

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO AGRÁRIO

MARCELA IOSSI NOGUEIRA

**A TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: análise do
paradoxo entre a Constituição Federal de 1988 e o Direito internacional dos
Direitos Humanos**

Goiânia
2015

MARCELA IOSSI NOGUEIRA

A TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: análise do paradoxo entre a Constituição Federal de 1988 e o Direito internacional dos Direitos Humanos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Goiás, nível Mestrado, na área de concentração em “Direito Agrário” e na linha de pesquisa “Direito Agroalimentar e Territórios”, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Agrário, sob a orientação do Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas.

Goiânia
2015

Ficha catalográfica elaborada automaticamente
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob orientação do Sibi/UFG.

Nogueira, Marcela Iossi

A titularidade das terra indígenas no Brasil [manuscrito]: análise do paradoxo entre a Constituição Federal 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos / Marcela Iossi Nogueira. - 2015.

CLXII, 162 f.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, Goiânia, 2015.

Bibliografia.

1. Constitucionalismo plural. 2. Constituição Federal. 3. Convenção 169. 4. Terras indígenas. I. Dantas, Fernando Antônio de Carvalho, orient. II. Título.

MARCELA IOSSI NOGUEIRA

A TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: análise do paradoxo entre a Constituição Federal de 1988 e o Direito internacional dos Direitos Humanos

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Agrário, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, defendida e aprovada em 30 de março de 2015, perante a Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas

(orientador – UFG)

Pofessora Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

(examinadora interna – UFG)

Professor Dr. David Sanchez Rubio

(examinador externo – Universidade Pablo de Olavide - Sevilha)

Goiânia, 30 de março de 2015.

“Esta terra que pisamos é o nosso irmão. Por isso que a terra tem algumas condições e por isso que o Guarani respeita a terra, que é também um Guarani. Por isso que o Guarani não polui a água, pois é o sangue de um Karai. Esta terra tem vida, só que nós não sabemos. É uma pessoa, tem alma – é o Karai. (...) Esta terra aqui é nosso parente, mas uma pessoa acima de nós”.

(karai Alexandre Acosta)

“Somos todos irmãos, a terra é nossa mãe (...) tudo que acontecer com a terra vai acontecer com os filhos da terra”

(Cacique de Seattle)

Às minhas avós, Maria da Silva Marçal e Maria Isabel Castilho Mamede dos Santos, duas mulheres à frente de seu tempo que nos deixaram mais cedo do que eu gostaria, mas que tiveram tempo de me ensinar que o respeito às diferenças e o compartilhamento dos saberes e das tradições são necessidades desta vida.

À meus pais, Moacyr e Kátia, que tornaram possível a concretização desse sonho e projeto de vida.

Ao meu irmão, Pedro, meu melhor amigo desde sempre, o pedaço de mim que fez mais falta durante este processo de construção.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Moacyr Nogueira Netto e Kátia Iossi Nogueira, por serem minha estrutura da vida e fonte inesgotável de carinho, por terem abdicado de seus próprios sonhos para que eu pudesse viver o meu, e pela imensurável compreensão com os momentos de ausência e de dificuldade.

Ao meu irmão, Pedro Iossi Nogueira, que de longe me proporcionou momentos de emoção, com mensagens de incentivo e um amor incalculável que me imputaram a tranquilidade e força necessárias para não desistir e para dar o melhor de mim.

Às minhas primas, Mariana, Luiza e Renata, pela amizade, amor e compreensão que me dispensaram mesmo a distância, pelas palavras de incentivo dadas a todo o tempo e pelo proporcionamento de conversas e momentos inesquecíveis.

Ao restante da família que, por ser grande não irei nomear em cada personalidade, lembrando que cada qual mantém sua parcela de responsabilidade neste trabalho, pelo incentivo, pelo amor e por todo o suporte dado desde meu primeiro suspiro, em especial a minhas madrinhas, Maria Helena da Silva Marçal e Maria Aparecida da Silva Marçal Demerciam.

Ao orientador, Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas, pela amizade, pelo apoio nos momentos de crise, pelo acompanhamento da pesquisa, dedicação ao processo delicado de construção do conhecimento, e também pelos momentos de descontração constantes e tão importantes para a continuidade do trabalho.

À querida professora Maria Cristina, pela amizade, pela paciência, pelo apoio, pelo carinho, por me empurrar quando eu achava que já não conseguia, por ver em mim algo que eu não via.

Ao amigo de alma, que mesmo distante é sempre tão presente, que me acompanhou nesta trajetória, sempre com afeto, sempre com amor, ao indelével David.

A todos os docentes do Programa de Mestrado em Direito Agrário, pelas preciosas contribuições dadas em classe e fora dela, pelas indicações de leitura, e pela atenção dispensada à pesquisa. Em especial, agradeço aos professores Claudio Lopes Maia, João da Cruz Gonçalves Neto, Vilma de Fátima Machado e Arnaldo Bastos Santos Neto, que acompanharam de perto o presente estudo colaborando com a superação dos obstáculos.

Aos colegas discentes, pela convivência e pelos diálogos realizados, em especial àqueles com quem construí mais proximidade, Junior Fidélis (com sua esposa Sandra e as queridas meninas, Julia e Fernanda), Otaniel Rodrigues (e a pequena Bianca), Alexandrina Benjamim, Rogério Rocha e João Vitor Martins Lemes (sem o qual não seria possível o término pontual deste trabalho e as boas risadas diárias). Destes todos, em particular àquela que se tornou minha meia irmã, minha alma gêmea dos estudos, Camila Ragonezi Martins, parceira de todas as horas, sempre incentivadora dos estudos e da diversão, o ombro amigo, a bronca na hora certa, um dos melhores caracteres já conheci nessas andanças da vida.

À querida Maira que deu um incentivo pra romper com as amarras e seguir meu coração. Aos indeléveis, Rejane, Zoroastro, Gabriel, Aline, Carlô, Antônio, Ana Silvia e Guto, por darem conforto “a quem me deu idéia de uma nova consciência e juventude”, enquanto eu partia pra realizar meus sonhos.

Aos amigos que tive que deixar longe, pelo apoio e pelo entendimento da ausência, Juliana Nunes Perassolli, Andressa Pecego, Maria Angélica Almeida, Johannes Fernandes Tardim. Aos amigos que fiz aqui, pela dedicação, pelas farras, pelo estudo, pela parceria de vida, Carenina, Nayara, Jessica, Caio, Ana Carolina, Gustavo, Kezia e Gerson.

À terra, aos rios, à cada pedacinho de território que me pertenceu e que me pertence de um modo particular. Porque me ofereceram e me oferecem o essencial, o que comer o que beber, onde cantar, onde dançar, onde rezar, onde dar continuidade aos ensinamentos da vida, além de um espetáculo de imagens diárias que me faz mais feliz e mais completa, que me faz, de certa forma, infinita.

