fontes, a situação destes acordos, no direito brasileiro, em momento anterior e posterior à Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Antes da EC45/04, a discussão se limitava à delimitação do alcance do que enunciado no §2º, do art. 5º da CRFB/88. É que ao prever que os direitos fundamentais não se limitam aos elencados no artigo 5º, e alcançam os previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, parte da doutrina nacional afirmava que os tratados que contivessem normas de direitos humanos se sobreporiam a qualquer outra lei e ostentariam *status* de norma constitucional<sup>21</sup>, na qualidade de direito

---

<sup>18</sup> A referência, neste ponto, marca a possibilidade de utilização dos postulados normativos da razoabilidade e proporcionalidade que, por igual, e por meio de ponderação, também solicionam conflitos de normas.

<sup>19</sup> Aqui, cumpre lembrar, como se disse, que a aprovação legislativa dos tratados é o que lhes confere os predicados de generalidade e abstração, comuns a qualquer lei nacional.

<sup>20</sup> TIBURCIO, Carmen. Op.Cit.pp.8-46 e DOLINGER, Jacob. Op.Cit. pp. 91-124

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13a edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p.108

fundamental<sup>22</sup>. Esta era, inclusive, segundo a doutrina, a intenção do legislador, por influência do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>23</sup>.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal sempre negou reconhecer aos tratados de direitos humanos a posição de norma constitucional, com fundamento no §2º, do art. 5º, da CRFB/88. Para o Tribunal, a Constituição brasileira é formal, e reconhecer a existência de norma constitucional fora da constituição era admitir, no ordenamento brasileiro, o denominado *bloco de constitucionalidade*, corpo normativo que permite controlar a constitucionalidade das normas tendo, como parâmetro, normas que topograficamente se encontram fora da Carta Constitucional.

Este entendimento levava à conclusão de que toda vez que se verificassem conflitos entre tratados de direitos humanos com lei ordinária, este conflito se resolveria pelos conceitos ordinários de conflito de fontes: hierarquia, cronologia, e especialidade.

No entanto, uma questão levou a Corte Suprema a novamente refletir sobre o tema<sup>24</sup>, e o Tribunal então, considerando não ser razoável se ter em igualdade

<sup>22</sup> Para fins do presente trabalho, adota-se o conceito de direito fundamental como direitos humanos acolhidos pelo ordenamento nacional e positivados em texto constitucional. Ainda para fins deste trabalho, direitos humanos são conceituados como valores universalmente reconhecidos como protetivos da dignidade da pessoa humana, especialmente quando enunciados em declarações internacionais de direitos.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. In: FURTADO, Marcos Vinícius (coordenador). Reflexões sobre a Constituição. Uma homenagem da advocacia. Brasília: Alumnus, 2013. Pp. 371-372.

<sup>24</sup> “PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (STF, RE nº 349703/RS, Pleno, rel. Min. Carlos Brito)

leis ordinárias e tratados de direitos humanos, construiu o entendimento de que estes tratados estariam em uma posição de superioridade normativa, ainda que não considerados norma constitucional. Dessa forma, cunhou o conceito de *supralegalidade* dos tratados, que os situariam acima das leis ordinárias e complementares, e abaixo da Constituição. É o que se deu com o Pacto de São Jose da Costa Rica.

Posteriormente, a EC 45/04 introduziu procedimento especial (§3º, do art. 5º, da CRFB/88) para internalização de tratados sobre direitos humanos, estabelecendo, mudando o que deve ser mudado, o mesmo processo legislativo para a aprovação de emendas constitucionais. Aprovado um tratado de direitos humanos desta forma, ingressa a norma no ordenamento brasileiro com *status* de norma constitucional. Tem-se, assim, o anteriormente recusado bloco de constitucionalidade, ou seja: normas constitucionais não encartadas na constituição. Mas não só: tem-se norma constitucional que não mais pode ser extirpada do ordenamento, na medida em que se trata de direito fundamental, cláusula pétreia, portanto.

Uma conseqüência que se imaginou ocorrer com este novo procedimento, no âmbito da internalização dos tratados, seria o desaparecimento da mencionada fase de promulgação e publicação do tratado pelo Chefe do Executivo. É que os tratados, se aprovados como emenda constitucional, seriam promulgados pelo Legislativo, como é próprio das emendas constitucionais.

No entanto, esta situação não se verificou na prática. O único tratado internalizado desta forma até hoje, a Convenção de Nova Iorque sobre Acessibilidade, de 2010, foi promulgado e publicado pelo Executivo, como qualquer outro tratado.

Assim, no conflito entre tratado e lei, ordinária ou complementar, a solução se encontra com fundamento nos princípios da cronologia (anterioridade) e especialidade, é que não há hierarquia entre elas. A lei complementar, apesar de exigir tramitação legislativa mais complexa, não é hierarquicamente superior a lei ordinária.

Questão relevante que se coloca em tema de conflito de fontes é a interpretação que se deve dar ao artigo 98, do Código Tributário Nacional, ao estabelecer que: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Ora, se o conflito entre tratado e lei se resolve pelo critério da cronologia e especialidade, como seriam, nos termos do artigo 98, necessariamente observados por lei posterior em matéria tributária? Ou seja: qual a *ratio* dessa exceção legal? A resposta é que se trata, no caso em comento, da conhecida distinção entre tratado-lei e tratado-contrato.

A questão se explica da seguinte forma: todo tratado é, na sua gênese, um acordo de vontades. Este acordo veicula, como conteúdo, normas ou um acordo.

Formalmente, todos os tratados, quando internalizados, ostentam qualidade de norma, de lei nacional, seja seu conteúdo uma norma; seja seu conteúdo um acordo. Assim, tratado-lei é aquele que veicula normas genéricas e abstratas com força vinculante; e tratado-contrato é aquele que consiste num acordo, embora, como se disse, ambos sejam internalizados com força de lei. Partindo desta premissa, e fazendo esta distinção, o artigo 98 do CTN estabelece que um acordo internalizado por meio de um tratado, como um acordo bilateral sobre alíquota de importação, por exemplo, será observado pela norma futura interna, genérica e abstrata que alterar a mencionada alíquota.

Outro exemplo desta distinção encontrada no direito pátrio pode ser verificada no caso da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980. Neste caso, que será melhor explorado no tópico seguinte, se tem um acordo internacional de cooperação para a devolução da criança ilicitamente removida de sua residência habitual, e, em razão de se tratar de um acordo, cujo cumprimento representa um interesse da União, é que se tem a competência para o processo e julgamento pela Justiça Federal<sup>25</sup>, que, a despeito da norma insculpida no inciso III, do artigo 109, da Carta da República, não tem, na prática judiciária brasileira, competência para absolutamente todas as causas cuja solução jurídica se dê com fundamento em norma proveniente de tratado, devendo a expressão “causas fundadas em tratado” ser lida como causas fundadas em compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil por meio de tratado, evidente, assim, o interesse da União, razão de ser da competência da Justiça Federal<sup>26</sup>.

Pensar de modo diverso, seria admitir que sempre quando uma ação se fundasse em tratado-lei – formado por vontades de conteúdo idêntico, com a finalidade de criar normas jurídicas, de estabelecer direito objetivo – a competência para apreciar a causa seria da Justiça Federal. Nessa linha, ações relativas à Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, Convenção de Varsóvia sobre Responsabilidade Civil do Transportador aéreo e à Convenção para adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias seriam de competência da Justiça Federal e, como se sabe, são, na experiência judicial brasileira, de competência da Justiça Estadual.

#### **4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

O que se verifica na experiência judicial brasileira de aplicação direta de

<sup>25</sup> TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro Internacional de Crianças*. São Paulo: Atlas, 2014. Introdução. p. 5.

<sup>26</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Competência Cível da Justiça Federal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 50



normas provenientes de tratado, é, como se disse de início, sua injustificável resistência. Veja-se, por exemplo, a mencionada questão da vedação de prisão do depositário infiel, prevista no Pacto de São José da Costa Rica.

No caso da prisão do depositário infiel o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a suprallegalidade do pacto de São José da Costa Rica. A construção jurisprudencial foi engenhosa: como a própria Constituição dizia possível a prisão do depositário infiel - ao contrário do que preceitua o Pacto de São José -, a premissa foi a de que esta era uma norma de eficácia limitada, e que portanto reclamava lei que a regulamentasse. Desta forma, de acordo com o entendimento do Tribunal, toda lei que viesse a regulamentar a norma sobre a prisão civil seria incompatível com o Pacto, estabelecendo-se, assim, um controle de convencionalidade.

Outro exemplo de relevo é o da aplicação da mencionada Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980. Esta Convenção representa o principal instrumento de combate à subtração internacional de menores. Em vigor no Brasil por força do Decreto nº. 3.413/2000, a Convenção objetiva resolver conflitos entre pais de nacionalidades/domicílios diferentes sobre questões relacionadas aos filhos comuns do casal. Até a sua conclusão, esse era um problema intransponível: em muitos casos, com o término da relação conjugal, os filhos desses casais eram retirados do local da sua residência habitual e levados por um dos genitores para o exterior, jamais retomando contato com a mãe ou com o pai deixado para trás<sup>27</sup>.

O sistema de proteção às crianças previsto no texto convencional funciona através das autoridades centrais (art. 6º) que, em cada país, proporcionam assistência para a localização da criança e para alcançar, onde seja possível, a restituição voluntária da criança ou uma solução amigável para as questões de guarda. Além disso, também cooperam para prevenir maiores prejuízos à criança, iniciando ou ajudando a iniciar o procedimento para a restituição, e fazendo todos os arranjos administrativos necessários para garantir a restituição da criança com o menor risco possível.

Releva notar, no que concerne à aplicação de suas normas, ou seja, à aplicação direta no Brasil de normas provenientes de tratado internacional, que a Convenção não regula quem deve ter a guarda das crianças, mas sim quem é competente para decidir tais questões – competência essa que, nos termos da Convenção, é do juízo da residência habitual da criança antes da sua remoção ilícita (art. 16). Como se percebe, o texto convencional partiu da premissa de que o juiz natural para decidir as questões sobre a guarda de crianças até os 16 anos de idade (art.

---

<sup>27</sup> TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. Op. Cit. p. 2.

4º), quando conduzidas ilicitamente de um país para outro, deveria ser o juiz da sua residência habitual, que teria mais facilidade de avaliar a solução que melhor atenderia aos interesses da criança<sup>28</sup>.

Nesse caso, o mecanismo previsto é o recurso à autoridade central no país da residência habitual, que entrará em contato com a autoridade central do país de refúgio para que sejam tomadas as providências administrativas/judiciais necessárias para o retorno imediato da criança. No caso do Brasil, a autoridade central é a Secretaria Especial de Direitos Humanos e a ação para o retorno da criança é proposta pela Advocacia-Geral da União, perante a Justiça Federal.

Assim, embora as causas de família, em geral, sejam julgadas pela Justiça Estadual, o que se tem quanto à aplicação da Convenção, é ação (i) fundada em tratado internacional (CRFB/88, art. 109, III); e, (ii) da qual é parte a União (CRFB/88, art. 109, I), o que atrai, necessariamente, a competência federal.

No entanto, esta percepção na prática judiciária brasileira não é tão óbvia quanto deveria ser, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a afirmar e reafirmar esta tese em uma messe de julgados<sup>29</sup>.

Por outro lado, ainda quanto à dificuldade de se aplicar no Brasil norma proveniente de tratado, necessário atentar-se que o argumento, frequentemente utilizado para a não devolução de crianças brasileiras com fundamento no tratado, o da “proteção da soberania nacional”, se afigura, com todas as vênias, paroquial e preconceituoso, por presumir que o juiz estrangeiro necessariamente decidirá pela manutenção da criança no exterior. E não só: o respeito ao tratado é uma via de mão dupla, na medida em que há, por igual, crianças subtraídas do Brasil e levadas para o exterior, que devem ser devolvidas para que o juiz brasileiro (neste caso sim, o estadual) decida sobre sua guarda.

O auge desta discussão, no Brasil, se deu quando do caso do menino *Sean Goldman*, filho de mãe brasileira e pai norte-americano que veio ao Brasil acompanhado da mãe em 2004, não mais regressando aos Estados Unidos da América.

Com este caso, a Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças se tornou conhecida por todos que acompanharam o amplo debate provocado pela longa disputa judicial. Não obstante o pronunciamento definitivo do STF, ainda se colhem as consequências jurídicas do episódio, razão porque, no final de 2010, em função de todo o clamor público suscitado pelo litígio, partidos

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 183

<sup>29</sup> Veja-se por todos: CC 64.120, DJ 25/10/2006, Rel. Min. Castro Filho e CC 64.012, DJ 09/11/2006, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

políticos interpuseram no Tribunal recursos constitucionais visando a tornar a Convenção ineficaz. O DEM ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e o PP ajuizou ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) sob o fundamento de que somente à Justiça Brasileira caberia decidir sobre o destino de criança de nacionalidade brasileira, com fundamento, evidentemente, na legislação emanada do Legislativo brasileiro.

Ainda como outro exemplo da mencionada resistência às normas provenientes de tratado na prática judicial brasileira, tem-se a recente discussão sobre a aplicação direta do artigo 7, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê a denominada audiência de custódia.

O artigo 7, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que teve adesão do Brasil em 1992, e foi internalizado pelo Decreto nº 678/1992, prevê que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”. No mesmo sentido, a previsão do art. 9, 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, cuja adesão brasileira se deu no mesmo ano, e foi internalizado pelo Decreto no 592/92: “Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

Passados mais de vinte anos destas adesões, a mencionada *audiência de custódia*, que consiste, em linhas gerais, no direito de todo indivíduo preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que este: (i) faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura; e, (ii) examine a legalidade e necessidade da prisão, jamais foi observada na prática judicial brasileira.

Embora o exame da legalidade da prisão seja um comando legal extraído da norma contida no art. 306, § 1º, do CPP, esta normativa interna se satisfaz com o mero conhecimento da situação de segregação por meio do que relatado nos autos da comunicação de prisão por escrito - a conhecida, na prática judicial criminal, “Comunicação de Prisão em Flagrante” - o que, do que se colhe da normativa internacional, não satisfaz o padrão de direitos humanos estabelecido na Convenção.

Tanto assim é que, em diversos precedentes, a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* assentou que o controle judicial imediato assegurado pela *audiência de custódia* é meio adequado para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador “*garantir os direitos do detido*,

*autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência*<sup>30</sup>.

No Brasil, embora tenhamos a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos EUA e da China, a implementação da *audiência de custódia* esbarra no argumento de requerer tal implementação regramento interno (leia-se: lei), não podendo ser diretamente aplicada pelo Poder Judiciário, sob pena de estar o juiz a se substituir ao legislador. Em outras e claras palavras: não se admite no direito brasileiro quanto ao tema a aplicação direta de norma proveniente de tratado.

Atento a esta questão, o Legislativo brasileiro já se movimenta para promover a alteração do mencionado artigo § 1º, do artigo 306, do Código Penal, adaptando-o ao que preceitua o artigo 7, 5, da Convenção. Trata-se do PLS 554/2011<sup>31</sup>.

Também o Conselho Nacional de Justiça pretende implementar a medida. Em 6 de fevereiro de 2015, o Conselho lançou o projeto Audiência de Custódia, em São Paulo. No discurso de lançamento, seu Presidente, o Minsitro Ricardo

<sup>30</sup> Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24.06.2005. No mesmo sentido, cf. também Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30.10.2008; Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentença de 18.09.2003; Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México. Sentença de 26.11.2010; Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Sentença de 21.11.2007; Caso Fleury e outros Vs. Haiti. Sentença de 23.11.2011; Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentença de 25.11.2005.

<sup>31</sup> O PLS 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que prevê: “Art. 306. (...)§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública” recebeu, na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), emenda substitutiva, apresentada pelo Senador João Capiberibe, aprovada à unanimidade com a seguinte redação: “Art. 306. (...)§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2.º A oitiva a que se refere o § 1.º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 3.º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 4.º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2.º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código”. Aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 26.11.2013, chegou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde sofreu nova emenda substitutiva, de autoria do Senador Francisco Dornelles, que se limita a alterar a versão original do projeto para prever a possibilidade de realização da audiência pelo sistema de videoconferência: “Art. 306. (...)§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

Lewandowski, anunciou a intenção de levar o projeto a outras capitais. E no dia 9 de abril, do mesmo ano, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos para incentivar a realização de audiências de custódia em todo o País, além de fomentar o uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica<sup>32</sup>.

De forma solene, com a presença do Ministro, as primeiras audiências foram realizadas nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

No que concerne à questão indígena, tão culturalmente identificada com a formação do povo brasileiro, se podem observar distintas formas de percepção do grupo de pessoas que os índios representam. Juridicamente, uma primeira percepção do índio brasileiro, a legal, é a do índio não integrado, que corresponde à imagem caricatural do indígena pré-colombiano, isolado, não fluente em língua portuguesa, e sem acesso ao desenvolvimento experimentado pelo resto da população brasileira. Este índio, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 6.001/73 deve ser integrado, ainda que “progressiva e harmoniosamente” à comunhão nacional”. Trata-se do silvícola, que nada mais é que o selvagem e que, consoante a teleologia da lei, não deve assim permanecer.

Uma segunda percepção, a constitucional<sup>33</sup>, afasta a tese da integração como meta a ser alcançada, na medida em que reconhece e protege os costumes e tradições indígenas, o que equivale dizer que o índio não deve abandoná-las para, harmoniosa e progressivamente, se integrar à comunhão nacional.