RESUMO

A pesquisa que aqui se propõe analisa o paradoxo existente entre a previsão insculpida na Constituição Federal de 1988, que estabelece a titularidade das terras indígenas como sendo da União, face à convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada e publicada em 2003 pelo Brasil, que estabelece serem as terras tradicionalmente ocupadas de propriedade coletiva dos povos indígenas (de acordo com o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal os tratados internacionais de que o Brasil faça parte são recepcionados pelo ordenamento nacional passando a integrar o rol de direitos e garantias imputados aos brasileiros e brasileiras). O estudo tem enquanto ponto de partida o constitucionalismo plural – que pretende a reinterpretação do Estado Nacional com base na igualdade das relações culturais, bem como o reconhecimento e respeito às peculiaridades dos diferentes povos e suas tradições. De maneira que se pretende interpelar duas questões fundamentais, a) Existe uma antinomia constitucional entre as normas mencionadas e, no que consiste essa antinomia? b) Quais as causas dessa antinomia, qual a questão material de fundo? A Convenção 169 abarca enquanto uma de suas garantias, a título exemplificativo, o direito à reparação pelo furto das propriedades dos povos tribais, sejam elas intelectuais, materiais, culturais ou até religiosas. O mencionado diploma foi ratificado em plano nacional em julho de 2002 e publicado em julho de 2003, e é diante disso que nasce a problemática que se pretende aqui abordar uma vez que, quando do momento da ratificação da Convenção, os Estados membros se comprometem a realizar a adequação de sua legislação e práticas nacionais aos termos e disposições da mesma. Ao ratificar a Convenção em julho de 2002, o Brasil, que além de Estado membro da Organização Internacional do Trabalho é um dos dez países com assento permanente no seu Conselho de Administração, aderiu ao instrumento de Direito Internacional mais abrangente para essa matéria, que procura garantir aos povos indígenas e tribais os direitos mínimos de salvaguardar suas culturas e identidade no contexto das sociedades que integram, se assim desejarem. Para compreender o paradoxo apontado é necessário entender como se verifica na atualidade o reconhecimento das sociedades indígenas enquanto povos culturalmente diferenciados com direito a identidade e especificidade, demonstrar de que maneira o processo histórico de formação do território nacional impôs a marginalização das comunidades indígenas, negando seus direitos e expurgando suas populações e, ainda, questionar as formas de adequação do direito internacional ao ordenamento jurídico pátrio considerando as particularidades das sociedades de que tratam.

Palavras-chave: Constitucionalismo Plural; Constituição Federal; Convenção 169; Terras Indígenas.

ABSTRACT

The thesis proposed here aims to analyze the paradox between the forecast in the 1988 Constitution, which establishes the ownership of indigenous lands as the Union, and the 169 Convention of the International Labour Organization that establishing the lands traditionally occupied like indigenous peoples property. The plural constitutionalism will be the starting point of this study – proposes the reinterpretation of the national state based on equality of cultural relations, as well as recognition and respect to the peculiarities of different peoples and their traditions. So there are two fundamental questions, a) There is an antinomy between the standards mentioned, and which consists in this antinomy? b) What is the cause of this antinomy? The 169 Convention covers as one of its guarantees the right to reparation for theft of property of the tribal people, be they intellectual, material, cultural or even religious. The mentioned law was ratified in national plan in July 2002 and published in July 2003, and before it is born is the issue we intend to address because, when the time of ratification of the Convention, member states undertake to perform suitability of their national legislation and practices to the terms and provisions thereof. By ratifying the Convention in July 2002, Brazil, which in addition to member state of the International Labour Organization is one of the ten countries with a permanent seat on its Board of Directors, joined the instrument of international law more comprehensive for that matter, which seeks ensure that indigenous and tribal societies the minimum rights to safeguard their culture and identity in the context of the companies which, if they wish. To understand the paradox pointed out it is necessary to understand how to check the current recognition of indigenous societies as culturally different peoples with the right to identity and specificity, demonstrating how the history of the development of the country has imposed marginalization of indigenous communities, denying their rights and expunging their populations, and also question the appropriateness of forms of international law to the national legal system considering the particularities of the companies that deal.

Key-words: Plural Constitutionalism, Constitution, 169 Convention, Indigenous Lands.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I - TERRITORIALIDADES INDÍGENAS, PENSAMENTO DESCOLONIAL E MOVIMENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	26
1.1 OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: UMA REALIDADE MARGINAL.....	26
1.1.1 Territórios indígenas da atualidade: os números da FUNAI.....	37
1.2 AS ESPECIFICIDADES DE UM POVO E O MOVIMENTO DESCOLONIAL.	41
1.2.1 (Re)significações constitucionais: o movimento da América Latina.....	44
1.2.2 A formação de uma nova relação seres humanos-natureza.....	49
1.2.2.1 Terra, território e territorialidade: Samaúma, Catira, Iamandu e outras visões.	52
CAPÍTULO II - A TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS: ENTRE A CONVENÇÃO 169 DA OIT E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	60
2.1 HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DAS NORMAS RELACIONADAS A PROTEÇÃO E DELIMITAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS	60
2.2 DA INSTITUIÇÃO DAS SESMARIAS A CONVENÇÃO 169 OIT: PROTEÇÃO OU DOMINAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.....	67
2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS TERRAS TRADICIONALMENTE HABITADAS PELOS POVOS INDÍGENAS.....	77
2.3.1 Garantias das terras indígenas enquanto bens públicos da União	84
CAPÍTULO III - DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: AS TERRAS INDÍGENAS E A PROPRIEDADE AGRÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:	89
3.1 ESTADO NACIONAL: HOMOGENEIZAÇÃO E EXCLUSÃO DE INDIVÍDUOS.....	90
3.2 ESTADO PLURINACIONAL: COMO GARANTIR DIREITOS QUE CONTEMPLAM AS DIVERSAS ESPECIFICIDADES E IDENTIDADES COEXISTENTES NO BRASIL.....	96
3.3 NO MEIO DO CAMINHO HAVIA UM “POVO”	106

CAPÍTULO IV – AS TERRITORIALIDADES INDÍGENAS: TERRAS COLETIVAS E SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL	116
4.1 A PROTEÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS E SEU TERRITÓRIO NOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS	118
4.2 A CONVENÇÃO 169 OIT ENQUANTO TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS	129
4.3 PARA A SUPERAÇÃO DO PARADOXO NORMATIVO E CONSEQUENTE GARANTIA DA TITULARIDADE COLETIVA DAS TERRAS INDÍGENAS.....	135
CONCLUSÃO	141
REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda as normas de tratamento da questão “territorialidade indígena”, relacionando os dispositivos pertinentes ao tema que se encontram conexos ao disposto na Constituição Federal de 1988. Assim se interpela o tratamento dado às terras indígenas nos dispositivos constitucionais e seus embates junto à normas jurídicas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial se discutirá sobre o paradoxo presente na norma constitucional de 1988, que delimita a titularidade das terras indígenas enquanto propriedade da União, face à convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT -, ratificada e publicada em 2003 pelo Brasil, que estabelece que as terras ocupadas, em caráter originário, pelos povos indígenas devem ser consideradas enquanto propriedade coletiva destes povos.