Equidistante destas duas percepções de direito interno, está a visão normativa do direito internacional, como se colhe da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, OIT, internalizada no direito brasileiro pelo Decreto nº 5.051/04 e da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas. Para esta percepção, normativa, no caso da Convenção; e nomogenética<sup>34</sup>, no caso da Declaração, a condição indígena não é transitória, mas uma identidade cultural que deve ser protegida pelo ordenamento; e, por outro lado, não exige, para que seja reconhecida e protegida, que o indivíduo se mantenha distante de todo desenvolvimento social, econômico e tecnológico experimentado pelo resto da população. Em outras palavras: admite que o indivíduo mantenha sua

---

<sup>32</sup> <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>

<sup>33</sup> A Constituição trata da questão indígena nos artigos 20, XI; 22, XIV; 109, XI; 129, V; 176, §1º; 210, §2º; 215, §1º; 231; 232 e 67, do ADCT.

<sup>34</sup> As declarações internacionais de direitos não tem, como regra, força normativa, cogente, mas função nomogenética, que significa exortar os Estados Parte a promover, no âmbito de seus direitos internos, a proteção desejada pela declaração de direitos. No Brasil, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas foi considerada, pelo STF, no julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” como soft law.

identidade cultural, sem abrir mão da vida moderna, e dos benefícios que ela traz, e sem que, com isso, se imagine ser necessária sua integração na sociedade como distanciamento de suas raízes culturais.

As questões que se colocam na atualidade, portanto, são: (i) quem é índio?; e, (ii) qual o alcance da proteção jurídico-normativa que se lhe deve observar?

A jurisprudência brasileira se equilibra entre a ultrapassada percepção legal, e as orientações constitucionais de proteção ao índio, ignorando, quase por completo, a possibilidade de aplicação direta das normas previstas na Convenção Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ainda que para fundamentar soluções cuja disciplina também se pode encontrar no denominado Estatuto do Índio, como se verá. Em outras e claras palavras: se mostra reticente na aplicação direta de normas provenientes de tratado.

Em matéria cível, a jurisprudência das Cortes Regionais Federais, que por força do estabelecido no artigo 109, XI, da Carta da República, é o foro próprio para a construção do pensamento jurisprudencial sobre o tema, aplicando estritamente a norma legal, Estatuto do Índio, no mais das vezes sequer menciona a Convenção como fundamento normativo para as decisões que profere. E insiste na questão sobre quem é ou não índio, sempre a partir do critério legal, estabelecido no artigo 1º, da Lei nº 6.001/73. É dizer: considera índio somente o não integrado que necessita da tutela estatal. Em outras palavras: o que se considera incapaz para os atos da vida civil, o silvícola.

Considera, por outro lado, que os indicadores de integração à comunidade nacional, não só afastam a tutela legal específica, como a própria norma de regência prevê, mas afirma que os indivíduos integrados simplesmente não são índios.

*“(...)Considera-se **índio** ou silvícola como «o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional». Art. 3º, I, da Lei 6.001/73. 4. O regime protetivo instituído pela Lei 6.001/73 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 vernáculo, bem como que os **índios** «desaldeados» não nasceram na aldeia, e, como se sabe, as tribos consideram **índios** aqueles nascidos na aldeia, pouco importando seu biótipo, se ameríndio,*

branco ou negro. 6. Os **índios** «desaldeados» da etnia Xocó-Guará encontram-se perfeitamente inseridos 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. 7. 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**(...) (TRF5. Quarta Turma. AC 00045201820124058500. Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira. DJE 24.04.2014).

“(…) A sentença entendeu que os **índios** apontados como causadores dos danos em questão estão, assim como os autores da ação, completamente integrados à sociedade civil não indígena, sendo, portanto, civilmente capazes e responsáveis por seus atos. Via de consequência, a ação foi extinta sem análise do mérito, por ilegitimidade passiva da União e da Funai. Apela os autores pugnando pela incapacidade civil dos **índios** que lhes causaram danos e pela conseqüente legitimidade passiva dos réus. - O parágrafo único do art. 4º, do Código Civil/02, dispõe que «a capacidade dos **índios** será regulada por legislação especial». Essa lei especial é o Estatuto do **Índio** (Lei 6001/73), que define **índio** ou silvícola como «todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional» (art. 3º, inc. I), podendo ser classificados em **índios** isolados, em via de integração ou integrados (art. 4º). - Apenas os «**índios** não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei» (art. 7º, do Estatuto do **Índio**), pelo que se infere que os **índios integrados** são «reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características da sua cultura» (art. 4º, III, da Lei 6001/73) (...).” (TRF5. Segunda Turma. AC 200383000202000. Rel. Des. Fed. José Eduardo de Melo Vilar Filho. DJE 24.01.2013).

“(…) A FUNAI atua na defesa judicial dos direitos dos **índios** que não se encontram integrados à comunhão nacional, a teor do disposto nos arts. 1º, I, e 3º, Anexo I, do Decreto 4.645/2003. 2. O aludida fundação não possui legitimidade para o ajuizamento da presente ação civil pública, em que se busca resguardar direito de inscrição em concurso público a indígenas integrados à sociedade nacional. 3. O fato de os **índios** possuírem os requisitos previstos no edital, entre os quais, o nível de escolaridade exigido para a investidura no cargo público, demonstra sua integração.(…)” (TRF1. Quinta

Turma. AC 00005825620064013902. Rel. Des. Fed. João Batista Moreira. E-DJF1 26.04.2013).

*“(...) Segundo o Estatuto do Índio, a assistência da FUNAI não se aplica aos índios integrados, bem como, em se tratando de índio não integrado, se tiver consciência e conhecimento do ato praticado sem assistência, este não será nulo. 2- A apresentação de documentos pessoais assinados pelo indígena, demonstra ter consciência e conhecimento de seus atos, apto, portanto, a pleitear judicialmente a concessão de benefício previdenciário, independentemente da assistência da FUNAI.(...)” (TRF3. Nona Turma. AC 00304841320044039999. Rel. Des. Fed. Santos Neves. DJU 13.12.2007).*

Em matéria criminal, a questão que se refere, na maior parte das vezes, à atenuação de pena de que cuida o artigo 56, da Lei nº 6.001/73, e o regime de cumprimento de pena de que trata o parágrafo único do mesmo artigo, entendendo as Cortes Regionais que a constatação de que o índio se encontra integrado afasta a possibilidade de atenuação da pena e da fixação do regime prisional mais benéfico. No ponto, de se destacar que a Convenção nº 169, da OIT, estabelece em seu artigo 10, que a sanção penal deve, necessariamente, considerar as características sociais, econômicas e culturais destes indivíduos e, sempre que possível, deve o aplicador da lei optar por punição que não implique em encarceramento, o que deve influenciar, necessariamente, o que disposto no artigo 44, do Código Penal Brasileiro.

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL: TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - DENÚNCIA - MATERIALIDADE - AUTORIA - PENA-BASE - CONFISSÃO - REINCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - TRANSNACIONALIDADE - CAUSA AUMENTO DO ARTIGO 40, VI, DA LEI 11.343/2006 - CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006; ARTIGO 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL) - REGIME DE CUMPRIMENTO - INDÍGENA - LAUDO ANTROPOLÓGICO - DETRAÇÃO. 1. A materialidade do delito de tráfico de substância entorpecente restou demonstrada através do Auto de Apresentação e Apreensão, pelo Laudo de Exame Preliminar de Constatação e pelo Laudo de Perícia Criminal (Exame Químico Toxicológico), os quais comprovam que o material encontrado em poder do réu tratava-se de maconha. 2. O acusado foi preso em flagrante delito na rodovia MS 289, no Município de Amambai/MS, em 04/02/2012, quando seguia viagem em bicicleta no sentido Coronel Sapucaia - Amambai, transportando substância entorpecente conhecida vulgarmente como maconha, com massa líquida total correspondente a 14g (catorze quilos). As testemunhas*



*Mauro Sérgio Carvalho dos Santos e Anderson Marssaro ratificaram em Juízo o depoimento prestado perante a autoridade policial, no sentido de que, ao abordarem o acusado, constataram que ele e seu primo menor, Rodrigo, transportavam tabletes de maconha em suas bicicletas. No interrogatório policial o acusado confessou ter-se deslocado de bicicleta da cidade de Dourados/MS à cidade de Capitán Bado, no Paraguai, com o intuito de comprar maconha para seu uso pessoal e para revender em sua aldeia. Diz que comprou 11 tabletes de um cidadão paraguaio, que não soube dizer o nome, e pagou R\$ 60,00 (sessenta reais) por tablete; que revenderia cada pacotinho ao custo de R\$ 5,00 (cinco reais). Em Juízo, assumiu ter transportado a droga, mas alegou que a teria adquirido em território nacional, na saída da cidade de Coronel Sapucaia/MS, e se destinava apenas ao seu consumo próprio. Vê-se, pois, que além do flagrante, o acusado confessou a prática delitiva. 3. Tendo o Juízo fixado a pena base no mínimo legal, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, por não verificar nas circunstâncias do artigo 59 idoneidade para exasperar a pena, e em vista de que a quantidade da droga apreendida era ordinária e insuficiente para autorizar a majoração, é de ser mantida a pena-base nesse patamar, à míngua de recurso da acusação. 4. Embora muito se tenha discutido a respeito da preponderância ou não da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, essa discussão restou superada em razão do julgamento, em sede de recurso repetitivo, do ERESP 1.341.370, em 10/04/2013, pela Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância, sendo possível a compensação das duas circunstâncias. 5. Tendo o réu se deslocado de bicicleta da cidade de Dourados/MS à cidade de Capitán Bado, no Paraguai, com o intuito de comprar maconha para seu uso pessoal e para revender em sua aldeia no Brasil, sendo abordado em território brasileiro, comprovada está a transnacionalidade do delito, devendo permanecer a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei de Drogas, no patamar fixado pelo Juízo, de 1/6 (um sexto). 6. Tendo sido atestado pelo laudo antropológico ser comum a realização de atividades e tarefas em grupo, desde a infância, no âmbito da cultura indígena brasileira, bem assim que o acusado sabia que o menor era viciado em maconha, tanto que tentou dissuadi-lo da empreitada criminosa, e tendo o menor relatado ser consumidor de maconha e ter participado financeiramente da compra da droga, evidenciando já ter sido vítima de corrupção anterior aos fatos, não há de se falar em corrupção de menor, motivo pelo qual é de ser afastada a causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei 11.343/2006. 7. Reconhecida a reincidência do réu, correta a decisão do Juízo de afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.*

8. *Pacificou-se o entendimento no âmbito da Corte Superior de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4º, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no seu artigo 56, parágrafo único (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns.* 9. *Tendo o laudo antropológico concluído que o acusado manteve contatos esporádicos com a sociedade nacional ou cultura envolvente e tinha potencial consciência da ilicitude de sua conduta, ainda que não tivesse completa consciência das consequências e da gravidade do que estava fazendo, está suficientemente integrado à sociedade nos termos do art. 4º, III, do Estatuto do Índio, não se justificando a aplicação do regime especial de cumprimento de pena.* 10. *Regime inicial fechado, como fixado na sentença, vez que não estão presentes os requisitos para regime menos grave, principalmente por tratar-se de réu reincidente, tendo o magistrado, no momento da prolação da sentença condenatória, observado o disposto no artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal.* 11. *No que respeita à detração, em razão do parágrafo 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.736/2012, o Magistrado a «quo» a procedeu. Considerou que o réu foi preso em 04/02/2012, encontrando-se preso até a prolação da sentença, portanto, 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 12 (doze) dias, mantendo o regime fechado, à vista das circunstâncias do artigo 59 do CPP. Eventual direito à progressão será apreciado pelo Juízo das Execuções.* 12. *Apelação do acusado parcialmente provida para determinar a compensação da agravante de reincidência com a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se a pena em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, e afastar a causa de aumento de que trata o artigo 40, VI, da Lei 11.343/2006, tornando definitiva a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, equivalentes em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na data dos fatos.” (TRF3. Décima Turma. ACR 00005594220124036005. Rel. Desa. Fed. Cecília Mello. e-DJF3 07.04.2015).*

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ATENUANTE DO ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO. GRAU DE INTEGRAÇÃO DO SILVÍCOLA. DESNECESSIDADE DA TUTELA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. EXACERBAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE. NÃO SINONÍMIA A MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE OUTRAS ANOTAÇÕES QUE NÃO DO PROCESSO EM ANÁLISE.*

AUSÊNCIA DE OBSERVAÇÕES DESFAVORÁVEIS A PARTIR DAS DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA ACUSAÇÃO E PELA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO EM DESFAVOR. CARÁTER NEUTRO. PRESENÇA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. EXACERBAÇÃO DA PENA. ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A PARTIR DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÉDIO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DOS ARTS. 44 E 77 DO CÓDIGO PENAL. NÃO ATENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU DE SUSPENSÃO DA PENA. EMBARGOS CONHECIDOS EM PARTE. PROVIMENTO. I. A condição de silvícola, por si só, não confere ao agente a atenuação prevista no art. 56 do Estatuto do **Índio** (Lei nº 6.001/1973), notadamente quando completamente integrado à sociedade dita civilizada. Precedentes deste eg. Tribunal Regional. II. A Constituição da República, ao reconhecer aos **índios** o direito de ser e manter-se como **índio** não extirpou dele a possibilidade de uma cidadania plena, inclusive com a possibilidade de a ele impor sanções penais, desde que observadas suas características econômicas, sociais e culturais, razão pela qual pode ser afastada a tutela especial acaso verifica a integração do silvícola à sociedade. III. A conduta social e a personalidade não são sinônimos de antecedentes criminais, diante da prevalência do princípio constitucional da presunção da inocência, ainda que se possa valer-se da folha de antecedentes para levantar dados suficientes que permitam ponderá-las, afinal se distinguem de maus antecedentes e merecem ser analisadas, no contexto do art. 59 do Código Penal, separadamente, devendo julgador, em ambos os casos, cercar-se de outras fontes para aquilatar como age o acusado na sua vida em geral, independentemente de acusações no âmbito penal. IV. Não constando nas folhas de antecedentes criminais carreadas aos autos outros procedimentos diversos ao em apuração, bem como não se arguindo das testemunhas arroladas pela acusação situações em que se as pudesse aferir e, ainda, sendo as testemunhas de defesa uníssonas em afastar deméritos, não há como se valorar desfavoráveis a conduta social e a personalidade do agente. V. Presente, contudo, outras circunstâncias judiciais em desfavor do réu, é de se dissociar do mínimo legal a pena base. VI. Adotando-se um critério objetivo diretamente proporcional ao total de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao acusado, verifica-se excessivo o quantum apontado na sentença, ponderando-se, desta forma, uma exacerbação a partir do mínimo legal, para fixar, ao final, a pena base de 1 (um) ano, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão para o crime de resistência; enquanto que para o crime de posse ilegal de arma de fogo, a pena base de

1 (um) ano, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção, que se têm por definitivas diante da ausência de circunstâncias atenuantes/ agravantes e de causas de aumento/diminuição, com regime inicial de cumprimento semi-aberto. VII. Mantida a pena de multa fixada na sentença, para o crime de posse ilegal de arma de fogo, por proporcional à pena privativa de liberdade, em 15 (quinze) dias, cada qual valorado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. VIII. Ausentes os requisitos dos arts. 44 e 77 do Código Penal, em vista do cometimento dos ilícitos com violência e o concurso material, tem-se por impertinente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou sua suspensão. IX. Embargos infringentes e de nulidade parcialmente conhecidos e, na parte conhecida, providos.” (TRF5. EIACR 20058304000592402. Pleno. Relator Des. Fed. Bruno Teixeira, DJE 10.07.2013)

Ainda em matéria penal, no Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento de que a atenuante prevista no artigo 56, da Lei nº 6.001/73 só é aplicada ao índio não integrado, também chamado não aculturado.

“..EMEN: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE INCÊNDIO. INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE BRASILEIRA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DO ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. 1. Este Tribunal Superior possui entendimento firmado de que o art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do **Índio**), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN:” (STJ. AGRESP 201300146327. Quinta Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze. DJE 16.09.2013)

“..EMEN: HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.º, III, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PACIENTE. INDÍGENA. INTEGRADO À SOCIEDADE (POSSUI TÍTULO DE ELEITOR E DOMÍNIO DA LÍNGUA PORTUGUESA). INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO **ÍNDIO**. PENA DEFINITIVA FIXADA EM 12 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso

*especial. 2. Esta Corte firmou o entendimento de que o indígena integrado à sociedade, nos termos do art. 4.º, III, do Estatuto do Índio, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos cidadãos comuns. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou que o paciente possui título de eleitor e domínio da língua portuguesa, evidenciando que está integrado à sociedade, fato que respalda a aplicação do art. 33, § 2.º, a, do Código Penal, uma vez que a pena foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão. 3. Habeas corpus não conhecido. ..EMEN:” (STJ. HC 201020186078. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJE 24.03.2014)*

## 5. A VIRADA PARADIGMÁTICA

Consideradas as grandes inovações previstas na norma convencional, os direitos de participação e de consulta já vem, nos termos da Convenção e do texto constitucional, sendo observados pela jurisprudência:

*“AMBIENTAL. PASSAGEM DE RODOVIA POR TERRA INDÍGENA. CONDICIONANTES IMPOSTAS PELA FUNAI APÓS A EXPEDIÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO E À CONVENÇÃO 169 DA OIT. PRETENSÃO DE CONTINUIDADE DAS OBRAS. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A suspensão da realização de obras em rodovia que corta terra indígena no Estado do Maranhão por ausência de observância de condicionantes impostas pela FUNAI após a realização do EIA/RIMA e expedição de licença ambiental, antes de causar prejuízo, observa o regramento constitucional e legal relativo à matéria. 2 - A atuação da FUNAI na espécie constitui mera observância das disposições da Lei nº 5.371/67, que atribuem à autarquia a proteção e promoção dos direitos indígenas. 3 - A consulta aos interesses indígenas, além de derivar do artigo 231 da Constituição Federal, está prevista na Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, cujas normas estabelecem a consulta aos índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. 4 - Em casos como o discutido na demanda que origina este recurso, cumpre à FUNAI atuar supletivamente ao IBAMA, realizando o controle ambiental e estipulando diversas condicionantes a serem executadas, com vistas a mitigar os*

*impactos ambientais e proteger as terras indígenas. 5 - Inexistente ilegalidade ou desconformidade com o texto constitucional ou legal sobre o tema, não prospera a pretensão recursal que pretende a continuidade da obra sem observância às condicionantes impostas pela FUNAI. 6 - Agravo de instrumento desprovido.” (TRF1. Ag 00020646120134010000. Quinta Turma. Relatora Desa. Fed. Selene Maria de Almeida, e-DJF1 10.01.2014)*

Embora tímida, a referência à Convenção nº 169, da OIT, já se tem feito presente nas decisões dos Tribunais Regionais Federais, ainda que não ocupem a posição de fundamento determinante para a solução das questões referentes aos índios, a eles submetidas. É o que se vê da decisão proferida pela mesma Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, no mesmo ano de 2014.

*“CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. REPARO DAS VIAS DE ACESSO ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS PRADINHO E ÁGUA BOA(MG). POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO NO PÓLO PASSIVO DA PRESENTE RELAÇÃO PROCESSUAL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO RECURSAL E PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO. CONTROLE JUDICIAL DO ATO IMPUGNADO EM SEDE DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. I - A orientação jurisprudencial deste Tribunal e do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “em havendo superposição de controle judicial, um político (suspensão de tutela pelo Presidente do Tribunal) e outro jurídico (apelação) há prevalência da decisão judicial” (REsp 476469/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 297). II - Inexistência, no caso concreto, de relação de prejudicialidade dos efeitos jurídicos a serem produzidos, neste momento processual, pelo julgamento colegiado desta colenda Quinta Turma, em virtude de decisão proferida pela Presidência deste egrégio Tribunal, em sede de suspensão de segurança, eis que, uma vez submetida a decisão apelada ao crivo da Corte Revisora, por intermédio do órgão jurisdicional competente para a sua revisão (no caso, a Turma julgadora), o referido decisum singular é integralmente substituído pelo julgado Colegiado, nos termos do art. 512 do CPC. Precedentes. III - Na hipótese dos autos, não há que se falar em cerceamento do*

*direito de defesa, sob o fundamento de que a decisão liminar proferida pelo juízo monocrático impediu o chamamento ao processo do Estado de Minas Gerais, do Município de Bertópolis e dos demais órgãos indicados no caput da Lei nº 6.001/73, para responderem solidariamente a presente ação, eis que “prevalece na jurisprudência nacional a diretriz no sentido de que a ação civil pública, pelas suas próprias características, não admite o chamamento ao processo, como também nela não tem cabimento a denúncia à lide.” (AG 0057416-14.2007.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL REYNALDO SOARES DA FONSECA (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.63 de 07/11/2008). Ainda que assim não fosse, verifica-se que o pleito da recorrente no sentido de que fossem chamadas ao processo outras partes restou consumado pelo fenômeno da preclusão processual, na medida em que a União não requereu a citação dos chamados ao processo no prazo para a contestação (art. 78 do CPC). Agravo retido desprovido. IV - A União tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente relação processual, porquanto compete ao referido ente federativo proteger e fazer respeitar todos os bens e interesses das comunidades indígenas (art. 231, caput, da CF; art. 7º, § 2º, da Lei nº 6.001/73; e art. 1º e 2º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT). V - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal), razão por que se afigura juridicamente possível, na espécie, condenar a promovida na obrigação de implementar as obras das vias de acesso às comunidades indígenas Pradinho e Água Boa, no município de Bertópolis (MG), garantindo-se, assim, a assistência sócio-econômica e sanitária das referidas comunidades voltada, inclusive, para a proteção e promoção do direito à saúde e à vida dos aludidos povos indígenas, mormente em se tratando de hipótese, como no caso, em que a assistência sócio-econômica das referidas comunidades encontra-se prejudicada pelo estado lastimável das vias de acesso àquelas comunidades indígenas. VI - Nesta dimensão, o Supremo Tribunal Federal, no exame da ADPF nº 45/DF, firmou sua inteligência, no sentido de que “é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder*

Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), pois "a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança." (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). VII - A proibição de concessão



*de liminar contra a Fazenda Pública contida no art. 1º da Lei 9.494/97 não alcança o caso em concreto pois não se trata de: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, pois o tema em discussão não diz respeito a qualquer das matérias acima referidas. Precedentes. VIII - Não se afigura cabível, no caso em exame, a condenação da União no pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista que a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público. Precedentes. IX - Agravo retido desprovido. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas, tão-somente para excluir a condenação do recorrente no pagamento de honorários advocatícios, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida.” (TRF1. AC 00010222320094013813. Quinta Turma. Relator Des. Fed. Souza Prudente, e-DJF1 14.01.2014)*

No âmbito do STJ, em matéria criminal, já se verifica a discussão sobre a necessidade de aplicação direta da norma prevista no artigo 10, 1, da Convenção nº 169, da OIT, no que respeita a execução da pena criminal. No caso em tela, o Julgado afastou a aplicação da atenuante prevista no artigo 56, da Lei nº 6.001/73, por considerar, na esteira de remansosa jurisprudência do Tribunal, que o índio integrado não faz jus à observância da atenuante na fixação da pena criminal, desnecessária a perícia antropológica quando por outros elementos de puder comprovar a integração à comunhão nacional. E, sendo possível a substituição da pena, nos termos do artigo 44, do Código Penal, considerou desnecessário, no caso concreto, prosseguir na discussão sobre se possível a observância do que preceitua o mencionado artigo 10, 1, da Convenção nº 169, da OIT.

*“EMEN: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 129, CAPUT, E 146, § 3º, DO CP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIX CRIMINAL. SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE RECURSAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INDÍGENAS. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA OU SOCIOLÓGICA. INTEGRAÇÃO À SOCIEDADE CIVIL. AFERIÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS. EXAME. DESNECESSIDADE. PROVAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE NEXO*

DE CAUSALIDADE. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 56 DA LEI N. 6.001/1973. APLICAÇÃO. SILVÍCOLA INTEGRADO À SOCIEDADE. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPERAÇÃO. DISCUSSÃO. APLICABILIDADE. ART. 10, ITEM 2, DA CONVENÇÃO N. 169/OIT. ITEM 1 DO MESMO DISPOSITIVO. OBSERVÂNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Está extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação aos crimes dos arts. 129, caput, e 146, § 3º, do Código Penal, pois, desde o último marco interruptivo, consistente na publicação da sentença condenatória, em 26/1/2007, transcorreram os lapsos suficientes para a sua consumação, que eram, respectivamente, de 2 e 4 anos. 2. Subsistência do interesse recursal tão só quanto ao delito do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal e apenas em relação aos recorrentes que foram por ele condenados (Valdecir Fernandes, João Eloir Fernandes, Jair Cardoso, Adilson Jorge Ferreira, Angelin Gandão e Valmor Venhira Mendes de Paula). 3. Inexiste ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, uma vez que o acórdão recorrido apreciou, de forma fundamentada, as questões que lhe foram submetidas, não havendo omissão a ser sanada. 4. É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 5. O Tribunal de origem, fundamentado em elementos probatórios constantes dos autos, concluiu que os recorrentes tinham boa compreensão das regras da sociedade não indígena, inclusive sabendo ler e escrever e possuindo identificação civil. 6. Hipótese em que não houve nulidade pela falta de realização do exame pericial antropológico ou sociológico. Além disso, para rever a conclusão do acórdão recorrido, seria necessária a revisão de provas, providência descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 7. No mesmo óbice sumular esbarra a análise da alegação de insuficiência de provas e de ausência de nexo de causalidade entre a conduta por eles praticada e a subtração de produtos da Cooperativa, pois o julgado combatido, de forma fundamentada, entendeu, a partir do conjunto probatório, que estaria presente o nexo de causalidade entre a conduta dos recorrentes e as práticas delituosas. 8. A atenuante prevista no art. 56 da Lei n. 6.001/1973 tem sua aplicação limitada aos indígenas em fase de aculturação, não sendo cabível sua incidência a silvícolas adaptados à sociedade civil. Precedentes desta Corte. 9. Remanescendo tão só a condenação a 2 anos e 4 meses de reclusão, pelo crime do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, será possível o cumprimento da reprimenda em regime aberto, bem como a sua substituição por duas restritivas de

*direitos, pois atendidos os requisitos do art. 44 desse Estatuto. 10. Efetivada a substituição da pena privativa de liberdade, fica superada a discussão acerca da preferência de aplicação de pena diversa da privativa de liberdade, em atendimento ao disposto no art. 10 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (item 2), devendo o item 1 do mesmo artigo ser observado pelo Juízo da Execução quando da especificação das penas restritivas de direitos. 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. Habeas corpus concedido de ofício, para declarar extinta a punibilidade de todos os recorrentes em relação aos crimes tipificados nos arts. 129, caput, e 146, § 3º, do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, c/c os arts. 109, V e VI, 110, § 1º, e 114, II, do Código Penal, e para, quanto a Valdecir Fernandes, João Eloir Fernandes, Jair Cardoso, Adilson Jorge Ferreira, Angelin Gandão e Valmor Venhira Mendes de Paula, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução, o qual deverá observar o art. 43 do referido Códex e o art. 10, item 1, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em relação à condenação pelo crime do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. ...EMEN:” (STJ. RESP 200901199888. Sexta Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. DJE 10.03.2014)*

## 6. CONCLUSÕES

Como se disse, para muito além da controvérsia que opõe monistas e dualistas, o Judiciário brasileiro é bastante resistente à aplicação direta de normas emanadas do direito internacional, como se não reconhecesse a estas normas a força que reconhece às normas produto da criação do legislador nacional.

Muitos e recentes são os exemplos desta resistência: (i) o longo debate judicial sobre a vedação de prisão do depositário infiel, prevista no Pacto de São José da Costa Rica; (ii) o tortuoso caminho que levou a hoje já estável aplicação da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980; e, (iii) a recentíssima dificuldade em dar efetividade ao que preceitua o artigo 7, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica.

No que concerne à questão indígena, a aplicação da norma internacional é ainda mais dificultosa. Trata-se de questão culturalmente enraizada na formação do povo brasileiro, e pressupõe conceituar e definir quem é índio no Brasil.

Como se viu, três são as possibilidades jurídicas de percepção do índio. A primeira, legal e mais sedimentada no senso comum brasileiro, identifica-se com o índio não integrado, que corresponde à imagem caricatural do indígena pré-colombiano, isolado, não fluente em língua portuguesa, e sem acesso ao desenvolvimento experimentado pelo resto da população brasileira. Esta é a percepção, por excelência da jurisprudência brasileira, na medida em que este é o índio de que cuida o artigo 1º, da Lei nº 6.001/73. O índio que deve ser integrado, ainda que “‘progressiva e harmoniosamente’ à comunhão nacional”.

A segunda percepção é a que se afina com as normas constitucionais que cuidam da matéria. Esta percepção afasta a tese da integração como objetivo a ser alcançado, além de reconhecer e proteger os costumes e tradições indígenas, o que equivale dizer que o índio não deve abandoná-las para, harmoniosa e progressivamente, se integrar à comunhão nacional. É, portanto, incompatível com a norma infraconstitucional.

Ao lado destas duas percepções, a do direito internacional, veiculada na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho, OIT. Ser índio não é condição transitória, que dependa de acesso às facilidades da vida moderna. É a identidade cultural de quem se reconhece índio. É uma identidade que deve ser protegida pelo ordenamento. Nesta ordem de idéias, as questões que se põem na atualidade, são: saber que quem é índio e quem deve ser alcançado pela norma de regência.

Como se viu da jurisprudência utilizada, a proteção jurídico-normativa alcançaria, tão-somente, índio somente o não integrado, não se fazendo, como hábito, nenhuma referência à Convenção nº 169, da OIT. Para a maior parte dos julgados, indicadores de integração à comunidade nacional, não só afastam a tutela legal específica. Em outras e claras palavras: ao contrário da percepção mais moderna de índio, a da normativa internacional, indivíduos integrados simplesmente não seriam índios.

Na esfera criminal, o grande debate refere-se ao alcance da atenuação de pena de que cuida o artigo 56, da Lei nº 6.001/73, e, por igual, ao regime de cumprimento de pena de que trata o parágrafo único do mesmo artigo. A grande maioria da jurisprudência entende que o índio integrado não faz jus à atenuação da pena e ao regime prisional específico mais benéfico, mesmo que o artigo 10 da Convenção preveja, como princípio, que a sanção penal deve, sempre que possível, implicar no não encarceramento, o que poderia, e deveria, influenciar, e muito, o que disposto no artigo 44, do Código Penal Brasileiro.

Felizmente, o estado da arte no Brasil, como se viu de recentíssima jurisprudência de alguns Tribunais Regionais e do Superior Tribunal de Justiça, é o início do debate sobre a aplicação direta da Convenção, seja a mencionando como razões de decidir, ao lado da norma constitucional que com ela se afina, especialmente no que concerne aos direitos de participação e de consulta; seja para assentar sua inaplicabilidade no caso concreto. Nesta última hipótese, paradoxalmente, a vantagem está não na aplicação, que não houve, mas no debate e na necessidade de se considerar a normativa internacional como razões de decidir, o que reflete sua crescente relevância na prática judiciária nacional.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Vade-Mécum. Edição Universitária*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público. Volume I*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Competência Cível da Justiça Federal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. In: FURTADO, Marcos Vinícius (coordenador). *Reflexões sobre a Constituição. Uma homenagem da advocacia*. Brasília: Alumnus, 2013.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume I*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.
- TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_; CALMON, Guilherme. *Sequestro Internacional de Crianças*. São Paulo: Atlas, 2014.
- KELSEN, Hans. *Les Rapports de Système entre droit interne et le droit international public*. RCADI, v. 14, 1926.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les Rapports entre droit interne et le droit international public*. RCADI, v. 1, 1923.

---

# Nota Técnica: a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas

---

Daniel Sarmento - Procurador Regional da República

*"(...) porque a terra, para cada um de nós, é muito mais do que um pequeno pedaço de terra negociável. Nós temos uma relação espiritual com a terra de nossos ancestrais. Nós não negociamos direitos territoriais porque a terra, para nós, representa a nossa vida. A terra é mãe e mãe não se vende, não se negocia. Mãe se cuida, mãe se defende, mãe se protege." (Sônia Guajajara<sup>1</sup>)*

## 1. INTRODUÇÃO

A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal solicitou-me a elaboração de Nota Técnica a propósito da constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional 215/00, em trâmite na Câmara dos Deputados, tendo em vista a impetração por diversos deputados federais do Mandado de Segurança nº 32.262 no STF. No mencionado *writ* constitucional, os Impetrantes pretendem sustar a deliberação congressional sobre a PEC nº 215 e outras a ela apensadas, sob a alegação de que afrontam cláusulas pétreas da Constituição da República.

A PEC 215, de autoria de parlamentares federais encabeçados pelo Deputado Almir de Sá, *"acrescenta o inciso XVIII ao art. 49 da Constituição Federal; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º, ambos do art. 231 da Constituição Federal"*. Pela PEC 215, os referidos preceitos constitucionais passariam a ter a seguinte redação:

*"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*

*(...)*

---

<sup>1</sup> Manifestação oral na sessão de debate da PEC 215 realizada em 13/08/2013, na Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. Sônia Guajajara é indígena da etnia Guajajara Tentehar e representante da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil.

*XVIII- aprovar a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas.”*

*“Art. 231 (...)*

*§4º. As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis.*

*(...)*

*§ 8º. Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas indígenas deverão ser regulamentados em lei.”*

A justificativa apresentada para a PEC 215 foi que a demarcação de terras indígenas consubstanciaria “*verdadeira intervenção federal em território estadual, com a diferença de que, nesse caso e ao contrário da intervenção prevista no inciso IV do art. 49, nenhum mecanismo há para controlá-la, ou seja, a falta de critérios em lei torna a demarcação unilateral*”. Como a decretação da intervenção federal depende de aprovação pelo Poder Legislativo, para os proponentes da PEC 215 também seria adequado submeter ao crivo do Congresso as demarcações de terras indígenas, o que, segundo eles, além de evitar conflitos federativos, daria maior segurança jurídica às demarcações.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, por meio de parecer da lavra do Deputado Federal Osmar Serraglio, aprovou em parte a admissibilidade da PEC 215, aduzindo que a proposta não feriria cláusulas pétreas, a não ser no ponto em que determina a necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional das demarcações já homologadas, o que violaria o art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Por consequência, **tal previsão foi expurgada da PEC 215 pelo próprio Poder Legislativo**, no exercício do controle político preventivo de constitucionalidade.