O paradoxo ao qual se refere, entre as normas internacionais de Direitos Humanos e normas constitucionais, já encontra na história da Constituição Federal brasileira de 1988 um precedente. No caso da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica observava-se a proibição da prisão civil por dívidas, oposto do disposto no texto constitucional à época.

Os Tratados e Convenções Internacionais são a representação mais legítima do processo que globaliza o tratamento dos Direitos Humanos na configuração da proteção de diversos sujeitos de direitos antes invisibilizados. A ratificação do Pacto de São José pelo Estado brasileiro e, posterior alteração do ordenamento jurídico interno demonstra a força dos direitos fundamentais no quadro de Direitos Internacionais frente ao Direito Interno quando este se mostrar menos abrangente.

O tema central deste trabalho trata do território e das territorialidades, é pressuposto dizer que território é um conceito carregado de significações diferenciadas e que se referencia de maneiras assimétricas de acordo com cada povo e cultura a que faz menção. Para os povos indígenas, em geral, o aspecto de recurso natural¹ consiste apenas uma das dimensões da compreensão de sua terra. Para eles, há um sentimento de pertencimento que os conecta ao território, é a representação da continuidade das tradições culturais, a produção de seu

¹ De acordo com David Sanchez Rubio a natureza para os povos indígenas nunca intentou um sentido de recursos naturais, haja vista que esses povos sempre se esforçaram para salvar seu mundo das destruições do capitalismo e do colonialismo. Segundo o autor, “la naturaleza es indisociable de la sociedad, la tierra es la fuente y la raíz de sus culturas y sus cosmologías generalmente interpretán la realidad a partir de una interrelación de no superioridad del ser humano con la tierra e los seres que la habitan” (SANCHEZ RUBIO, 2011, p.171-172).

conhecimento tradicional e também a base que garante o seguimento da própria vida física e cultural.

No Brasil, o reconhecimento, a demarcação das terras indígenas está impregnada pela marginalização desses povos e, contrariamente ao disposto na Constituição Federal de 1988, tanto o reconhecimento dos povos quanto a devolução e demarcação de suas e, portanto, a regularização fundiária permanece à mercê das oscilações de mercado e de imposições do pensamento moderno/colonial.

O modelo hegemônico colonial de ocupação das terras brasileiras determinado pelos europeus se caracteriza pela subalternização e marginalização dos povos originários, de sua cultura e, principalmente, é marcado por ignorar o modo de interação dessas populações com a natureza e seu sentimento de pertencimento com a mesma, fator que lhes mantém enquanto parte integrante do território que ocupam.

O processo de colonização será, assim, determinante para a legislação que se seguirá, guiando as premissas que irão, normativamente, indicar a titularidade das terras habitadas, cultivadas e transformadas pelos povos indígenas.

Na história constitucional brasileira, entre as Constituições de 1824 - do Império - e de 1934 - da República - observou-se o absenteísmo primeiro e, posteriormente, o segregacionismo em relação à discussão ou normatização do assunto, das questões sobre os povos indígenas já, à época, marginalizados.

A Constituição de 1934, sob a égide de um Estado pautado nos interesses das elites nacionais, não abarca os interesses da sociedade de uma maneira geral. Ainda, apesar de seu caráter segregacionista, é a primeira a trabalhar com a percepção de existência de povos indígenas existentes no território nacional, reconhecendo a eles a posse das terras onde permanentemente se encontrassem localizados².

Em 1946, repetem-se também as disposições elencadas no texto constitucional de 1934 sobre as terras indígenas e o regime de integração nacional do índio. É com base nessa percepção integracionista do Estado em relação aos povos indígenas é que se constrói a política

² Artigo 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedada à alienação das mesmas (BRASIL, 1934)

constitucional em relação às terras por eles ocupadas, condicionando-se a própria existência de um território indígena ao regime de integração constitucionalmente proposto.

A partir de 1967 as normas constitucionais trazem uma inovação, concede-se à União a propriedade as terras ocupadas por povos indígenas e, a estes, se destina somente a posse sobre elas e, recebendo o reconhecimento da qualidade de usufrutuários de todos os recursos que se puder utilizar em suas terras - em termos ocidentais, dos recursos naturais e riquezas de seu território³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 rompe-se com o paradigma integracionista até então configurado constitucionalmente e, são (re)assegurados aos povos indígenas seus direitos territoriais, como produto de demandas históricas de redemocratização e luta pelo reconhecimento político ocorridas ao longo da história no Brasil.

Contudo, é a dinâmica histórica, orientada pelo modelo colonial/capitalista, que marcou toda a ocupação de terras no Brasil - expansão de fronteiras, utilização mercantil da terra, preterimento ao agronegócio⁴ - que se reflete na situação territorial do povos indígenas brasileiros atualmente. De maneira que os direitos conquistados, mas ainda não plenamente efetivados, são resultado da luta permanente desses povos pela continuidade de seu espaço de vida.

Embora os dispositivos de proteção postos na Constituição de 1988 representem um avanço no tratamento da questão indígena e em sua luta pelo reconhecimento e pelo território, a atualidade é marcada por contínuas lutas e invasões territoriais que se pretendem justificar pela expansão tecnológica e mercantil do país. Não há, portanto efetividade no cumprimento dos direitos conquistados em plano constitucional, cabendo ao Estado implementar políticas garantísticas à esses direitos já postados no ordenamento jurídico nacional.

³ Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: I. (...); IV. As terras ocupadas pelos silvícolas. Artigo 186 - É assegurada aos silvícolas a posse das terras que habitam e reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1967).

⁴ Sobre a expansão das fronteiras, Claudio Lopes Maia afirma que a ocupação espacial experimentada no território brasileiro reflete um contexto de formação de um novo tipo societário, que se movimenta em razão dos fundamentos capitalistas. Neste pensamento os povos indígenas ocupariam um lugar irrelevante por não trazerem contribuições ao modelo de mercado, ou seja, por não disporem da terra como um objeto que serve ao capitalismo (MAIA, 2008).

Os obstáculos encontrados na efetivação desse direito ao território dos povos indígenas do Brasil estão, intimamente conectados à conformação histórica do direito de propriedade no país, dos meios de colonização do espaço e dos saberes, tudo que se postou desde a dominação colonial e, que ainda se mostra presente em cada nova expansão de mercado atual⁵.

A história da questão agrária brasileira demonstra um quase total desconhecimento epistemológico e cultural dos povos originários (dado em razão do processo de colonização territorial e dos saberes), no sentido de que ignora as culturas diversificadas presentes em seu vasto território, do mesmo modo que invisibiliza a pluralidade dos grupos étnicos e suas tradições, e seus conhecimentos. Essa invisibilização é caminho para negação de direitos, territoriais, inclusive.