A CCJ da Câmara dos Deputados também aprovou, no mesmo ato, as PECs 156/2003, 257/2004, 275/2004, 319/2004, 37/2007, 117/2007, 161/2007, 291/2008, 411/2009 e 415/2009, todas anexadas à PEC 215. Com exceção da PEC 291/2008, que trata da definição de áreas de conservação ambiental, propondo nova redação para o art. 225 da Constituição, todas as demais versam basicamente sobre o mesmo tema: criam embaraços e limitações adicionais para a demarcação de terras indígenas. Porém, considerando que o foco precípua do Mandado de Segurança nº 32.262 é a PEC 215 - única discutida pelos Impetrantes na petição inicial -, o fato de que é sobre tal proposta que vem convergindo toda a movimentação política em favor da mudança constitucional do tratamento dos territórios indígenas, e ainda a urgência na elaboração da presente Nota

Técnica, minha atenção neste estudo concentrar-se-á sobre a referida proposta de ato normativo.

## **2- EMENDAS CONSTITUCIONAIS E CLÁUSULAS PÉTREAS: CONTROLE JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO**

Beira o truísmo a afirmação de que o poder de reforma da Constituição é juridicamente limitado. O seu exercício deve observar uma série de limites definidos pelo poder constituinte originário, dentre os quais figuram as cláusulas pétreas, que, na Carta de 88, estão elencadas no art. 60, §4º: "I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos poderes; IV- os direitos e garantias individuais"<sup>2</sup>.

No Brasil, é incontroverso o cabimento de controle jurisdicional da atuação do poder constituinte derivado. Afinal, os preceitos constitucionais que instituem limites ao poder de reforma da Constituição são autênticas normas jurídicas, cuja violação não pode ser afastada do conhecimento dos tribunais. A jurisprudência do STF sobre o assunto remonta a 1926,<sup>3</sup> e, sob a égide da Constituição de 88, diversas emendas constitucionais já foram invalidadas no todo ou em parte pela Corte, em razão da inobservância dos limites materiais ao poder de reforma. O primeiro precedente de invalidação ocorreu no julgamento do ADI nº 937<sup>4</sup>, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da EC nº 3/93. Naquele histórico julgamento, ressaltou o Ministro Celso Mello:

*"É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido no art. 60, §4º, da Carta Federal (...) As cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado."*

A Corte tem admitido, inclusive, a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade das emendas constitucionais, a partir de mandados de segurança impetrados por parlamentares, tal como postulam os Impetrantes do

<sup>2</sup> Além destes limites expressos, discute-se ainda a existência de limites implícitos ao poder reformador.

<sup>3</sup> HC nº 18.178, Rel. Min. Hermenegildo Barros. Julg. 1º.10.1926. Arquivo Judiciário, v. XVII, n. 5, p. 341. Naquele feito, o STF apreciou a validade de emenda constitucional, mas a confirmou.

<sup>4</sup> Rel. Min. Sydney Sanches. DJ, 18 mar. 1994.



MS nº 32.262. A hipótese tem fundamento no texto expresso da Constituição, que veda não apenas a aprovação, mas a própria deliberação congressional de proposta de emenda ofensiva a cláusula pétrea: “**não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...)**” (art. 60, §4º, CF)<sup>5</sup>.

O primeiro precedente na matéria é ainda anterior à promulgação da Constituição de 88. No MS 20.257/DF, julgado em 1980, em que se apreciava possível violação de cláusula pétrea por emenda constitucional à Carta de 67/69, consignou o Ministro Moreira Alves:

*“Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a, taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.”*<sup>6</sup>

Esta orientação foi mantida pela Corte após o advento da Constituição de 88 e tem sido reiterada em diversos julgados. No MS 21.642/DF, por exemplo, o STF afirmou: “O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada. Todavia, cabe ser exercido quando a Constituição taxativamente vede a sua apresentação ou deliberação. Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional”.<sup>7</sup>

É verdade que, em precedente recente<sup>8</sup>, o STF rejeitou a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade de **lei**, supostamente ofensiva a cláusula pétrea. Na decisão, todavia, destacou-se que a hipótese não se confundia com a de controle preventivo de emenda constitucional. Neste último caso, como já ressaltado, o próprio texto constitucional foi expresso ao vedar não apenas a edição de emenda constitucional ofensiva aos limites materiais ao poder de reforma, como a própria deliberação parlamentar sobre a proposta da emenda, o que não ocorre com os atos normativos infraconstitucionais. E, além desta razão textual para a distinção, há outra, de natureza substantiva, ressaltada com propriedade no voto proferido no referido precedente pelo Ministro Marco Aurélio:

---

<sup>5</sup> Cf. Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 44-45; Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 142-143.

<sup>6</sup> MS 20.256, Rel. Min. Décio Miranda, *RTJ* 99/1031.

<sup>7</sup> MS 21.642, Rel. Min. Celso Mello, *RDA* 191/200. No mesmo sentido, MS 21.747, Rel. Min. Celso Mello; MS 21.648, Rel. Min. Ilmar Galvão.

<sup>8</sup> MS 32.033, Relator Min. Gilmar Mendes, Redator p/ ac. Min. Teori Zavaeski, j. 20/06/2013.

*“O processo de aprovação de emendas corresponde ao momento de reforma do texto constitucional, de modificação de parâmetros de validade de toda a ordem jurídica nacional. Em se tratando dos riscos de alteração da Constituição, é necessário que o controle sobre esta atividade seja reforçado, considerando os aspectos fundantes da ordem constitucional e a defesa da identidade do pacto originário. No tocante aos projetos de lei, os poderes políticos interpretam e aplicam a Constituição no tráfego cotidiano. Isso não implica mudança do texto constitucional, apenas o desenvolvimento legislativo do conteúdo normativo da Carta - o desenvolvimento político do projeto constitucional. Nessa última situação, amolda-se perfeitamente o controle repressivo exercido pelo Supremo, se provocado, permitida a plena deliberação do Parlamento.”*

Assentada a premissa do cabimento do controle preventivo de constitucionalidade de emenda constitucional, cumpre discutir a interpretação das cláusulas pétreas. Trata-se de tema delicado, que envolve, de um lado, a necessidade de salvaguarda dos valores mais básicos da ordem jurídica, e, do outro, o respeito ao princípio democrático, que postula o reconhecimento do direito ao autogoverno popular de cada geração<sup>9</sup>.

É que os limites materiais ao poder de reforma representam o grau máximo de entrenchamento das normas jurídicas, que são retiradas do alcance até mesmo das maiorias qualificadas necessárias à aprovação de mudanças constitucionais. Só uma ruptura institucional, com nova convocação do poder constituinte originário, pode se sobrepor às cláusulas pétreas. Diante da gravidade da restrição, recomenda-se equilíbrio na interpretação dos limites materiais ao poder de revisão, para que eles não se convertam em instrumento de “governo dos mortos sobre os vivos”, nem engessem em demasia a ordem constitucional, impedindo-a de se adaptar às novas necessidades e anseios sociais.

Isso não significa, todavia, que as cláusulas pétreas devam ser interpretadas sempre restritivamente, mas sim que a sua exegese deve se voltar antes de tudo à proteção dos princípios e valores básicos de uma sociedade democrática e inclusiva, não se prestando a justificar o entrenchamento definitivo de decisões contingentes do poder constituinte originário, ou de meros interesses corporativos de grupos bem posicionados, que tenham logrado êxito na arena constituinte. Em

<sup>9</sup> Desenvolvi amplamente a questão em Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 291-318. Sobre o tema, veja-se também Oscar Vilhena Vieira. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999; Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 159-187; Rodrigo Brandão. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

outras palavras, as cláusulas pétreas devem funcionar como a “reserva de Justiça” da Constituição, nas belas palavras de Oscar Vilhena Vieira<sup>10</sup>.

É verdade que o texto magno vedou qualquer reforma “*tendente a abolir*” cláusulas pétreas. Nada obstante, não se deve interpretá-lo de forma a interditar qualquer mudança constitucional atinente aos temas salvaguardados, mas tão somente aquelas alterações que possam comprometer os valores, instituições e bens jurídicos tutelados pelos limites materiais ao poder reformador<sup>11</sup>. Nesta linha, a jurisprudência do STF tem entendido, com acerto, que “*as limitações materiais ao poder de reforma, que o art. 60, §4º, enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege*”<sup>12</sup>.

Assim, cabe analisar se a PEC 215 ofende ou não a cláusulas pétreas da Constituição de 1988. Em outras palavras, cumpre perquirir se as mudanças pretendidas pelos proponentes da PEC têm ou não o condão de ferir os valores básicos albergados no art. 60, §4º, da Carta de 88. Demonstrar-se-á abaixo que isto ocorre em relação à transferência ao Congresso Nacional do poder de autorizar a demarcação das terras indígenas, que ofende os limites materiais previstos nos incisos III e IV do preceito - separação de poderes e direitos e garantias fundamentais.

### 3- O DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS COMO CLÁUSULA PÉTREA

O art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição, veda reformas constitucionais tendentes a abolir os “*direitos e garantias individuais*”. A doutrina amplamente majoritária vem ressaltando que os direitos salvaguardados pelo preceito em questão não são apenas as liberdades públicas tradicionais - os típicos direitos de 1ª geração ou dimensão -, mas todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles localizados fora do catálogo constitucional de direitos (arts. 5º a 17).<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> *Op. cit.*

<sup>11</sup> Neste sentido, a lição de Luis Roberto Barroso: “*A locução “tendente a abolir” deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas pétreas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política*”. (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. cit.*, p. 168).

<sup>12</sup> Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido no MS 23.047, DJU 14/11/2003.

<sup>13</sup> Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet. “A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, pp. 333-394; Oscar Vilhena Vieira *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Op. cit.*, pp. 244-246; Rodrigo Brandão. *Direitos fundamentais,*

Em favor desta posição podem ser fornecidos vários argumentos. Em primeiro lugar, partindo-se da premissa assentada acima, de que os limites materiais ao poder de reforma relacionam-se primariamente às exigências básicas de moralidade política concernentes à proteção da democracia e da igual dignidade das pessoas, a extensão das cláusulas pétreas a outros direitos fundamentais, além dos individuais, se afigura inquestionável. Afinal, direitos sociais, políticos e coletivos são tão vitais para o constitucionalismo democrático e para a edificação de uma comunidade inclusiva do que os direitos individuais clássicos. Não há, portanto, razões que justifiquem que só esses últimos sejam tidos como limites ao poder de reforma.

Noutro giro, os que consideram que o papel das cláusulas pétreas é o de proteger o núcleo de identidade da Constituição,<sup>14</sup> também chegam, por outro caminho, ao mesmo resultado: é que a Constituição de 88 tem um compromisso visceral com os direitos fundamentais como um todo, e não só com as liberdades individuais clássicas. Não se trata de uma Constituição liberal-burguesa, preocupada acima de tudo com a contenção do arbítrio estatal, mas sim de uma Lei Fundamental que toma como tarefa primordial promover a dignidade humana em todas as suas dimensões, inclusive das minorias vulneráveis, como os povos indígenas. Daí porque, também sob esta perspectiva as cláusulas pétreas devem se estender a outros direitos fundamentais, além dos individuais em sentido estrito, já que aqueles também compõem o núcleo de identidade da Constituição de 88.

O STF já afirmou que a localização de um direito constitucional fora do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, não basta para descaracterizá-lo como cláusula pétrea. Na ADI 939,<sup>15</sup> a Corte assentou que o princípio da anterioridade tributária, apesar de sediado no art. 150, III, “b”, da Carta - logo, fora do catálogo de direitos fundamentais -, também está abrangido pelo limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição<sup>16</sup>.

---

Democracia e Cláusulas pétreas. Op. cit., pp. 195-204; Luis Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. cit., pp. 179-182; Cláudio Pereira de Souza Neto. Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 233-242.

<sup>14</sup> A teoria de que o papel das cláusulas pétreas é proteger o núcleo de identidade da Constituição é tributária do pensamento de Carl Schmitt, para quem o poder constituinte reformador não poderia alterar as “*decisões políticas fundamentais*” do constituinte originário (*Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, pp. 151-152). Nesta senda, Luis Roberto Barroso concebe como um dos papéis das cláusulas proteger a essência dos valores que justificaram o exercício do poder constituinte originário, e que compõem a identidade da Constituição (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 161).

<sup>15</sup> ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/1994.

<sup>16</sup> No voto que proferiu no referido julgamento, o Ministro Carlos Velloso averbou: “*Ora, a Constituição, no seu art. 60, §4º, inciso IV, estabelece que ‘não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais’.* Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição.”

Nesse diapasão, a doutrina tem entendido que, até por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição, a proteção das cláusulas pétreas se estende a outros direitos localizados fora do catálogo constitucional, desde que os mesmos possuam *fundamentalidade material*<sup>17</sup>. Afirma-se, por outro lado, que o principal critério para aferição da fundamentalidade material de um direito é a sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>- epicentro axiológico da Constituição, que dá unidade de sentido ao seu sistema de direitos fundamentais. E é inequívoca a existência de íntima e profunda ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, consagrado no art. 231 da Constituição Federal.

Afinal, para os povos indígenas, a terra representa muito mais do que um bem patrimonial. A terra é o *habitat*, com o qual as comunidades, e cada um dos seus integrantes, mantêm profundo vínculo espiritual. É o espaço em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes. A garantia do direito à terra é, portanto, condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como índio<sup>19</sup>. Como destacou Darcy Ribeiro, “a posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios”.<sup>20</sup>

No âmbito da jurisdição internacional dos direitos humanos, a importância do direito à terra para os povos indígenas tem sido muito ressaltada.<sup>21</sup> A Corte Interamericana de Direito Humanos, por exemplo, no histórico caso *Comunidad*

---

<sup>17</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9º ed., 2011, pp. 430-435; Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. *Op. cit.*, pp. 309-310.

<sup>18</sup> Neste sentido, a lição de Luis Roberto Barroso: “(...) é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem ou do tipo de prestação que dão ensejo. (...) Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, desde que sejam dotados de fundamentalidade material”. (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. *Op. cit.*, pp. 178-179).

<sup>19</sup> Nesta linha, José Afonso da Silva: “A questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural” (*Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.866). No mesmo sentido, Manuela Carneiro da Cunha. *Os Direitos do Índio: Ensaio e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 32; Ana Valéria de Araújo. *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225.

<sup>20</sup> Darcy Ribeiro. *A Política Indigenista Brasileira*. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962, p. 143.

<sup>21</sup> Veja-se, a propósito, James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004; Rüdiger Wolfrum. “A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional”. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 599-615.

Mayagna (Sumo) Awas Tingini vs. Nicaragua, ao reconhecer aos indígenas o direito à propriedade comunal das terras que tradicionalmente ocupavam, ressaltou:

*“Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*

Essa dimensão existencial do direito à terra para os indígenas também tem sido apontada pelo STF em vários julgados.<sup>22</sup> Em caso envolvendo comunidade indígena do Estado do Mato Grosso do Sul<sup>23</sup>, o Ministro Celso Mello, em bela passagem, assinalou:

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

Mais recentemente, no julgamento do rumoroso caso Raposa Serra do Sol<sup>24</sup>, o Ministro Menezes Direito seguiu a mesma trilha:

*“Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. (...) É nela e por meio dela que eles se organizam. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. (...) Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.”*

<sup>22</sup> Para uma ampla análise da jurisprudência do STF em matéria de direitos indígenas, veja-se Robério Nunes Anjos Filho. “O Supremo Tribunal e os Direitos dos Povos Indígenas”. In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 911-954.

<sup>23</sup> Rec. Ext. nº 183.188-0, Rel. Min. Celso Mello, DJ 14/02/97.

<sup>24</sup> Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 25/09/2009.

E o direito dos índios à terra, apesar do seu caráter coletivo, tem relevo central para a vida digna de cada integrante de comunidade indígena, por constituir garantia essencial da sua identidade étnica e cultural. É que a privação do acesso às terras tradicionais, para os índios, além de violar o direito à moradia culturalmente adequada,<sup>25</sup> representa quase sempre a extinção das tradições, dos laços comunitários, e dos modos peculiares de fazer e viver de sua etnia, que são essenciais para a identidade de cada indivíduo indígena, por constituírem o pano de fundo cultural sob o qual se dá o desenvolvimento da sua personalidade.

O ser humano, como se sabe, não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é também constituída por laços culturais, tradições e valores socialmente compartilhados.<sup>26</sup> Entre grupos tradicionais, como os povos indígenas, caracterizados por uma maior homogeneidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, estes aspectos comunitários da identidade pessoal tendem a assumir uma importância ainda maior.<sup>27</sup> Por isso, a perda da identidade étnica para os indígenas gera crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas.

Assim, é possível traçar com facilidade a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, já que garantia da terra para o índio é pressuposto indispensável para a proteção da sua identidade e personalidade.

Pode-se invocar ainda outra razão adicional para considerar o direito a terras indígenas como cláusula pétrea. É que a interpretação constitucional deve dialogar com o Direito Internacional, especialmente no campo dos Direitos Humanos. O diálogo entre fontes normativas e entre cortes contribui para aperfeiçoar o Direito Constitucional, abrindo-o a novos argumentos e horizontes, e aproximando-o dos ideais emancipatórios que são comuns ao constitucionalismo democrático e ao

---

<sup>25</sup> O direito à moradia, consagrado no art. 6º da Constituição Federal, está previsto também no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU edita comentários gerais, que devem orientar a interpretação de tais direitos, e no *General Comment n. 04*, sobre o direito humano à moradia adequada, estabeleceu que um dos seus requisitos é de que se trate de moradia “culturalmente adequada”.

<sup>26</sup> Veja-se, a partir de diferentes perspectivas, Will Kymlicka. *Multicultural Citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995; Michael Sandel. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In: Robert Goodin & Philip Pettit (Eds.). *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997, p. 246-256; e Charles Taylor. “A Política de Reconhecimento”. In: Charles Taylor et al. *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-94.