A problemática nascente da necessidade de delimitar geograficamente os territórios, é plantada pelos ideais do Estado-nação. Essa imposição de um espaço físico a ser suplantado por uma organização, por um poder governamental sobre um povo é específica dos conceitos de território que a sociedade moderna propõe. E, desta maneira as concepções ou cosmovisões dos povos originários - neste trabalho especificamente as dos povos indígenas do Brasil -, que não se pautam tão somente em limites físicos ou geopolíticos, são desconsideradas e rechaçadas juntamente com o direito à seus territórios - que poderão muitas vezes ser assimétricos.

Por meio de um processo sistemático de mudanças culturais e legislativas (conquistadas pelas lutas por emancipação e por aquisição de direitos), propõe-se a inserção dos diversos grupos historicamente marginalizados no contexto de tomadas de decisões políticas, e ampliação de sua participação nesses espaços de deliberação.

Em função deste processo de mudanças, o Brasil, no intuito de garantir o reconhecimento dos diversos sujeitos possuidores de etnicidades diferenciadas, passou a adotar convenções e outros dispositivos internacionais de Direitos Humanos reafirmadores do direito à identidade coletiva desses povos, postura que se confirma no texto constitucional, que apesar do caráter ainda conservador, funciona na posição de garantidor de direitos dos povos indígenas no Brasil.

Na contramão do discurso que prega uma sociedade homogênea legitimada também por um direito homogêneo, as lutas dos povos originários somadas à dispositivos internacionais

⁵ É a subordinação das formas de vida humanas ao capital de que fala Harvey, onde se chega a uma condição de subordinação real de certas culturas em detrimento da acumulação primitiva do capital (HARVEY, 1990).

que rechaçam a imposição de um padrão de hegemonia global - econômica, epistemológica, social, territorial, cultural, religiosa -, tornam visíveis as possibilidades de ser diferente, o reconhecimento as especificidades e necessidades de cada povo.

Em meio às preocupações para com a visibilidade dos povos originários, ganha destaque a questão indígena. Assim é aprovada em 2007, na Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. Os principais pontos da Declaração tratam de questões como a autodeterminação dos povos indígenas, dando-lhes o direito de buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural; o direito ao consentimento livre, prévio e informado e, em especial o direito à suas terras - que segundo a própria Declaração constitui recurso indispensável para manutenção institucional, cultural e das tradições específicas e necessárias a seu desenvolvimento.

De modo semelhante a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), objeto do presente estudo, já garantia o direito à informação, mediante consulta prévia acerca da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, abarcando inclusive obras de infra-estrutura, mineração ou uso de recursos hídricos, além do direito à reparação pelo furto das propriedades indígenas, sejam elas intelectuais, materiais, imateriais ou até religiosas, bem como o direito de manter suas culturas, a exemplo, nomes dados tradicionalmente a pessoas e lugares.

A Convenção 169 da OIT trata da titularidade das terras indígenas, demonstrando sua preocupação para com os aspectos coletivos que se evidenciam na relação entre sujeitos e território. Reconhecendo, em razão desse modo de se relacionar, a posse e propriedade das terras que tenham sido habitadas pelos povos indígenas e tribais⁶ em caráter tradicional, mas também a todas as terras à que tenham acesso para a manutenção de suas atividades de subsistência.

O paradoxo entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em face à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho ratificada em plano nacional em julho de 2002 e publicada em julho de 2003, ambas as normas condizentes à matéria de território das populações indígenas, é ponto fulcral desta pesquisa e, diante disso é que nasce a problemática que se pretende aqui abordar. Salientando, a Convenção 169, de que tratamos,

⁶ A convenção entende por povos tribais aqueles que apresentem-se em condições distintas, cultural, econômica e socialmente, do restante da população nacional.

estabelece o reconhecimento dos direitos de propriedade e de posse coletiva das terras que tenham sido tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas (Parte II - Artigos 13 à 19), enquanto nosso texto constitucional as institui como sendo um bem pertencente à União (Artigo 20, XI).

Importa ressaltar que, quando do momento da ratificação da Convenção, os Estados membros se comprometem a realizar a adequação de sua legislação e práticas nacionais aos termos e disposições da mesma. No Brasil são os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 que dispõe sobre regra de incorporação dos tratados e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, quando versantes sobre matéria de direitos humanos, ao ordenamento jurídico nacional com o status de emenda constitucional, ou seja, são normas de mesma hierarquia.

Neste mesmo sentido, por tratar de direitos fundamentais do “povos indígenas e tribais”, a Convenção 169 da OIT, desde que ratificada pelo Brasil tem aplicabilidade imediata, compondo o rol de direitos e garantias fundamentais implementados pela Constituição, por força do parágrafo 1º do mesmo artigo 5º. Assim sendo é clara a presença de uma antinomia, ou do paradoxo entre as normações, razão pela qual, o estabelecimento e a discussão de tal fenômeno foram objetos deste trabalho.

No plano de preocupações do Direito agrário o que se propõe é o estudo das normas, nacionais e internacionais, e de sua aplicação quando relativas aos direitos das populações indígenas em caráter geral que correspondam ao direito de propriedade, uso, controle, acesso às terras, utilização dos recursos naturais e pertencimento territorial.

Visivelmente o direito dos povos indígenas supera a seara de preocupações em caráter local e, com a interposição de normas de direito público internacional que deverão ser aplicadas no plano nacional. Notavelmente, o Brasil é signatário de tais normas e, portanto, estas passam a ter validade em todo seu território e não podem, a princípio, ser descumpridas.

Como já dito, ao ratificarem a Convenção, os Estados membros comprometem-se a adequar sua legislação e práticas nacionais a seus termos e disposições, desenvolvendo ações com vistas à sua aplicação integral. Assumem também, no caso da Convenção 169, o compromisso de informar periodicamente a Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a aplicação da mesma e de acolher observações e recomendações dos órgãos de supervisão da Organização.

Ao ratificar a Convenção em julho de 2002, o Brasil, que além de Estado membro da OIT é um dos dez países com assento permanente no seu Conselho de Administração, aderiu ao instrumento de Direito Internacional mais abrangente para essa matéria, que procura garantir aos povos indígenas e tribais os direitos de salvaguardar suas culturas e identidade no contexto das sociedades que integram, se assim desejarem.

O ponto de partida deste estudo não poderá então ser outro, se não o constitucionalismo pluralista nascido nos Andes e, que se apresenta enquanto proposta de refundação do Estado-Nação, uma reestruturação que se propõe a partir da igualdade das identidades culturais, do reconhecimento e do respeito às diversidades de povos e tradições específicas do território latino-americano.