<sup>27</sup> Na sociologia, é conhecida a distinção, formulada por Ferdinand Tönnies, entre as sociedades - em que os laços sociais são mais tênues, predominando as forças centrífugas - e as comunidades, em que estes vínculos são mais estreitos e a relação entre os membros é mais orgânica. Não há dúvida de que os povos indígenas constituem autênticas comunidades.

Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>28</sup>. Esta postura de “cosmopolitismo ético” é demandada pela própria Constituição, que contempla relevantes aberturas para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em preceitos como o seu art. 5º, §§ 2º e 3º.

Ora, o Brasil é signatário da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais, que foi incorporada ao ordenamento interno através do Decreto nº 5.051/2004. Dita Convenção, além de estabelecer que os Estados “*deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios*” (art. 13), determinou o reconhecimento ao direito dos povos indígenas a estas terras (art. 14), dispondo que “*os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar que as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse*” (14.1).

Assim, ao interpretar a Constituição, o STF deve considerar este compromisso internacional voltado ao respeito do direito humano à terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas, buscando a exegese que melhor proteja e promova tal direito no âmbito interno. Não fazê-lo, poderá inclusive expor o país à responsabilização no plano internacional, pela violação de direitos humanos que se comprometeu a garantir. E a melhor interpretação da Constituição, sem sombra de dúvida, é a que qualifica o direito do art. 231 da Constituição como cláusula pétrea, de modo a protegê-lo mais robustamente diante das maiorias legislativas.

#### **4- O ATENTADO AO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS TERRAS INDÍGENAS: SUBORDINAR UM DIREITO FUNDAMENTAL ÀS ESCOLHAS POLÍTICAS DAS MAIORIAS PARLAMENTARES É COMPROMETER A SUA ESSÊNCIA**

No item anterior, demonstrou-se que o direito contido no art. 231 da Constituição Federal configura cláusula pétrea. Porém, como já ressaltado, nem toda reforma constitucional que modifique dispositivo protegido por limitação ao poder reformador deve ser considerada inconstitucional. Como vem entendendo o STF, é preciso que a mudança comprometa gravemente os valores ou bens jurídicos tutelados para que a inconstitucionalidade se caracterize. É exatamente o que ocorre neste caso, pois a PEC 215, se aprovada, desnaturaria o direito

<sup>28</sup> Veja-se, a propósito, Vicki C. Jackson. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010; Marcelo Neves. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006; e André de Carvalho Ramos. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: a relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.



fundamental previsto no art. 231 da Constituição, criando gravíssimo embaraço para a sua fruição.

Com efeito, os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, são limites impostos às maiorias. Na conhecida expressão de Ronald Dworkin, os direitos são “trunfos”,<sup>29</sup> que prevalecem sobre preferências majoritárias ou meros cálculos de utilidade social. Os direitos fundamentais têm, por isso, uma dimensão contramajoritária, pois a sua garantia não depende das preferências das maiorias políticas ou sociais de ocasião. Isso não significa dizer que os direitos fundamentais sejam absolutos. Em geral, eles não o são, e podem eventualmente ceder, numa ponderação com outros princípios constitucionais, pautada pelo princípio da proporcionalidade. Mas eles não serão verdadeiros direitos fundamentais se estiverem à livre disposição das maiorias parlamentares.

Na trajetória histórica do constitucionalismo, a imposição aos parlamentos de respeito aos direitos fundamentais foi um passo extremamente importante, que na maior parte do mundo só ocorreu após o final da II Guerra Mundial. Até então, prevalecia a crença de que o legislador, por supostamente expressar a vontade geral do povo, não violaria os direitos fundamentais, que valiam exclusivamente “no âmbito das leis”. Essa concepção foi radicalmente alterada após a II Guerra Mundial, diante da constatação que as maiorias sociais podem violar gravemente os direitos humanos. Desde então, vem se consolidando um novo modelo de constitucionalismo, que afirma a plena vinculação do Legislativo aos direitos fundamentais e aposta na jurisdição constitucional como fiscal do respeito a estes limites.<sup>30</sup> Os direitos fundamentais, nesta nova compreensão, subordinam a atividade parlamentar, que não pode dispor dos mesmos ao seu bel prazer.

Ora, se a PEC 215 fosse aprovada, a fruição do direito fundamental à terra indígena seria plenamente condicionada à vontade da maioria política do Parlamento. Ao tornar a demarcação das terras indígenas dependente de aprovação parlamentar, e subordinar a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade dos direitos incidentes sobre estas terras à decisão política do Congresso, o constituinte derivado desnaturaria o direito fundamental previsto no art. 231, ferindo o seu núcleo essencial.

Não se trata de uma simples transferência de competência material do Poder Executivo para o Congresso. No atual cenário jurídico, compreende-se a decisão do Presidente da República que conclui o processo de demarcação das terras

---

<sup>29</sup> Ronald Dworkin. “Rights as Trumps”. In: Jeremy Waldron. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

<sup>30</sup> Cf. Gustavo Zagrebelsky. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, pp. 20-56.

indígenas como dotada de natureza declaratória e não constitutiva. Isso porque, como diz a própria Constituição, os povos indígenas têm “direitos **originários** sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, *caput*). Tais direitos são, portanto, preexistentes em relação a qualquer ato estatal, que se limita a reconhecê-los. Em outras palavras, “*presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1º), o direito à ela por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo*”<sup>31</sup>. Como registrou o Ministro Carlos Britto, no julgamento de *Raposa Serra do Sol*, o “ato de demarcação passa a se revestir de caráter meramente declaratório de uma situação jurídica preexistente”<sup>32</sup>.

Portanto, o Chefe do Poder Executivo não exerce juízo político de conveniência e oportunidade sobre a demarcação. Caracterizada a terra como de ocupação tradicional indígena, através dos estudos técnicos competentes e do devido processo legal administrativo, a demarcação se converte em direito subjetivo da comunidade étnica em questão. Tal orientação se depreende claramente da Lei 6.001/73 (art. 19, § 1º) e do Decreto 1.775/96 (art. 5º), que caracterizam o ato presidencial como *homologação*, mas deriva, antes de tudo, da própria Constituição, que reconhece o usufruto e posse permanente das terras indígenas como um *direito subjetivo*, cuja fruição, pela sua própria natureza, não poderia depender de juízos políticos discricionários de autoridades estatais. Porém, a PEC 215 pretende que o ato final do processo demarcatório seja não mais a *homologação* da demarcação pelo Presidente da República, mas a sua *aprovação* pelo Congresso Nacional.

Ora, a doutrina administrativista é incontroversa ao salientar a distinção entre os atos de *homologação* e *aprovação*. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “**Aprovação** - é o ato unilateral pela qual a Administração, **discricionariamente**, faculta a prática de ato jurídico ou manifesta a sua concordância com ato já praticado, a fim de dar-lhe eficácia”, enquanto “**Homologação** - é o ato **vinculado** pelo qual a Administração concorda com ato jurídico já praticado, uma vez verificada a consonância dele com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão. Percebe-se que se diferencia da aprovação ‘a posteriori’ em que **a aprovação envolve apreciação discricionária ao passo que a homologação é plenamente vinculada**” (destaques no original)<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Raimundo Sérgio Barros Leitão. “Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo”. In: Juliana Santilli (Coord.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 67.

<sup>32</sup> Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 25/09/2009.

<sup>33</sup> *Curso de Direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 444. No mesmo sentido, Maria

Assim, o que pretende a PEC 215 é substituir uma *decisão técnica* do Chefe do Poder Executivo, desprovida de conteúdo político, que apenas reconhece o direito originário dos índios às terras tradicionalmente ocupadas, por *decisão política* do Congresso Nacional, caracterizada pela discricionariedade, que subordinaria a fruição do direito dos indígenas às vontades, interesses e preferências das maiorias legislativas de ocasião. Seria difícil conceber golpe tão grave aos direitos das comunidades indígenas consagrados em nossa Constituição!

Mas não é só. A interpretação constitucional, como se sabe, não é um mero exercício de especulação teórica abstrata, descolada da realidade. Trata-se de atividade prática, voltada antes de tudo ao equacionamento de problemas de comunidades políticas concretas, situadas no tempo e no espaço. Exatamente por isso, a interpretação constitucional deve mirar não apenas o texto da Constituição, mas também a realidade fática subjacente, o domínio empírico sobre o qual incide a normativa constitucional.<sup>34</sup> Considerações sobre as consequências práticas das decisões em matéria constitucional são legítimas e necessárias, nos limites das possibilidades normativas definidas pelo ordenamento positivo<sup>35</sup>.

Nesta perspectiva, não há como ignorar que, no cenário político nacional, uma eventual aprovação da PEC 215 causaria dano terrível aos direitos territoriais das comunidades indígenas brasileiras. Os índios brasileiros constituem uma minoria estigmatizada e vítima de preconceito, que tem poucas armas na luta política e não conta atualmente com nenhum representante no Congresso. E o Parlamento Federal, com todo o respeito que a instituição merece, é uma instância profundamente infiltrada pelo poder econômico, onde se faz presente, com enorme força e poder de barganha, uma ampla bancada ruralista, adversária histórica, ferrenha e implacável dos direitos dos índios. Neste contexto, atribuir ao Congresso Nacional a última palavra sobre a demarcação de terras indígenas significaria, do ponto de vista prático, quase o mesmo que revogar integralmente o direito fundamental dos índios ao território tradicionalmente ocupado. O STF, no seu papel maior de guardião da Constituição e dos direitos humanos das minorias, não pode permitir que tamanha tragédia se consuma.

---

Sylvia Zanella Di Pietro: “A **aprovação** é ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle ‘a priori’ ou ‘a posteriori’ do ato administrativo (...). É ato **discricionário**, porque o examina sob os aspectos da conveniência e oportunidade para o interesse público; (...) **Homologação** é ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza sempre ‘a posteriori’ e examina apenas o aspecto de legalidade, no que se distingue da aprovação”. (Direito Administrativo. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 212).

<sup>34</sup> Cf. Friedrich Müller. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumman. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 45.

<sup>35</sup> Cf. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: tória, história e métodos de trabalho*. *Op. cit.*, pp. 423-424.

## 5- A OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA

Nos itens anteriores, demonstrou-se (a) que a garantia do direito fundamental das comunidades indígenas às terras por elas tradicionalmente ocupadas é essencial para assegurar a sobrevivência e vitalidade das culturas dos índios; e (b) que, se aprovada a PEC 215, o direito dos povos indígenas às suas terras seria profundamente afetado, em seu núcleo essencial. Portanto, é possível concluir, em singelo silogismo, que a aprovação da PEC 215 também atingiria gravemente o direito fundamental à cultura, positivado no art. 215 da Constituição Federal.

É indiscutível, por outro lado, a *fundamentalidade material* do direito à cultura. Afinal, o ser humano é, antes de tudo, um ser cultural, sendo a identidade de cada pessoa profundamente marcada pelo seu enraizamento cultural. Os valores, tradições e cosmovisões socialmente compartilhados fornecem os “contextos de escolha” nos quais os indivíduos exercem a sua liberdade<sup>36</sup>. Aniquilar a cultura social em que está imersa uma pessoa é retirar o chão em que ela pisa; é roubar o ar que respira. Portanto, diante da fundamentalidade material do direito à cultura, decorrente da sua íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana – expressamente reconhecida no art. 4º da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural da Unesco -, pode-se dizer que tal direito também configura cláusula pétreia, a ser protegida diante de possível ação corrosiva do poder constituinte reformador.

O direito à cultura de que fala a Constituição não se esgota na preservação do patrimônio histórico material. Muito mais que isso, ele abrange também, na locução constitucional, “*os bens de natureza (...) imaterial (...) portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...) os modos de criar, fazer e viver*” (art. 216, *caput* e inciso II)<sup>37</sup>.

Tal como se dá com o direito às terras indígenas, a interpretação do direito fundamental à cultura também pode se beneficiar de proveitoso diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O direito à diversidade cultural foi consagrado internacionalmente na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, adotada pela Unesco em 2001, bem como na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 485/2006, e promulgada pelo Decreto 6.177/2007.

<sup>36</sup> Will Kymlicka. “Freedom and Culture”. In: *Multicultural Citizenship. Op cit.*, pp. 75-106.

<sup>37</sup> Para um estudo do direito à cultura na jurisprudência do STF, veja-se Inês Virginia Prado Soares. “Direito fundamental cultural na visão do Supremo Tribunal Federal”. In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais no STF: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 799-828.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural definiu a cultura como “o conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”. Ela afirma que “a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza”, constituindo “patrimônio comum da humanidade”, que “deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras” (art. 1º). Daí porque, a Declaração estabeleceu que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável **do respeito à dignidade humana**. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos, **em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones**” (art. 4º).

Já a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais afirmou, em seus *consideranda*, que a “diversidade cultural constitui patrimônio comum da humanidade, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos”, e reconheceu “a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, **dos sistemas de conhecimento das populações indígenas**, e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável, assim como a necessidade de assegurar sua adequada proteção e promoção”. Dentre inúmeras outras medidas, ela estabeleceu que “a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos **povos indígenas**” (art. 1.3). Determinou que, “sendo a cultura um dos motores fundamentais do desenvolvimento, os aspectos culturais deste são tão importantes quanto os seus aspectos econômicos e os indivíduos e povos têm o direito dele participarem e se beneficiarem” (art. 1.5). E consagrou a ideia de que “a proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural é condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras” (art. 1.6).

Esta concepção do sistema internacional de direitos humanos, que enaltece a diversidade cultural e consagra o dever do Estado de garanti-la e promovê-la é absolutamente convergente com a que foi esposada pela Constituição de 88, devendo também inspirar o Poder Judiciário brasileiro ao lidar com o tema da diversidade cultural.

É certo que, no passado, os direitos das comunidades indígenas eram pensados no Brasil a partir de uma visão *integracionista*<sup>38</sup>. A partir de ótica profundamente

<sup>38</sup> Cf. Robério Nunes dos Anjos Filho. “Artigos 231 e 232”. In: Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.403.

etnocêntrica, carregada de traços racistas, concebia-se os grupos indígenas como coletividades que se encontravam em estágio inferior de desenvolvimento, e que deveriam ser paulatinamente “integradas à comunhão nacional”. Com o tempo, as culturas indígenas, tidas como primitivas, deveriam ser abandonadas, com a *civilização* dos índios, que resultaria na sua plena absorção pela sociedade envolvente. Mas, até que isso ocorresse, o Estado garantiria certos direitos transitórios aos índios, exercendo sobre os mesmos uma tutela paternalista.

Mas a Constituição de 88 rompeu, em boa hora, com tal perspectiva, adotando outra, baseada no pluralismo cultural e no respeito e celebração da diferença e da identidade étnica<sup>39</sup>. Daí o reconhecimento do direito dos povos indígenas à sua “*organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*” (art. 231). A nova compreensão está em harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que não só proclamou a importância fundamental da diversidade cultural para a Humanidade (Declaração e Convenção da Unesco, acima citadas), como afirmou o direito dos povos indígenas a “*conservar seus costumes e instituições próprias*” (art. 8º da Convenção 169 da OIT).

Portanto, em nosso cenário normativo, a preservação dos bens imateriais ligados a culturas não hegemônicas, como a dos povos indígenas, é medida essencial, que expressa o respeito à dignidade humana dos índios, e envolve o reconhecimento do seu direito à diferença<sup>40</sup>. Não é, assim, aceitável o acultramento dos indígenas, com a diluição da sua identidade étnica, em decorrência não de uma escolha autônoma e informada dos índios em favor da sua integração à sociedade envolvente, mas da absoluta ausência das condições materiais necessárias à preservação e florescimento da sua cultura.

Ocorre que estas condições materiais desaparecem quando não se assegura o direito ao espaço físico tradicionalmente ocupado pelo grupo étnico. Culturas fortemente marcadas pela *territorialidade*, como a dos povos indígenas, dificilmente sobrevivem sem a garantia do direito à terra, como destacado no item anterior.

Por outro lado, a preservação das culturas indígenas não é direito apenas dos índios. É também direito difuso de todos os brasileiros – aliás, de toda a

39 Cf. Deborah Duprat. “Terras Indígenas e o Poder Judiciário”. In: Enzo Bello (Org.). *Ensaio Crítico sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo*. Caxias do Sul: Edusc, 2012, pp. 193-202; Marcelo Beckhausen. “Etnocidadania, Direitos Originários e Inconstitucionalidade do Poder Tutelar”. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Op. cit., pp. 525-588.

40 Sobre o direito à diferença cultural dos povos indígenas, veja-se Daniel Bonilla Maldonado. *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2006; James Tully. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the age of diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995; e Paulo Thadeu Gomes da Silva. *Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo*. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Op. cit., pp. 559-598.

Humanidade – das presentes e futuras gerações. O Brasil é uma sociedade pluriétnica e multicultural, e a diversidade cultural é uma das maiores riquezas do país. Todos devem poder se beneficiar desta incrível riqueza, para a qual os povos indígenas contribuem decisivamente.