A necessidade de refundação do Estado-nação está imbricada, justamente, no conceito de nação. Para fins de direito temos como estático que o povo brasileiro se compõe por uma nação única⁷, ou seja, um só povo. Veremos que no imaginário da sociedade, em geral, esse discurso também foi suplantado historicamente, em especial durante o regime varguista e a era de expansões que o marcaram.

Falar-se em Estados Plurinacionais é, então, contrapor-se à ideia imposta pela modernidade de nacionalidade “imaginada”, de um só povo, uma só língua, um só costume, compondo um país. Essa contraposição, em se tratando de América-latina, é quase que tardia, já que o território vem sendo ocupado há mais de 500 anos de maneira compartilhada por povos diferenciados entre si, não semelhantes em suas características físicas ou culturais. Ainda mais tardia quando sublinhamos o fato de que as culturas que foram invisibilizadas e subalternizadas são justamente aquelas que, originalmente, ocupavam as terras do continente.

Os povos indígenas sofrem diretamente as injustiças desse conceito duro de nação que lhes nega um espaço de decisões e de participação política.

A postura adotada pelo conhecimento ocidental considerou sempre o homem enquanto sujeito diferenciado em relação à natureza, estabelecendo que a proximidade entre o homem e o mundo natural revelaria o grau de sua animalidade e a selvajaria de seu povo. O primeiro ponto do estudo demonstra já uma ruptura com mais esse pensamento moderno/colonial e o

⁷ Nação, que segundo Benedict Anderson, é um conceito imaginado, onde os indivíduos podem não se conhecer ou se reconhecer uns aos outros, mas mantêm a mesma língua, os mesmos símbolos e signos que dão uma noção de pertencimento a um determinado espaço comum (BALAKRISHNAN, 2000).

apontamento de um novo olhar para a relação entre ser humano e natureza. Os povos indígenas, símbolo dos movimentos descoloniais e do constitucionalismo transformador, mantém uma relação de pertencimento para com o mundo natural, é uma ligação diferenciada da estabelecida pelo mundo moderno, onde a continuidade das tradições, da cultura e da própria vida só são possíveis através da continuidade do contato com seu território natural.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, em perspectiva crítica, ao trabalhar com as questões indígenas reafirma a necessidade de reconhecimento dessas visões diferenciadas de relação homem-natureza, bem como de re-afirmar os direitos dos povos originários quebrando a lógica dos processos hierárquicos e de desigualdade que se estruturaram modernamente.

Por essa lógica, Joaquín Herrera Flores adota um conceito de direitos humanos que se constrói à partir de lutas e reivindicações de grupos sociais diversos que se justificam pela tentativa de alcance de condições dignas, com acesso igualitário, reconhecimento de diversidades, a emancipação do humano (HERRERA FLORES, 2009).

Y, finalmente ya que no podemos entender los derechos sin verlos como parte de la lucha de grupos sociales empeñados en promover la emancipación humana por encima de las cadenas con las que se sigue encontrando la humanidad en la mayor parte de nuestro planeta. Los derechos humanos no sólo se logran en el marco de las normas jurídicas que propician su reconocimiento, sino también, y de un modo muy especial, en las prácticas sociales de ONGs, de Asociaciones, Movimientos Sociales, de Partidos Políticos, de Iniciativas Ciudadanas y reivindicaciones de grupos, sean minoritarios (indígenas) e no (mujeres) que de un modo u otro han quedado tradicionalmente marginados del proceso de positivación y reconocimiento institucional de sus expectativa⁸ (FLORES, 2000, p.46).

Nessa concepção, portanto, os direitos humanos não são compreendidos de uma maneira uniforme, geral ou abstrata, ao contrário, devem ser entendidos enquanto processos de luta e busca específicos pela dignidade. Processos esses que se diferenciaram de acordo com a

⁸ “E, finalmente, já que não podemos compreender os direitos sem ve-los como parte da luta dos grupos sociais envolvidos na promoção da emancipação humana acima das cadeias que se seguem encontrando pela humanidade na maior parte do nosso planeta. Os direitos humanos não só se atendem no âmbito das regras jurídicas que favorecem o seu reconhecimento, mas também, e de uma forma muito especial, nas práticas sociais de ONGs, de Associações, de movimentos sociais, de partidos políticos, pela iniciativas dos Cidadãos e, pela reivindicações de grupos, seja minoria (indígenas) ou não (mulheres) que, de uma forma ou de outra têm sido tradicionalmente marginalizados no processo de positivação e reconhecimento institucional de sua expectativa” (tradução livre da autora)

história e o local onde se inserem seus sujeitos reivindicadores e destinatários (HERRERA FLORES, 2009).

Assim, essas lutas ou “processos de emancipação”, segundo David Sanchez Rubio (2011), caracterizam um marco para a efetivação dos direitos plurais, para o reconhecimento das capacitações humanas que independem de sua condição social, racial, de gênero, política ou de sua colocação na esfera representativa do poder.

Os Direitos Humanos devem ter a capacidade de conceder espaço para as reivindicações sociais (lutas e processos de emancipação) postos no mundo moderno, rompendo com rótulos como inferior ou superior, pior ou melhor, científico ou não. E, é a partir dessa concepção de direitos humanos que se inserem as Convenções 169 da OIT e a Declaração Universal dos direitos dos povos indígenas e, com base nelas pode-se trabalhar em uma perspectiva garantidora de direitos aos povos originários.

Quanto ao método, conjunto de ferramentas de elucidação em uma investigação, deve ser escolhido em razão de sua melhor adequação ao objeto central da pesquisa, que neste caso se pauta em um conflito de normas sublimado pelo campo dos Direitos Humanos e, a importância do debate sobre a garantia de reconhecimento e efetivação de direitos aos povos originários do Brasil.

No presente trabalho dois são os suportes metodológicos utilizados para compor o método, sendo o primeiro suporte qualitativo - de análise documental e, o segundo suporte relacional - que guarda relação com as práticas sociais, políticas e ideológicas componentes da realidade de estudo, ou seja, a relação entre o sujeito e o objeto de estudo que não se podem dissociar.

Juridicamente, à metodologia compete a interpretação crítica da atividade jurídica e legislativa (ou o inverso já que o ato de legislar será anterior ao ato de dizer o direito no caso concreto), sabendo-se que dizer o Direito não se pode resumir à aplicação, por si só, de normas pré-estabelecidas.

Sobre o suporte metodológico qualitativo trata-se de uma maneira de analisar o objeto partindo da perspectiva subjetiva, considerando os pontos de vista do sujeito e do contexto em que se insere. A análise se realiza por meio de pesquisa documental, sendo escolhidos os documentos que se mostrarem mais relevantes à natureza do estudo (GOMES, 2007).

A escolha dos documentos de análise deve observar um processo cuidadoso, os documentos devem ser suficientes para responder às proposições que se formularam no projeto de pesquisa e que se respondem na conclusão do estudo (GOMES, 2007). Neste sentido dá-se, aqui, razão para o levantamento de documentos (contenedores de normas, valores e princípios jurídicos e sociais), bem como de diversas propostas epistemológicas, aplicando-os a elementos específicos que se analisam criticamente sob a perspectiva do pós-colonialismo e do novo constitucionalismo latino-americano.

Já o suporte metodológico relacional, utilizado por Herrera Flores (2000), aborda o mundo das relações em que se inserem os Direitos Humanos, suas conexões de tempo, espaço e pluralidade, suas múltiplas interações com os sujeitos e com os processos sociais. Nesse sentido os Direitos Humanos, objeto desta investigação, não se podem compreender de maneira isolada, devem estar sempre conexos ao restante dos objetos e fenômenos componentes de determinada sociedade.

No presente estudo, portanto, será indissociável o tipo cultural, as tradições e as visões dos povos indígenas dos direitos fundamentais que se lhes garantem os Direitos Internacionais dos Direitos Humanos e a Constituição federal brasileira.

Quando se fala em um perspectiva metodológica relacional deve-se ter em mente um conjunto de processos que não se esgota, que não se propõe universal, ao contrário rebate o método hegemônico que tenciona solucionar todas as questões. Na opção por um método relacional sabe-se que muitas realidades de sobrepõe (relações sociais, econômicas, políticas, sexuais, de poder e entre cultura e natureza) e, por essa razão, se propõe o questionamento de conceitos, instituições e representações postas pelo positivismo jurídico (GÂNDARA, 2013).

Assim, acompanhando o raciocínio que se propõe no referencial teórico, o suporte metodológico relacional de Joaquín Herrera Flores (2000) e de David Sanchez Rubio (2011) conjuga um espaço de observação das pluralidades, das especificidades, do contexto de mundo em que se pretende analisar os quadro de Direitos Humanos.

Essa contextualização de tempo, espaço, sujeito e direito permite a ruptura com o paradigma universal do método para propor o pensar de práticas sociais, de discussões, de exposição de opiniões, interesses fazendo a escolha por um conceito de método adequado às lutas por condições dignas de desenvolvimento da vida (HERRERA FLORES, 2000).

Com a finalidade de instrumentalizar a questão da distribuição das terras no Brasil, estabelecendo a conexão entre história de como se deu esse fenômeno e as cosmovisões indígenas de representação territorial, o estudo subdivide-se em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, ao tratar da identificação do sujeito e seu modo de ser, viver, fazer e conhecer, da natureza jurídica das terras habitadas pelos povos indígenas - sujeitos - e as rupturas que se apresentam através do pensamento descolonial e dos movimentos de ampliação da democracia na América Latina.

Fez-se uma reflexão acerca dos diversos movimentos de rompimento com modelo hegemônico colonial/moderno que vêm se destacando, principalmente, na região da América Latina. Países de um continente historicamente deixado à margem da sociedade pelas imposições de seus colonizadores vivem um momento de transformação em suas constituições, realizando alterações democráticas em seu direito tomando por base as experiências de grupos que sofreram e foram discriminados em razão das influências dos modos modernos de produção.

Destacou-se a importância da luta pelo resgate de populações que foram inferiorizadas e suplantadas pelo regime de colônia que se perpetuou mesmo após a independência de cada um dos países da América Latina, e de seus respectivos povos originários.

Para compreensão do cenário atual de lutas descoloniais e a criação de novas fórmulas alternativas à modernidade demonstra-se o processo histórico de formação do colonialismo, suas possíveis causas e consequências no continente latino-americano e a subsequente formação do fenômeno da colonialidade impregnado do pensamento neoliberal burguês.

Postas as intenções e perspectivas da colonialidade foram abordadas as dominações por ela estabelecidas, inclusive o nascimento das questões raciais e subalternização de determinadas subjetividades – todas não européias.

Com o surgimento das teorias descoloniais, dos pensamentos alternativos, de resistência e luta, que priorizam uma matriz de pensamento não hegemônica entendo que o resistir às dominações ocidentais é também reconhecer e garantir a identidade dos povos não-ocidentais, garantindo seu direito de ser, fazer, viver e conhecer com base em suas próprias tradições.

O pensar descolonial legitima as diversas formas de lutar e a tentativa de romper com o paradigma da modernidade. No novo constitucionalismo latino-americano trabalha-se a partir

de perspectivas plurais, em um espaço dotado de uma multiplicidade de interesses materiais, pela pluralidade de etnias e culturas. Esse movimento de ressignificação das constituições além de abandonar os preceitos liberais das constituições modernas revela um momento de abertura aos modos de vida dos povos originários.

A postura adotada pelo conhecimento produzido no ocidente considerou sempre o homem enquanto sujeito diferenciado em relação à natureza, estabelecendo que a proximidade entre o homem e o mundo natural revelaria o grau de sua animalidade e a selvageria de seu povo.

A visibilidade das cosmovisões indígenas e de sua compreensão territorial são uma manifestação da ruptura com o pensamento moderno/colonial e o apontamento de um novo olhar para a relação entre ser humano e natureza, sob uma perspectiva de respeito à natureza e à biodiversidade, que é a matriz de fundamentação desse Constitucionalismo transformador que surge na América Latina.

No segundo capítulo foi realizado uma análise dos pressupostos histórico-legislativos que influenciaram o modelo de território hegemônico no Brasil, a terra com contornos de mercadoria (fictícia) que cumpre com os interesses individuais, liberais, reducionista.

Fez-se uma apreciação primeira das Constituições que já vigeram no Brasil em relação ao tratamento dos povos indígenas e de seus direitos concedidos e garantidos pelo Estado. Destaque neste capítulo para a importância da Constituição de 1988 para o reconhecimento do direito à identidade dos povos indígenas e para a indicação da necessidade de reconhecimento e demarcação das terras desses povos.

Foram também feitas análises das legislações infraconstitucionais dispensadas à matéria de titularidade das terras ocupadas pelos povos indígenas, sua evolução junto à história do país e as principais preocupações do legislador à cada época.

Fez-se um link entre o modelo de colonização, a colonialidade e as influências destes para a formação do complexo legislativo que passaram a indicar e, ainda indicam a titularidade das terras habitadas, cultivadas e transformadas pelos povos indígenas. Abordaram-se, sobre o complexo legislativo, três momentos históricos marcantes da postura normativa do Estado em relação aos direitos dos povos indígenas, o extermínio, o integracionismo e o protecionismo, que culminam no entendimento atual da terra indígena enquanto bem de usufruto coletivo.

A territorialidade coletiva dos povos indígenas na qualidade de direito que se pode conceder e retirar legislativamente, ao sabor das ondas do mercado econômico e, o modo arbitrário como essas modificações são legitimadas pelos institutos e órgãos jurídicos nacionais, senpre diante do interesse individual dando sentido reducionista à terra e a tudo que esta nos pode proporcionar, foram o centro das discussões no segundo ponto deste trabalho.