De fato, existem no Brasil pelo menos 220 etnias indígenas, que falam no mínimo 180 línguas diferentes.<sup>41</sup> Cada uma destas etnias possui costumes, valores e conhecimentos tradicionais próprios, que compõem a sua cultura. A sociedade brasileira já se enriqueceu muito, e tem muito mais a se enriquecer, através do conhecimento e do diálogo equitativo com as estas culturas indígenas. Nada obstante, diversos povos indígenas já foram exterminados no país, inclusive em passado recente, não só por doenças transmitidas ou ataques realizados pelos ditos civilizados, mas também pela asfixia imposta pela sociedade envolvente, ao privá-los do direito ao seu território tradicional, como aconteceu com os Xetá, do Estado do Paraná<sup>42</sup>. Outras etnias estão em situação de grave risco de extinção, como os Avá-Canoeiros, de Tocantins, reduzidos a cerca de uma dezena de indivíduos.

Assim, preservar as culturas indígenas, possibilitando que se desenvolvam com autonomia, é proteger não só os direitos dos índios que as compartilham, mas também o patrimônio cultural da Nação e da Humanidade, que constitui direito fundamental difuso de toda a coletividade. Na contramão disso, a aprovação da PEC 215 teria certamente efeitos dramáticos sobre diversas culturas indígenas, ameaçando-as gravemente de extinção. Também por essa razão, a PEC 215 é inconstitucional, haja vista o grave impacto negativo sobre o direito fundamental à cultura que provocaria, acaso aprovada.

## **6- A AFRONTA A DIREITO ADQUIRIDO DIRETAMENTE DECORRENTE DA CONSTITUIÇÃO**

Para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é necessário conferir estabilidade às relações jurídicas de que participam. A segurança jurídica é, por isso, um valor fundamental nas sociedades democráticas, e uma das suas mais importantes concretizações é a garantia do respeito ao direito adquirido, positivada em nossa Constituição no art. 5º, inciso XXXVI.

---

<sup>41</sup> Cf. Mércio Pereira Gomes. *Índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 13. O autor fornece estes números, mas afirma que no Censo de 2010 do IBGE ter-se-ia chegado a outros bastante superiores: 305 etnias, falando 274 línguas.

<sup>42</sup> Veja-se, a propósito, Carlos Frederico Marés de Souza Filho. “Direitos Coletivos e Sociedades Multiculturais”. In: Boaventura de Souza Santos. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 80-82.

A doutrina majoritária brasileira concebe o direito adquirido como limite intransponível ao poder constituinte reformador.<sup>43</sup> O raciocínio que lastreia a tese é singelo: a proteção ao direito adquirido, erigida em favor da segurança jurídica, configura direito ou garantia fundamental, sendo, por conseguinte, cláusula pétrea, à vista do que dispõe o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. A ideia foi assim sintetizada por José Afonso da Silva: “os direitos e garantias individuais são imodificáveis por emenda constitucional; o direito adquirido é uma garantia constitucional; logo, o direito adquirido é imodificável por emenda constitucional”<sup>44</sup>.

Outra posição sobre o tema, mais correta ao meu modo de ver, foi sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em mandado de segurança<sup>45</sup> em que se discutia a existência de direito adquirido de servidores públicos a perceberem remuneração superior ao teto do funcionalismo público, fixado por emenda constitucional. Apesar de rechaçar a tese predominante na doutrina, da vinculação do constituinte derivado a todos os direitos adquiridos fundados em legislação infraconstitucional anterior – posição que considerou conservadora, por limitar em demasia o poder reformador em prol do *status quo* normativo –, o Ministro Pertence afirmou que os **direitos adquiridos com fundamento na própria Constituição** estariam imunes à ação das emendas constitucionais. Era esse o caso em discussão, uma vez que o direito à irredutibilidade dos vencimentos ou subsídios fora previsto pela própria Constituição. No julgamento, após dar notícia do debate teórico sobre a matéria, Pertence ressaltou :

*“De minha parte – sem me arriscar na imprudente travessia das águas procelosas da discussão doutrinária – tendo a um distinguido que parte da fonte normativa do direito adquirido aventado.*

*(...) seguramente, uma interpretação sistemática da Constituição, a partir dos ‘objetivos fundamentais da República’ (CF, art. 3º), não lhes pode antepor toda a sorte de direitos subjetivos advindos da aplicação das normas infraconstitucionais, superadas por emendas constitucionais que busquem realizá-los. Intuo, porém, que um tratamento mais obsequioso há de ser reservado, em linha*

<sup>43</sup> Nesta linha manifestaram-se, dentre outros Carlos Mario Velloso. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 457-474; Luis Roberto Barroso *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 52; Carlos Ayres Britto e Waldir Pontes Filho. “Direito adquirido contra Emenda Constitucional”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, p. 75-90; Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *O Poder Constituinte*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 191-204; Raul Machado Horta. “Constituição e direito adquirido”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 112, p. 860. Por honestidade intelectual, devo dizer que sustento posição diferente, cf. Cláudio Pereira de Souza neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., pp. 311-314.

<sup>44</sup> José Afonso da Silva. “Reforma Constitucional e Direito Adquirido”. In: *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

<sup>45</sup> MS 24.871-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 6/10/2006.



*de princípio, ao direito fundamental imediatamente derivado do texto originário da Constituição, quando posto em confronto com emendas constitucionais supervenientes: nesta hipótese, a vedação a reformas tendentes a aboli-lo – baseada no art. 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental já não se fundará apenas na visão extremada – e, ao cabo, conservadora – do seu art. 5º, XXXVI, mas também na intangibilidade do núcleo essencial do preceito constitucional substantivo que o consagra.”*

Não é necessário debater aqui qual das posições é mais correta. A adoção de qualquer uma delas conduz, da mesma forma, à firme conclusão sobre a inconstitucionalidade da PEC 215. Afinal, para ambas as concepções uma emenda constitucional não pode jamais atingir direitos que tenham sido adquiridos por seus titulares por força de decisão do próprio poder constituinte originário. Porém, é exatamente isso o que faria a PEC 215, se aprovada pelo Congresso Nacional.

Com efeito, o direito das comunidades indígenas às terras tradicionalmente ocupadas é caracterizado pelo art. 231 da Constituição como um **direito originário**, que é apenas **reconhecido** pela União, por meio de ato declaratório, que não envolve qualquer juízo político sobre a sua conveniência e oportunidade. Como já se destacou no item 4 desta Nota Técnica, tal direito preexiste ao ato de demarcação. Assim, todas as comunidades indígenas que, por ocasião da promulgação da Constituição, preenchiam os requisitos previstos no art. 231, § 1º, da Carta, incorporaram à sua esfera jurídica o direito à posse e usufruto das terras que tradicionalmente ocupavam àquela época. Trata-se, indiscutivelmente, de direito adquirido, que se funda em expressa determinação do poder constituinte originário.

Do ponto de vista conceitual, não há dúvida de que o direito de cada comunidade indígena às terras tradicionalmente ocupadas se qualifica como um autêntico direito adquirido. Isto porque, direito adquirido é aquele que já se incorporou validamente ao patrimônio jurídico do seu titular, em razão de um fato idôneo para produzi-lo<sup>46</sup>. E o direito ao respectivo território étnico se incorporou à esfera jurídica de cada comunidade indígena com a promulgação da Constituição, independentemente de

---

<sup>46</sup> Como assinalou o STF, no julgamento da ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves (RT 690:176 ss.), a construção dogmática da ideia de direito adquirido adotada pela Constituição brasileira remonta a obra do autor italiano Francesco Gabbia, que assim o definiu: “*é adquirido um direito que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio do seu titular*”. Sobre o tema, veja-se José Adércio Leite Sampaio. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; e Limongi França. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

qualquer procedimento demarcatório ulterior, uma vez que tal procedimento possui natureza meramente declaratória. Em outras palavras, o fato idôneo à produção do direito adquirido é a ocupação tradicional das terras pelas comunidades indígenas, e não a demarcação administrativa procedida pela União.

Neste sentido, pronunciou-se o STF no julgamento do caso *Raposa Serra do Sol*. Como consta da ementa do julgado, da lavra do Min. Carlos Britto, “os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’ e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva”. Na mesma linha, destacou a Ministra Carmen Lucia, reproduzindo em seu voto trecho de parecer de José Afonso da Silva: “os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam são reconhecidos diretamente pela Constituição, independentemente de demarcação de suas terras. Isso significa que o reconhecimento constitucional tem o sentido de informar que, presentes os elementos necessários para definir determinada porção de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1º do art. 231), o direito dos índios e de comunidade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de ato demarcatório”. Esta também foi a conclusão do Ministro Ricardo Lewandowski: “a demarcação das terras pela União, do ponto de vista jurídico, não é ato constitutivo, mas tão-somente declaratório, ou seja, apenas reconhece, a partir de estudos técnicos, uma situação fática pré-existente”

Assim, a eventual aprovação da PEC 215 não se limitaria a promover simples alteração no regime jurídico da demarcação das terras indígenas. Fosse só isso, não se poderia acusar a PEC de afronta ao direito adquirido, já que, como se sabe, inexistente direito adquirido à intangibilidade de regime jurídico. Trata-se, isto sim, de proposta de ato normativo que, se aprovado, atingirá direitos que já foram incorporados ao patrimônio das comunidades indígenas, em razão da ocorrência, no mundo empírico, da *fattispecie* descrita pelo poder constituinte originário no art. 231, § 1º, da Lei Maior. Muitas comunidades indígenas que satisfizeram todos os requisitos previstos na Constituição para reconhecimento do seu direito às terras, mas cuja área ainda não foi demarcada, em decorrência da mora da União em fazê-lo, seriam seriamente prejudicadas, já que passariam a depender das escolhas políticas discricionárias das majorias parlamentares para garantia do seu território.

Assim, é inconstitucional a PEC 215 também por ofender a direitos adquiridos cuja fonte normativa repousa no texto originário da Constituição Federal.

## 7-A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO: VIOLÊNCIA AO DIREITO A UM JULGADOR TÉCNICO E IMPARCIAL E À TUTELA PROCESSUAL ADEQUADA

A demarcação de terras indígenas é a culminação de um processo administrativo que envolve diretamente a tutela de direitos fundamentais de comunidades indígenas e de terceiros interessados. Por isso, não há dúvida de que o procedimento da demarcação deve respeitar o princípio constitucional do *devido processo legal*, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5, LIV, CF)<sup>47</sup>

O princípio do devido processo legal, na sua dimensão processual, envolve diversas exigências ligadas à ideia de processo justo<sup>48</sup>. Nas palavras de John E. Novak e Ronald D. Rotunda, “a garantia essencial do devido processo legal é de justiça (fairness). O procedimento deve ser fundamentalmente justo com os indivíduos na resolução das bases factuais e jurídicas das ações estatais que possam privá-los da vida, liberdade ou propriedade”<sup>49</sup>. Trata-se de um princípio aberto, que abrange diversas exigências que devem ser concretizadas no âmbito da legislação infraconstitucional. Dentre estas exigências figura a de que cada caso seja apreciado de forma técnica e imparcial, por decisão fundamentada, proferida por autoridade investida de competência de acordo com regras gerais e abstratas.

Ora, não se pode conceber como justo um processo em que se tutelam direitos fundamentais, cuja decisão final seja de natureza estritamente política e desprovida de fundamentação. Não pode ser considerado justo um procedimento relativo a direitos fundamentais de uma minoria, cuja decisão seja atribuição discricionária da maioria política. Porém, é exatamente isso o que ocorrerá com o processo de demarcação de terras indígenas, caso seja aprovada a PEC 215: a decisão final sobre a demarcação das terras indígenas passará a ser do Congresso Nacional, que deliberará, de forma discricionária, por meio de votação majoritária, em que, naturalmente, não haverá fundamentação no voto de cada parlamentar.

Mas não é só. O devido processo legal também demanda que haja uma **tutela processual adequada** ao direito material em discussão. Como observou Fredie

<sup>47</sup> A incidência do princípio do devido processo legal sobre processos de demarcação de terra indígena é incontroversa na jurisprudência do STF, e.g. MS 21.649, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/12/2000; MS 24.045, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 05/08/2005.

<sup>48</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. “Direitos Fundamentais Processuais”. In: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 615/617; Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil I*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246. .

<sup>49</sup> Tradução livre. John E. Novak e Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. 5th. ed., St. Paul: West Publishing, 1995, p. 549.

Didier, “o titular do direito, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial”<sup>50</sup>. Em outras palavras, “o processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim”<sup>51</sup>

O procedimento de demarcação de terras indígenas têm por objeto direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável, e envolve, necessariamente, a apreciação de questões técnicas altamente complexas, em campos como a Antropologia, História e Sociologia. Portanto, viola a mais não poder a exigência de tutela processual adequada a submissão do processo demarcatório à decisão final de órgão político, sem nenhuma *expertise* técnica, que, até pela sua natureza e composição, certamente decidirá de acordo com os interesses e preferências da maioria.

Por todas estas razões, é flagrante a ofensa perpetrada pela PEC 215 à cláusula pétrea do *devido processo legal*, pois ela instauraria uma disciplina processual para a demarcação de terras indígenas absolutamente injusta e francamente inadequada, considerando a natureza do direito fundamental em questão.

## **8- A OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: VIOLAÇÃO DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E TRAIÇÃO ÀS FINALIDADES SUBJACENTES À SEPARAÇÃO DE PODERES**

A separação de poderes foi concebida pelo constitucionalismo liberal para assegurar a moderação no exercício do poder estatal, evitando o arbítrio dos governantes e protegendo a liberdade dos governados<sup>52</sup>. A ideia essencial é a de que, ao se conferir funções estatais diferentes a órgãos e pessoas diversas, evita-se uma concentração excessiva de poderes nas mãos de qualquer autoridade, reduzindo-se os riscos do despotismo. Embora tenha raízes ainda mais antigas, a versão clássica deste princípio foi divulgada por Montesquieu, no século XVIII, na sua famosa obra *O Espírito das Leis*<sup>53</sup>.

A leitura ortodoxa do princípio da separação de poderes concebe a existência de três poderes independentes, mas harmônicos entre si, aos quais caberia exercer certas funções estatais típicas<sup>54</sup>: o Poder Legislativo protagonizaria o processo de

<sup>50</sup> Fredie Didier Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. 12ª ed., Salvador: Juspodium, 2010, p. 69.

<sup>51</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Op. cit.*, p. 630.

<sup>52</sup> Veja-se, a propósito, Nuno Piçarra. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

<sup>53</sup> Charles Montesquieu. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

<sup>54</sup> Cf. Miguel Seabra Fagundes. *O Controle dos Atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 1-18.

elaboração das normas jurídicas, atuando também na fiscalização dos demais poderes estatais; o Poder Executivo governaria e cuidaria da administração, aplicando a lei de ofício; e o Poder Judiciário teria o papel de dirimir conflitos intersubjetivos de forma definitiva, com base nas normas jurídicas em vigor.

No Estado contemporâneo, que enfrenta questões altamente complexas e desafios que seriam impensáveis nos albores do Estado Liberal, o princípio da separação de poderes tem sido objeto de uma leitura renovada, que o abriu a novos arranjos institucionais<sup>55</sup>. Para citar apenas duas dentre as várias mudanças significativas na atual compreensão da separação de poderes, houve um significativo incremento das funções normativas do Poder Executivo, e passou-se a reconhecer que o Judiciário não é um mero aplicador autômato das normas jurídicas – não é *la bouche de la loi*, como queria Montesquieu –, participando, em alguma medida, do processo de elaboração do ordenamento. No novo cenário político-social, o princípio da separação de poderes não pode ser objeto de interpretação passadista, que o confine aos limites desenhados pela teoria política dos séculos XVIII e XIX, sob pena de não mais se ajustar às complexas demandas postas ao Estado pelas sociedades contemporâneas.

Sem embargo, existe um núcleo básico do princípio, ao lado de uma série de objetivos a ele associados, que em nosso regime constitucional devem ser salvaguardados. No sistema constitucional brasileiro, este núcleo básico deve ser protegido até diante do poder constituinte reformador. Afinal, na nossa Constituição, além de princípio fundamental do Estado (art. 2º, CF), a separação de poderes também configura limite material para as emendas constitucionais (art. 60, § 4º, inciso III, CF).

Como destacou Luis Roberto Barroso, insere-se no núcleo básico da separação de poderes a exigência de “*especialização funcional*”, que “*inclui a titularidade, por cada poder, de competências privativas*”<sup>56</sup>. Esta imposição constitucional também se projeta sobre as competências do Poder Executivo, as quais envolvem funções administrativas que, pela sua própria natureza, só devem ser por ele desempenhadas. Trata-se da chamada *reserva de administração*, que, nas palavras de Canotilho, “*compreende um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento*”<sup>57</sup>.

Arícia Fernandes Correia definiu a reserva de administração como “*um espaço autônomo - e, por isso, insubordinado - de exercício da função administrativa,*

---

<sup>55</sup> Cf. Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>56</sup> Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 174.

<sup>57</sup> J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 810-811.

*normativa e concretizadora da tutela de direitos fundamentais, inenfoque à subrogação legislativa e jurisdicional, à vista do princípio da separação de poderes*<sup>58</sup>. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a existência deste princípio em reiteradas decisões<sup>59</sup>, já tendo qualificado a reserva de administração como “*decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º)*”<sup>60</sup>.

A demarcação de terras indígenas é, pela sua própria natureza, um processo *administrativo*. O procedimento, disciplinado pelo Decreto nº 1.775/96, envolve a elaboração de estudo antropológico de identificação de comunidade indígena (art. 2º), bem como a realização de estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além de levantamento fundiário (art. 2º, §§ 1º e 2º). Ele demanda a prática de atos administrativos pela FUNAI, Ministério da Justiça e Presidência da República (arts. 1º, 2º, § 10,º e 5º) e conta com a participação dos grupos indígenas envolvidos em todas as suas fases (art. 1º, § 3º). Todo o procedimento se desenvolve sob o signo do contraditório, permitindo-se a ampla participação de todos os interessados, inclusive Estados e municípios (art. 2º, § 8º).