No terceiro capítulo foram abordadas as posturas que se mostram necessárias face às reivindicações e lutas dos povos marginalizados pelo processo de colonização do continente latino-americano, tais quais a refundação do Estado Nacional para o nascimento de um Estado Plurinacional com ênfase em necessidades múltiplas, em especificidades e em pensamentos e conhecimentos que partem de culturas plurais.

As modificações que se nos imputam as lutas por emancipação dos povos indígenas contribuem para a análise da precisão do romper com o Estado Nacional, moderno, patriarcal, hegemônico, criador das diferenças, cedendo lugar à um Estado plurinacional, capaz de aceitar as diferenças e de se reprogramar para conseguir abarca-las em um mesmo espaço de discussões. Um novo Estado com participação de povos diversos, com representatividade desses povos, com voz, com destaque para a possibilidade de quebra com a invisibilização e marginalização historicamente estabelecidas.

Um processo de refundação estatal que, para os povos indígenas, representa a possibilidade de atuação, de participação junto ao governo, de defesa de seus direitos à existência, à cultura, ao saber, à continuidade de suas tradições, à identidade e, principalmente à terra.

O território pelo qual os povos indígenas lutam é seu lugar de vida, de história, de memória, é um direito histórico que o projeto de refundação do estado poderá viabilizar através da abertura dos campos políticos, econômicos e sociais para a manifestação dos modos de ser, viver, fazer e conhecer dos povos originários e de suas especificidades.

O ponto que gera toda a discussão desse capítulo é a necessidade de, nos Estados de conformação tipicamente plural, romper com o modelo eurocêntrico liberal de conhecer e de viver, sob a proposta de um espaço de discussões dos saberes e das normas que abarquem e legitimem o modos diferenciados de compreender e fazer a vida.

Sobre o romper com a hegemonia do capital foram reunidos no terceiro capítulo alguns exemplos brasileiros onde as decisões jurídicas e legislativas de ordem territorial, ainda

considerando os povos indígenas como obstáculos ao desenvolvimento econômico do país, preferem a terra como bem que serve aos propósitos liberais de aquisição de lucro. Ignorando inclusive que o sentido de desenvolvimento para os povos indígenas não guarda relação com o crescimento técnico, científico e econômico como se dá na racionalidade ocidental.

No quarto capítulo foi tratado o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas à titularidade coletiva de suas terras enquanto Direitos Humanos fundamentais que devem ser incorporados ao texto da Constituição Federal.

Vistas as alternativas que nascem a partir da ampliação do rol de direitos humanos, e da afirmação de princípios, valores e normas de garantia da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento primordial no tratamento do outro. Alternativas que nascem dos processos de luta por emancipação, responsáveis por demonstrar a necessidade de se reconhecer as capacidades e especificidades de cada ser humano, como ser único que tem possibilidade de conferir um significado ao mundo, não importando, para tanto sua condição social, etnia, gênero, idade, religião, opção sexual ou poder.

A questão pontual deste último capítulo tratou da importância de se discutir os direitos humanos, em uma perspectiva crítica, para compreender os processos de luta dos povos indígenas pelo reconhecimento de seus direitos e, à partir disto, dizer da formação e da necessidade de implementação dos direitos internacionais dos direitos humanos no sistema jurídico nacional. Em especial a necessidade de se efetivar os direitos já conquistados, no sentido de garantir aos povos indígenas sua territorialidade coletiva.

A territorialidade coletiva que, ao longo do estudo é tratada com em uma postura de embate aos modelos hegemônicos de utilização da terra, com a intenção de questionar o surgimento do paradoxo legislativo territorial. Isso porque, o paradoxo não é outra coisa que não o reflexo dessas duas posturas conceituais de modo de utilização e apropriação da terra. A racionalidade ocidental, que se norteia por fundamentos modernos/coloniais, confere a terra um status de mercadoria negociável, de propriedade privada, de bem que se utiliza para gerar outros bens materiais. Ideia oposta à de território comunal, que é regra para os povos indígenas, onde a terra tem um caráter de utilização coletiva, portanto de natureza indisponível, onde se realiza todo o curso da vida.

CAPÍTULO I - TERRITORIALIDADES INDÍGENAS, PENSAMENTO DESCOLONIAL E MOVIMENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O modelo atual de desenvolvimento nacional revela um paradoxo de tratamento na abordagem da matéria propriedade indígena, demonstrando-se de grande importância a compreensão da construção do sentido de propriedade, bem como o entendimento das noções de pertencimento da terra para os povos indígenas.

Este primeiro capítulo trata dos sujeitos que nos conectam ao objeto de estudo e, da maneira de olhar o mundo desses sujeitos, bem como seus modos de se relacionar com o território. Assim trataremos dos conceitos de índio e de povos indígenas, analisando seus modos de ser, fazer, viver e conhecer o mundo. Essa primeira análise perpassa pela visibilidade ou, antes, invisibilidade dos povos indígenas no contexto político e histórico do Brasil.

Veremos que os sujeitos tradicionais, aqui representados pelos povos indígenas, dotados de especificidades étnicas e culturais não correspondem à representação do modelo de campo que se projeta como dominante na atualidade.

A questão territorial indígena no Brasil é carregada das significações de subalternização cultural imposta aos povos tradicionais pelo movimento colonial que assolou a América Latina ao longo da história. Neste ponto demonstra-se que condicionar um povo enquanto “inferior” descredibiliza seu movimento de luta por identidade e pela terra, e sua constante busca de reconhecimento pelos métodos próprios de ser, fazer, conhecer e viver.

Para chegar à compreensão das territorialidades indígenas, neste capítulo foram trazidos os principais eixos de pensamento dos movimentos de transformação constitucional que se apresentam na América Latina, e que representam uma manifesta tentativa de ruptura com a hegemonia colonial/moderna e com a postura de marginalização dos povos originários.

Com base em teorias descoloniais, esse constitucionalismo transformador deu abertura para análise diferentes visões de mundo, inclusive a dos povos indígenas que lutam pela continuidade de suas tradições e culturas e, pela garantia de sua relação de pertença para com a terra que utilizam enquanto espaço de vida.

1.1 OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: UMA REALIDADE MARGINAL

Para se compreender a sistemática da conexão entre os povos indígenas e seus territórios faz-se necessário interpelar, primeiro, o que se entende por povo indígena, por índio, e de que maneira esse povo, esse sujeito, é tratado pela sociedade “branca” brasileira desde a colonização e ocupação do país pelos europeus.

O Estatuto do Índio de 1973 define que índio “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”. O conceito ditado pela norma se enquadra em um ambiente integracionista que pode ser observado antes da Constituição de 1988, de maneira que se dá mais importância à etnia e ignora-se as particularidades culturais que podem definir um indivíduo e a coletividade a que este possa pertencer.