O procedimento de demarcação objetiva, em síntese, concretizar o direito às terras indígenas, previsto no art. 231 da Constituição. As atividades desenvolvidas e as decisões adotadas no procedimento são de natureza estritamente técnica, voltando-se a aferir a caracterização da hipótese descrita no § 1º do art. 231, da Carta, e a extrair daí as consequências pertinentes, que consistem na demarcação e registro da área indígena, na eventual exclusão de ocupantes não indígenas da área, e no pagamento aos mesmos das indenizações competentes, quando cabíveis. São, portanto, ações materiais e decisões de índole técnica, que, pela sua própria natureza, têm natureza administrativa. Daí porque, submetê-las ao crivo político do Poder Legislativo viola a reserva de administração, ofendendo, com isto, a cláusula pétrea da separação de poderes.

Em casos similares, o STF vem reconhecendo a ofensa à reserva de administração e à separação de poderes. Com efeito, a Corte apreciou hipótese em que a lei orgânica de um município brasileiro tinha transferido, do Poder Executivo para o Legislativo, a prerrogativa de definir quais seriam as “entidades de utilidade pública” municipais. Para justificar a invalidação do ato normativo, o Tribunal averbou:

*“O princípio constitucional da reserva de administração impede*

<sup>58</sup> Arícia Fernandes Correia. “Reserva de Administração e Separação de Poderes”. In: Luis Roberto Barroso (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 584-585.

<sup>59</sup> E.g. ADI 969, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20/10/2006; Emb. Dec. no Rec. Ext. 427.574, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Mello, DJe 13/02/2012.

<sup>60</sup> Voto do Min. Luiz Fux proferido na ADI 3.343, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/11/2011.

*a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas a exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes.*

*Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais.*

*Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredir o princípio da divisão funcional de poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação 'ultra vires' do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.<sup>61</sup>*

Em outro julgamento, o STF reputou inconstitucional a Lei Orgânica do Distrito Federal, que submetia as desapropriações à necessidade de autorização prévia da Câmara Legislativa<sup>62</sup>. O STF considerou que, como “a decisão político-administrativa de desapropriar é, ontologicamente, matéria de alçada do Executivo”, a subordinação desta decisão ao juízo político do Poder Legislativo ofenderia o princípio da separação de poderes.

É certo que não é estranho ao princípio da separação de poderes a existência de mecanismos de controles recíprocos entre os poderes estatais. São os instrumentos de *freios e contrapesos*, inspirados na ideia de *checks and balances* cogitada pelos *Founding Fathers* da ordem constitucional norte-americana. Porém, não é admissível a instituição de um mecanismo de controle interinstitucional de poder que subordine um ato técnico do Poder Executivo a um juízo estritamente político do Parlamento, sobretudo quando se trata de ato voltado à concretização de direito fundamental.

Com efeito, deve-se analisar a questão sob a perspectiva dos fins que o princípio da separação de poderes deve perseguir no Estado contemporâneo. Bruce Ackerman destacou que tais fins são a *legitimação democrática do Estado*, a *competência técnica*, visando ao *desempenho eficiente das missões estatais* e a *proteção e promoção dos direitos humanos*<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Emb. Dec. no Rec Ext. 427.574, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13/02/2012

<sup>62</sup> ADI 969, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20/10/2006. Consta na ementa do julgado: “É inconstitucional, por invadir a competência legislativa da União e violar o princípio da separação de poderes, norma distrital que submeta as desapropriações, no âmbito do Distrito Federal, à aprovação prévia da Câmara Legislativa do Distrito Federal” (grifêi).

<sup>63</sup> Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 65-111.

Em relação à legitimação democrática, cumpre salientar que democracia não é sinônimo de governo da maioria. Há amplas discussões sobre o significado da democracia<sup>64</sup>, mas há certo consenso no sentido de que existem algumas exigências normativas que devem estar presentes para que um regime possa se caracterizar como democrático. Uma delas é a necessidade de respeito aos direitos fundamentais das minorias. É por isso que, embora Hitler tenha ascendido ao poder pela via eleitoral, e governado durante a maior parte do tempo com o respaldo da população alemã, seria absurdo considerar o regime nazista como democrático. Assim, não se legitima pelo argumento democrático uma decisão que determina a submissão dos direitos mais básicos de uma minoria à vontade política discricionária da maioria.

Quanto à competência técnica, é certo que um dos elementos centrais da separação de poderes é a especialização funcional, que busca atribuir aos órgãos estatais as funções que eles tenham condições de desempenhar de forma mais adequada e eficiente. Afinal, se todos os órgãos e instituições públicas pudessem se imiscuir em todos os assuntos e esferas, além da paralisia estatal, decorrente do entrelaçamento entre poderes, haveria grave impacto na capacidade de o Estado atuar de modo eficaz, cumprindo satisfatoriamente as suas múltiplas missões. A cogitação sobre as atribuições de cada poder deve levar em conta, portanto, uma análise comparativa das suas *capacidades institucionais*.<sup>65</sup>

A consideração sobre as capacidades institucionais para equacionamento de questões concernentes ao princípio da separação de poderes não é estranha à jurisprudência do STF. No julgamento do rumoroso caso envolvendo a extradição de *Cesare Battisti*, a Corte, pelo voto de “desempate” do Ministro Fux, valeu-se de reflexão sobre o tema para definir a competência do Poder Executivo, e não do Judiciário, para dar a última palavra sobre a realização de extradição já autorizada pelo STF:

*“O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeulle (...). Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o*

<sup>64</sup> Sobre o tema, a literatura é inabarcável. Veja-se, por todos, Robert A. Dahl. *A Democracia e seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>65</sup> Veja-se, a propósito, Cass Sunstein e Adrian Vermeulle. “Interpretations and Institutions”. *John M; Olin Law & Economics Working Paper n. 156*, disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>; e Daniel Sarmento. “Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



*Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão. Com efeito, é o Presidente da República que se encontra com os Chefes de Estado estrangeiros, que tem experiência em planejar suas decisões com base na geografia política e que, portanto, tem maior capacidade para prever as conseqüências políticas das decisões do Brasil no plano internacional".<sup>66</sup>*

Ora, a demarcação de terras indígenas é, como antes assinalado, um procedimento que envolve juízos essencialmente técnicos, de natureza altamente complexa. O Poder Executivo tem os quadros com a *expertise* necessária para adotar decisões nesta área, mas não o Legislativo, que é legitimado e vocacionado, pela sua própria natureza, à adoção de decisões políticas. Portanto, também por esta razão, ligada ao princípio da separação de poderes, seria absurdo transferir do Poder Executivo para o Parlamento a decisão final sobre a demarcação de terras indígenas.

Outra finalidade subjacente ao princípio da separação de poderes é a proteção e promoção de direitos fundamentais. No cenário do constitucionalismo liberal-burguês, que enxergava o Estado basicamente como um adversário dos direitos, a separação de poderes era pensada como instrumento voltado à limitação das atividades dos Poderes Públicos, o que, de acordo com a concepção então vigente, favoreceria os direitos dos cidadãos. Porém, no constitucionalismo contemporâneo, sabe-se que o Estado tem muitas vezes que agir concretamente na realidade social para efetivar os direitos humanos. Neste novo contexto, a separação de poderes não deve ser pensada como um instrumento de bloqueio, que crie obstáculos intransponíveis para a promoção dos direitos fundamentais. O princípio pode e deve ser visto antes como mecanismo institucional voltado a viabilizar a concretização eficiente dos direitos humanos.

Daí porque, não se pode compreender a transferência ao Poder Legislativo da prerrogativa de dar a última palavra sobre demarcação de terras indígenas como um mecanismo legítimo de freios e contrapesos, no sistema constitucional da separação de poderes. Como já salientado, a submissão da demarcação a um juízo político do Congresso representaria barreira praticamente insuperável para a garantia de direito fundamental de uma minoria estigmatizada.

Portanto, uma interpretação do princípio da separação de poderes centrada nas suas finalidades e aberta aos influxos dos valores humanistas da Constituição só pode chegar à conclusão de inconstitucionalidade da PEC 215, na parte em que atribuiu ao Congresso o poder de autorizar as demarcações sobre terras indígenas.

---

<sup>66</sup> Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Cezar Pelluso.

## 9- A ABSOLUTA INCONSISTÊNCIA DA JUSTIFICATIVA DA PEC 215

Em deferência ao Congresso Nacional, convém, antes do encerramento desta Nota Técnica, examinar cuidadosamente as razões invocadas pelos proponentes da PEC 215 para a mudança constitucional pretendida, que tanto prejuízo acarretaria a direitos e princípios constitucionais salvaguardados como cláusulas pétreas.

Recorde-se que a justificativa apresentada foi a alegada similitude entre a demarcação de terras indígenas e a intervenção federal nos Estados. Se esta se sujeita à aprovação congressional – argumentaram os proponentes -, aquela também deveria ser condicionada à mesma autorização. Sob a ótica dos proponentes da PEC 215, a alteração objetivada seria positiva, pois além de evitar conflitos federativos com os Estados, ela também emprestaria maior segurança jurídica às demarcações. Contudo, tais razões, com todas as vênias, são manifestamente improcedentes e desarrazoadas.

Em primeiro lugar, porque não há qualquer semelhança entre a demarcação de terras indígenas e a intervenção federal nos Estados. A demarcação de terras indígenas é de competência federal, porque as terras indígenas são propriedade da União (art. 20, XI, CF), e porque é evidente a predominância do interesse nacional na proteção e promoção dos direitos dos índios, que são grupos étnicos formadores da Nação brasileira em situação de grande vulnerabilidade. Portanto, ao demarcar as terras indígenas, a União não interfere na autonomia dos Estados, não a restringe nem viola, inclusive porque as terras indígenas não deixam, depois da demarcação, de integrar o território dos Estados-membros.

Mas a diferença entre a demarcação das terras indígenas e a intervenção federal não para aí. Em regra, a decisão do Presidente da República que decreta a intervenção é um ato de natureza política, que envolve valoração discricionária do Chefe do Executivo<sup>67</sup>. Daí a justificativa para o exercício de controle político do ato pelo Congresso Nacional. Porém, sendo o direito das comunidades indígenas às terras tradicionalmente ocupadas um autêntico direito fundamental, a demarcação não pode ser concebida como decisão política discricionária. Trata-se de decisão técnica do Poder Executivo, que se limita a aferir a presença dos pressupostos constitucionais necessários à demarcação, visando à implementação prática da medida.

Ora, diante do caráter exclusivamente técnico da decisão sobre a demarcação, não há qualquer justificativa para submetê-la à aprovação do Congresso, ao

<sup>67</sup> Como ressaltou Enrique Ricardo Lewandowski em obra doutrinária, “a intervenção federal é (...), essencialmente, um ato político ou um ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário e ao controle político pelo Poder Legislativo” (*Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: RT, 1994, pp. 36-37).

contrário do que ocorre com a intervenção federal. Pelo contrário, como antes destacado, a exigência de autorização do Congresso subverteria completamente a lógica da demarcação, convertendo um autêntico direito fundamental de uma minoria - contramajoritário por natureza -, em mera “vantagem”, cujo gozo pelas comunidades indígenas tornar-se-ia dependente dos juízos políticos da maioria legislativa de plantão.

Não se questiona o fato de que os entes da federação podem ter um legítimo interesse no processo demarcatório. Porém, este interesse já está devidamente contemplado no atual procedimento, disciplinado pelo Decreto 1.775/96, que prevê expressamente a faculdade de que os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação se manifestem no procedimento administrativo (art. 2º, § 8º), antes da decisão do Ministro da Justiça, que é depois submetida à homologação presidencial.

Afastado o equivocado argumento federativo empregado na justificativa da PEC 215, cumpre dedicar algumas linhas à alegação de que a aprovação congressual traria maior segurança jurídica às demarcações. Tal argumento também não se sustenta. É, de fato, fundamental assegurar a segurança jurídica nas relações sociais, sobretudo em relação ao gozo de direitos fundamentais, como o direito das comunidades indígenas ao território tradicionalmente ocupado. Mas como sustentar que a submissão de um direito fundamental a um juízo político de conveniência e oportunidade do Parlamento lhe confere maior segurança jurídica? Como afirmar que promove a segurança jurídica uma mudança que, como antes demonstrado, violaria, se aprovada, direitos adquiridos concedidos diretamente pelo próprio poder constituinte originário? É mais do que evidente que a consequência de eventual aprovação da PEC 215 seria a inversa. Afinal, subordinar o gozo de um direito fundamental de uma minoria estigmatizada e vulnerável à vontade política da maioria é a forma mais óbvia e insidiosa de mergulhá-lo na mais completa insegurança jurídica!

São, portanto, absolutamente insubsistentes as razões invocadas pelos proponentes da PEC 215 como justificativa para a adoção de medida tão draconiana e inconstitucional em relação às comunidades indígenas brasileiras.

## **10. O PAPEL DO STF NA DEFESA DAS MINORIAS: O CASO DOS POVOS INDÍGENAS**

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é por vezes questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária”<sup>68</sup> do Poder

---

<sup>68</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária” foi cunhada em obra clássica da teoria constitucional norte-

Judiciário, que decorre do fato de os juízes constitucionais, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo. Não nego a premissa de que o controle de constitucionalidade deve ser exercido com prudência e equilíbrio, especialmente em caso envolvendo o controle de proposta de emenda constitucional.

Contudo, há circunstâncias que justificam uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, e uma delas é a proteção de minorias estigmatizadas<sup>69</sup>. O processo político majoritário, que tem lugar no Parlamento, muitas vezes não é suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis, falhando pela sua omissão. Outras vezes, ele se volta contra os direitos destas minorias estigmatizadas, por preconceito ou para favorecer os interesses materiais dos grupos hegemônicos, pecando por ação.

O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas. Esse argumento é um dos que, no campo da Filosofia Constitucional, justificou plenamente a adoção de uma postura mais ativista do STF no histórico julgamento sobre união homoafetiva<sup>70</sup>. Ele também deve incidir sobre o presente caso, que se volta para a discussão de direitos fundamentais dos indígenas, que estão em vias de ser gravemente violados pelo Congresso Nacional.

Com efeito, além de constituírem minoria numérica - cerca de 0,4% da nossa população, de acordo com os dados do Censo de 2010 -, os índios brasileiros são ainda objeto de preconceito e estigma na sociedade brasileira. Em que pese a dramática situação social em que vivem a maior parte dos povos indígenas no país - com índices de desnutrição e mortalidade infantil muito superiores aos da população brasileira, por exemplo - os índios ainda são vistos por muitos segmentos da nossa sociedade como bárbaros primitivos, a serem eliminados ou "civilizados", ou ainda como grupo privilegiado, que se locupleta às custas do restante do país. Como se não fossem os índios, ao lado dos negros, as principais vítimas do nosso processo civilizatório tão excludente; como se não tivessem os

---

americana: Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1964.

<sup>69</sup> A ideia de que a proteção de minorias estigmatizadas justifica uma atuação enérgica da jurisdição constitucional tem ampla aceitação na teoria constitucional, sendo clássica, neste sentido, a defesa desta postura contida na obra de John Hart Ely. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. A concepção foi adotada pela jurisprudência constitucional norte-americana, que, desde o *leading case Carolene Products Co. v. United States*, julgado em 1938, submete a um escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*) os atos normativos que atingem minorias impopulares.

<sup>70</sup> ADPF 132 e ADI 142, Rel. Min. Carlos Britto, julgadas em 4 e 5 /05/ 2011.

---

índios sido espoliados e violentados, no corpo e na alma, ao longo de séculos e mais séculos de opressão!

Este contexto justifica plenamente que o STF exerça, com firmeza e altivez, a sua missão de guardião da Constituição, para proteger os direitos fundamentais dos povos indígenas brasileiros, que serão gravemente atingidos caso seja aprovada a malsinada PEC 215.

## 11. CONCLUSÕES

Diante do que foi exposto nesta Nota Técnica, pode-se concluir:

a) É cabível o controle preventivo de constitucionalidade da PEC 215, através de mandado de segurança impetrado por parlamentares federais.

b) O trecho originário da PEC 215 que estabelecia o poder do Congresso Nacional de ratificar as demarcações de terras indígenas já concluídas não mais subsiste, eis que foi expurgado pelo próprio Poder Legislativo, no controle político preventivo de constitucionalidade exercido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

c) Na parte em que pretende acrescentar o art. 49, inciso XVIII, e alterar a redação do art. 231, § 4º, da Constituição, atribuindo ao Congresso o poder de autorizar as demarcações de terras indígenas, e condicionando a proteção destas terras à referida autorização, a PEC 215 viola o núcleo essencial de diversos direitos fundamentais: direito dos índios às terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, CF); direito à cultura (arts. 215, 216 e 231, *caput*, CF); direito adquirido concedido diretamente pelo poder constituinte (art. 5º, XXXVI, CF); e direito ao devido processo legal administrativo (art. 5º, LIV, CF). Assim, a PEC 215 ofende, por diversas formas, o limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição.

d) Na mesma parte referida acima, a PEC 215 viola, ainda, o núcleo essencial do princípio da separação de poderes, ferindo a cláusula pétreia instituída no art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição.

Rio de Janeiro, 03 de setembro de 2013.

---

# Os Direitos dos Povos Indígenas e a Defensoria Pública<sup>1</sup>

---

Eduardo Cesar Paredes de Carvalho - Defensor Público Federal no Rio de Janeiro

**Resumo:** Desde o período da colonização, os povos indígenas são grupos excluídos, não recebendo a mesma atenção que a *grande sociedade*, em especial na proteção de direitos e na realização da cidadania. Com nossa Constituição de 1988 e a consagração do Estado Democrático de Direito, os direitos indígenas passaram a gozar de magnitude constitucional. Além disso, o Brasil compromete-se na seara internacional, tanto em âmbito universal, quanto regional, em proteger e promover os direitos indígenas. Exemplos de compromissos assumidos, são a adesão à Convenção 169 da OIT e à Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas. Nesse quadrante normativo, constrói-se o que se convém chamar de *Estatuto dos Direitos Indígenas*. Neste estatuto, dois direitos merecem destaque: o direito à diferença cultural – com o afastamento do paradigma assimilacionista – e o direito as suas terras. Destes dois direitos, possivelmente, irradiam-se todos os outros direitos indígenas. Além disso, a Constituição de 1988 consagra o direito de acesso ao Judiciário, mas aos grupos excluídos o acesso é, muitas vezes, restrito ou impossível, já não podem pagar por um advogado. No entanto, nossa Constituição também consagrou a Defensoria Pública para que os excluídos pudessem ter o mesmo acesso. Assim, a Defensoria Pública é instrumento indispensável à realização do *Estatuto dos Direitos Indígenas* perante o Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Direitos Indígenas. Direito à Assistência Jurídica. Defensoria Pública. Poder Judiciário.

## O BRASIL INDÍGENA DE ONTEM E DE HOJE

Antes da chegada dos europeus, o Brasil era uma imensidão da natureza onde

---

<sup>1</sup> O presente artigo é uma adaptação da palestra proferida em 10/4/2014 no evento “A Questão Indígena e o Poder Judiciário” do Programa de Estudos Avançados da EMARF.

viviam cerca de cinco milhões de indígenas, que dividiam-se em quatro troncos linguísticos de matrizes distintas – tupi, aruak, karib, jê. Chega-se ao número de duas mil línguas, que são tão distintas como o chinês e o russo. É uma amostra da diversidade e complexidade dos primeiros habitantes desta terras. Entretanto, apesar de tamanha complexidade e diferença entre os grupos indígenas, o europeu colocou-os em uma vala comum, chamando todos, sem distinção, de índios.

Nos dias de hoje, a situação não se aproxima tanto de outrora, os grupos indígenas reduziram-se a duzentos e quarenta e um povos, sendo cinquenta destes, isolados; falam cento e oitenta línguas; mil e quarenta e seis terras demarcadas; trezentas e sessenta e três terras registradas. E chegamos ao número populacional de pouco mais de oitocentos mil indígenas, que já significa um crescimento frente aos números da últimas décadas.

Desde o descobrimento os direitos indígenas ficaram, quando muito, relegados ao plano legislativo ordinário. O próprio Estatuto do Índio tem diversas normas não recepcionadas pela Constituição de 1988. Assim, é na Constituição e nos diplomas internacionais de proteção aos Direitos Humanos que extrai-se o que hoje nós podemos chamar de direitos indígenas.

## **CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E OS POVOS INDÍGENAS**

Inaugura-se na Constituição de 1988, a constitucionalização dos direitos dos povos indígenas. A participação dos indígenas na elaboração do novo texto constitucional é destacada, inclusive havendo uma subcomissão própria para o trato da questão: a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas.

A Constituição foi um marco nos direitos indígenas no Brasil e serve para deflagrar a consagração do direito à diferença – o direito de serem considerados “coletividades culturalmente distintas” – e o afastamento da tese assimilacionista<sup>2</sup>, que permeava a legislação e a política pública do sistema jurídico anterior. Assim, os direitos indígenas passaram a ser conjugados nas diferenças culturais.

Desta maneira, consagra-se o direito à uma sociedade multiétnica e cultural, passando a não mais interessar o grau de assimilação do indígena para considerá-lo detentor de direitos e, portanto, de cidadania.

Neste diapasão, destaca-se um rol de direitos assegurados: (i) o direito de autoconstituição étnica, bem como, a proteção e valorização de suas manifestações culturais, que integram o Patrimônio Brasileiro; (ii) o direito sobre as terras que

---

<sup>2</sup> A tese assimilacionista tinha como característica principal a integração dos índios à cultura não índia.

tradicionalmente ocupam; (iii) o direito à posse permanente sobre suas terras; (iv) o direito de usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos situados em suas terras; (v) a competência da Justiça Federal para as causas que versem sobre conflitos indígenas. Além disso, foi estabelecido um capítulo próprio na topografia constitucional: “Dos Índios”.

Do direito cultural à diferença espriam diversos outros direitos, como o direito de autoconstituição étnica, que tem por conteúdo os direitos de organização social, língua, costumes, crenças e tradições próprias. Além disso, obriga o Estado a proteger e valorizar manifestações culturais indígenas, consideradas pela Constituição, integrantes do Patrimônio Cultural Brasileiro.

Nesta esteira, destaca-se um dos direitos de maior magnitude, o direito sobre suas terras, as terras indígenas. Assim como outras populações tradicionais, o território é elemento indispensável ao exercício de todos os outros direitos. Assegurado o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam, de forma inalienável e imprescritível, passa a ser obrigação da União demarcar, proteger e respeitar os seus limites.

Uma das consequência do direito às terras tradicionais, é o direito à posse permanente sobre suas terras, sua proibição de remoção, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em determinados casos específicos, mas garantido o seu retorno. Além disso, assegura-se o direito de usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes. De qualquer forma, as terras indígenas são propriedade da União.

Outra importante garantia assegurada aos indígenas é que a disputa sobre os seus direitos serão julgados pela Justiça Federal, o que demonstra uma preocupação do constituinte de deixar a cargo de uma justiça especializada e, ao mesmo tempo, retirar do âmbito estadual a discussão destas questões.

Desta forma, na Constituição de 1988, o Brasil assume, em certa medida, um perfil de Estado Plural e Multiétnico dentro da opção pelo Estado Democrático de Direito, descortinando da invisibilidade jurídica a existência de diversos povos culturalmente distintos, mas que em seu conjunto formam o povo brasileiro.

## **OS DIREITOS HUMANOS E OS POVOS INDÍGENAS**

No ordem jurídica internacional, os indígenas tem recebido nas últimas décadas especial atenção. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do



Trabalho, ratificada pelo Brasil em 2002, substituiu a Convenção 107 OIT – de perfil integracionista e paternalista – e tem importância ímpar no trato de diversos direitos dos povos autóctones.

Diferentemente da convenção anterior, reconhece o direito à diferença cultural e estabelece como critério para atribuição da qualidade de indígena, a autoidentificação, indispensável para definição dos grupos a qual se aplica a Convenção. No campo semântico, operou a substituição do termo “população” pela designação de “povos” indígenas, o que reforça a identificação étnica.

A Convenção estabelece, dentre outros direitos, inclusive os já mencionados no texto constitucional, o reconhecimento de povos nômades ou itinerantes, a participação e consulta aos povos indígenas em questões envolvendo seus interesses (princípio democrático), o direito de manter seus costumes e instituições, desde que compatíveis com os Direitos Humanos e o ordenamento jurídico nacional.

Outro importante documento de proteção, é a Declaração sobre o Direito dos Povos Indígenas, aprovada na forma de resolução pela Assembleia Geral da ONU, o que tem causado alguma resistência em atribuir-lhe natureza de *jus cogens*<sup>3</sup>. Porém o fato de ter sido aprovada por esmagadora maioria – cento e quarenta e três países, com apenas quatro votos desfavoráveis e oito abstenções – inclusive pelo Brasil, tem-lhe imprimido por parte da doutrina, a natureza de *soft law*<sup>4</sup>. De qualquer forma, urge-se a necessidade da aprovação de uma convenção sobre o tema.

Na Declaração, os direitos indígenas foram consagrados como direitos coletivos. E nela, outro ponto que chama a atenção, é a diferenciação entre autodeterminação dos povos indígenas e autodeterminação das minorias, passando o termo “povos indígenas” a expressar os povos autóctones da América, Ásia e Oceania – o termo “minorias” ficou adstrito a povos europeus. Desta separação, surge um importante aspecto: a obrigatoriedade de respeitar a integridade territorial e a vedação da criação de um Estado próprio pelos povos indígenas, ao contrário do chamado direito das minorias.

No rol de direitos, a Carta sobre Direitos Indígenas segue a mesma linha normativa da Constituição brasileira e da *Convenção 169*, mas deve ser destacado a previsão expressa do direito de manter, controlar e proteger o patrimônio genético e conhecimentos tradicionais, o que assegura aos povos indígenas a manutenção do acervo genético e de conhecimento tradicional livre de ingerências externas, além de demonstrar uma preocupação atual com a crescente *biopirataria*.

---

<sup>3</sup> Art. 53, CVDT/1969, “uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”

<sup>4</sup> Direito sem vinculação jurídica, porém importante para a construção do direito internacional costumeiro.

Ainda no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, o Conselho de Direitos Humanos, órgão autônomo da ONU e principal integrante do sistema de monitoramento dos Direitos Humanos baseado na Carta da ONU (*charted based*), possui no seu Procedimento de Relatorias Especiais – *procedimento 1235* – um GT sobre Temas acerca dos Povos Indígenas. Deve-se ressaltar também o sistema de relatórios periódicos universais, onde, inclusive, o Brasil já se comprometeu a implementar os direitos indígenas na sua política de promoção dos Direitos Humanos.

Enquanto isso, no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos não existe nenhum diploma específico para o trato dos direitos indígenas, mas destaca-se a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no monitoramento de tais direitos, como por ex. o *Caso Yanomami vs. Brasil* (7615), contribuindo para demarcação da terra indígena Yanomami em 1992, e a jurisprudência e função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos em tal matéria.

## ESTATUTO DOS DIREITOS INDÍGENAS

Desse modo, dois são os sistemas de proteção dos direitos indígenas, um na ordem jurídica internacional, subdividido em sistema global e regional, e outro no ordenamento jurídico interno. No Sistema Global de Direitos Humanos, como não há uma convenção específica sobre os direitos indígenas, os esforços estão concentrados nos procedimentos de monitoramento do Conselho de Direitos Humanos. Já no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenham importante mecanismo de proteção dos direitos indígenas.

Enquanto isso, em nosso ordenamento jurídico, a Constituição, vértice do sistema, além de desempenhar o filtro axiológico, cumpre papel irradiador das normas indígenas para todo ordenamento. Além disso, a *Convenção 169*, internalizada em 2004, e a Declaração sobre o Direito dos Povos Indígenas são normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, e segundo o Supremo Tribunal Federal, normas desta natureza possuem estatura de norma supralegal, abaixo da Constituição, mas acima das leis e demais diplomas do ordenamento jurídico.

Com isso, pode-se dizer que a Constituição de 1988 e os aludidos diplomas internacionais de proteção dos Direitos Humanos criam o chamado *Estatuto dos Direitos Indígenas*, chegando-se, em síntese, aos seguintes direitos: (i) direito de autoidentificação; (ii) direito de diferenciação, manifestação cultural e não-

deculturação (não-assimilação forçada); (iii) direito sobre às terras indígenas, usufruto das suas riquezas e não remoção (autoadministração); (iv) direito de participar do processo decisório (princípio democrático); (v) direito de manter, controlar e proteger o patrimônio genético e conhecimentos tradicionais; (vi) direito dos processos que versem sobre conflitos indígenas serem julgados pela Justiça Federal (justiça especializada).

## **DIREITO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E OS INDÍGENAS**

A Constituição de 1988 não inovou somente no temário dos direitos indígenas. O termo Defensoria Pública, importante instrumento de acesso à cidadania e defesa dos direitos dos grupos vulneráveis, teve em 1988 sua primeira aparição no texto constitucional, muito embora a adoção do modelo público ou brasileiro tenha sido assegurado desde 1934.

Os fundamentos de existência constitucional da Defensoria Pública são a cidadania e a dignidade da pessoa humana e sua construção jurídica inicia-se nos primeiros dispositivos constitucionais ao elencar entre os objetivos do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução as desigualdades sociais e regionais.

O direito à assistência integral e gratuita é consagrado no rol de direitos fundamentais e assegurado aos necessitados, sejam eles econômicos, aqueles que não podem pagar por um advogado, ou jurídico, aqueles que dependem da assistência para o acesso a determinado direito, mesmo que possam pagar por um advogado.

A Defensoria Pública brasileira é instituição autônoma e detém o monopólio do serviço público de assistência jurídica aos necessitados. Por meio da assistência jurídica se assegura a consecução de direitos no plano extrajudicial e judicial. Assim, destaca-se por operacionalizar o acesso ao Judiciário e, mais do que isso, o próprio acesso ao Direito.

No mesmo caminho que outras legislações latino-americanas, com destaque para Colômbia, o Brasil através da Lei Complementar n. 132/2009, que alterou a Lei Orgânica da Defensoria Pública, inseriu explicitamente nas suas funções institucionais, a defesa de grupos vulneráveis que merecem especial atenção do Estado, dentre os quais se insere os povos indígenas.

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OS INDÍGENAS

Na consecução desta missão constitucional de defesa da cidadania e dos direitos dos povos indígenas, a Defensoria Pública da União desenvolve vários projetos, dentre os quais merecem referência: (i) Projeto de atendimento centralizado dos Povos Indígenas do Amazonas; (ii) Projeto Dourados; (iii) Projeto Defensoria Itinerante; (iv) Atuação dos Ofícios de Tutela Coletiva e Direitos Humanos (DHTC); (v) Assistência jurídica aos indígenas em Procedimentos de Assistência Jurídica.

O Projeto de atendimento centralizado dos Povos Indígenas do Amazonas<sup>5</sup> foi criado com objetivo de redução do desgaste do indígena na busca pelo seu direito, através de um escritório especializado no atendimento e com a participação da Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Fundação Nacional do Índio e Secretaria de Estado para os Povos Indígenas. Assim, o indígena, após horas de viagem até a capital (Manaus), não necessita buscar o órgão responsável pela realização do seu direito, bastando ir até o núcleo de atendimento, o que evita o efeito *porta em porta*. Além disso, diversas etnias possuem costumes que são observados neste atendimento especializado.

O Projeto Dourados visa o atendimento jurídico dos indígenas da cidade de Dourados no Mato Grosso do Sul, que vivem sob condições precárias na periferia da cidade e arredores, onde, na época, não havia Defensoria Pública da União instalada. Hoje, já existe Núcleo da Defensoria Pública da União da Subseção Judiciária de Dourados.

O Projeto Defensoria Itinerante é desenvolvido nos moldes da experiência do Projeto Justiça Itinerante da Justiça Federal, e leva a milhares de brasileiros o acesso à justiça por meio de atuações provisórias e em locais sem prestação do serviço jurisdicional, garantindo assim, tanto aos indígenas, quanto a toda população brasileira o acesso ao direito e à justiça.

Também no dia-a-dia dos núcleos da Defensoria Pública da União, os direitos indígenas são assegurados por meio de procedimentos de assistência jurídica da mais variada gama de direitos. Além disso, os Ofícios de Tutela Coletiva e de Direitos Humanos desempenham vital papel na consecução de direitos coletivos dos povos indígenas através do serviço público de assistência jurídica.

<sup>5</sup> Idealizado, planejado e criado pelo autor do artigo e pelo Dr. Bruno Júnior Bisinoto, Procurador Federal.

## CONCLUSÃO

Desta maneira, conclui-se que há em nossa ordem jurídica a existência de um arcabouço normativo próprio para os povos indígenas, denominado de *Estatuto dos Direitos Indígenas*, fruto da consagração constitucional de diversos direitos fundamentais especificamente destinado àqueles povos e do compromisso assumido pelo Brasil na ordem internacional para promoção e proteção dos Direitos Humanos.

O direito de acesso ao Poder Judiciário foi consagrado em nossa Constituição. No entanto, o serviço jurisdicional é, muitas vezes, restrito ou impossível para aqueles que não podem pagar por um advogado, criando-se uma massa de excluídos do acesso à justiça – especialmente no Brasil, um país de desigualdades materiais.

De qualquer sorte, a Defensoria Pública foi consagrada na ordem constitucional como instituição prestadora do serviço público de assistência jurídica, e assim, instrumento indispensável para realização da cidadania e do acesso aos direitos dos *excluídos para baixo*, dentre eles, diversos indígenas e povos indígenas.

Assim, é na vitalidade do Estado Democrático de Direito e por meio de um dos seus mais importantes atores – o Poder Judiciário – é que, quase sempre, ocorrerá a efetivação do estatuto jurídico e a implementação de políticas públicas deficientes destinada aos povos indígenas, e quando excluídos, poderão se valer de importante instrumento de acesso garantido pela Constituição, qual seja: a Defensoria Pública.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 18 mai. 2014.

BRASIL, Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em 18 mai. 2014.

BRASIL, Lei Complementar nº. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp80.htm)>. Acesso em 18 mai. 2014.

---

<sup>6</sup> Expressão utilizada por José Ricardo Cunha e Nadine Borges no artigo “Direitos Humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão”.

- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CUNHA, José Ricardo et al.. *Direitos Humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão* in CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.
- DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2011.
- ONU, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em < [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em 18 mai. 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SEM, Amartya. *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA, Luiz Fernando Villares e (Org.). *Coletânea da Legislação Indigenista Brasileira*. Brasília: CGDTI/FUNAI, 2008.





Impressão e acabamento:  
**CPGRAF/SED**  
TRF 2ª Região





Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-62108-03-7



9 788562 108037