De acordo com Manuela Carneiro da Cunha (1985) o conceito dado pelo Estatuto do Índio é errôneo por partir da noção falaciosa de cultura enquanto conjunto de práticas estáticas que caracterizam determinada etnia. Segundo a antropóloga ocorre justamente o contrário, e é o grupo étnico o responsável por revelar os contornos culturais que passam a defini-lo. Assim, a legislação que se prende a uma concepção racial e, portanto, colonial ignora a importância da continuidade modificativa do elemento cultural – composto pelo sistema linguístico, ritualístico, religioso, de produção e de práticas sociais.

A nomenclatura “índios” foi dada primeiramente por Cristóvão Colombo, em sua primeira visita/incursão às Américas. O subjetivo que até hoje seria designado para indicar os nativos do continente foi apontado então há mais de 5 (cinco) séculos. O termo, carrega uma herança de discriminação e subjulgamentos, para muitos é a representatividade de um povo não civilizado, inculto, agressivo, que tem a alma apreendida pela selvageria. Gersen dos Santos Luciano Baniwa⁹ (2006) afirma que esse pensamento é consequência de um processo histórico de discriminação que acentua o preconceito contra os povos indígenas.

A racionalidade ocidental deu um sentido à palavra índio, um sentido pejorativo, que mostra um ser humano submisso, de raça inferior à elite branca europeia, ou um sentido “romântico” dado pelos trovadores e romancistas, onde o indígena é o herói da natureza e

⁹ Gersen dos Santos Luciano Baniwa, mais conhecido por Gersen Baniwa, por pertencer ao povo indígena Baniwa.

protetor do meio ambiente (BANIWA, 2006). Em ambas as representações o indígena não é mais que um ser que em muito se assemelha aos animais irracionais que dominam a floresta, acompanhado de uma total incapacidade e selvageria, além da preguiça e falta de lealdade natas.

Qual a razão então de se continuar utilizando de um termo, fundamentalmente, preconceituoso? É que, como indica Baniwa (2006), apesar da raiz preconceituosa do termo, sua utilização seria essencial para unir todos os povos que, originalmente, ocupam o território brasileiro, em uma única denominação. A união dos povos é essencial para o fortalecimento das lutas e organização de lideranças indígenas que se fortalece desde 1970 no Brasil.

Assim, apesar das inúmeras diferenças que separam os diversos povos indígenas, há algo que os conecta, sua origem pré-colombiana é compartilhada, sua luta pela devolução das terras que habitavam e utilizavam e pela garantia do direito de manter sua identidade os mantém conexos. Os povos indígenas do Brasil compõem assim uma família étnica, que compartilha interesses comuns, a pretensão por direitos coletivos, compartilha de uma similitude histórica e que luta por sua autonomia e por seu direito às terras ancestrais.

Cada povo indígena constitui-se como uma sociedade única, na medida em que se organiza a partir de uma cosmologia particular própria que baseia e fundamenta toda a vida social, cultural, econômica e religiosa do grupo. Deste modo, a principal marca do mundo indígena é a diversidade de povos, culturas, civilizações, religiões, economias, enfim, uma multiplicidade de formas de vida coletiva e individual (BANIWA, 2006, p.31).

Desta maneira, índio, pode-se compreender como o sujeito que guarda laços históricos com as sociedades pré-colombianas, sendo reconhecido enquanto membro de determinada comunidade/sociedade indígena caracterizada por apresentarem diferenciações em relação à sociedade ocidental moderna (CARNEIRO DA CUNHA, 1985).

Historicamente, os povos indígenas foram encontrados em um momento de expansão territorial e econômica europeia, onde, em busca de um novo caminho para as Índias - e as sonhadas especiarias -, Portugueses e Espanhóis se embrenharam em uma corrida marítima pelo expansionismo de seus mercados. A sucessão de fatos históricos - Américo Vespúcio, Cristóvão Colombo e Pedro Álvares Cabral - leva a crer que nenhuma surpresa existe no descobrimento das terras da América, nem mesmo surpreende o encontro com os povos nativos que nela habitam.

Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2006), as descrições que se fazem das terras da América e de seus habitantes são consistentes em reconhecer a amabilidade, a presteza, a limpeza, a beleza, a mansidão e o quão saudáveis são os povos encontrados. De acordo com o autor, Pero Vaz de Caminha possui a mesma consistência em suas narrações ao rei de Portugal e só contradiz a visão de outros autores no que se relaciona à organização social dos povos indígenas recém encontrados. Para Caminha esses habitantes da nova terra não seriam organizados de maneira hierárquica, com chefes ou líderes de povos, ele nem mesmo apontava uma divisão entre povos e, acreditava que não seriam possuidores de crença alguma. Conforme explica Souza Filho:

Os relatos de toda a América descoberta repetem a beleza, a saúde, a mansidão dos índios e a quantidade de gente encontrada, desfazendo qualquer ideia de terra desabitada. Discordam quanto à existência de organização social, enquanto Caminha afirma não existir sociedades, vivendo os indígenas em hordas sem direção ou chefia, outros relatos dão conta de divisões de povos, de chefes, de hierarquias (SOUZA FILHO, 2006, p.2).

A dificuldade de Caminha em observar a organização social dos povos indígenas talvez se dê pelo fato de estas guardarem tantas diferenças com a sociedade europeia por ele conhecida. Além disso, como destaca Souza Filho (2006), Caminha teria tido um tempo de contato com essa nova sociedade encurtado, em relação a outros autores que também se responsabilizaram por descrever o continente recém conhecido.

Apesar das descrições do novo continente e de seus habitantes apontarem para um ambiente de tranquilidade e generosidade os colonizadores buscaram impor seu modo de vida por meio da apropriação da terra e da mão de obra, Souza Filho lembra que “os espanhóis foram muito mais brutais e os portugueses sutis, os espanhóis mais críticos, inclusive auto-críticos, os portugueses mais dissimulados, apesar de o resultado ser o mesmo: o extermínio de povos, a dominação e o exercício da crueldade” (SOUZA FILHO, 2006, p.3).

Pode-se tratar a “descoberta” das Américas por uma expansão europeia (SOUZA FILHO, 2006, p.1) em razão das atitudes tomadas por portugueses e espanhóis quando de sua chegada às Américas, assim, como se estivessem em seu próprio território, plantaram, colheram, extraíram, construíram e expulsaram os reais habitantes do local. De maneira que se subjugou, já de início, todos os modos de ser, fazer, viver e conhecer dos diversos povos pré-colombianos.

As expansões mercadológicas não pararam neste momento da história apesar do genocídio indígena e da exploração territorial nas Américas ser incalculável já no período de ocupação durante sua colonização. No que concerne ao espaço territorial brasileiro teríamos ainda outras expansões que explicam e buscam legitimar a continuidade de expurgação indígena em conjunto com a apropriação das terras destes povos (CARNEIRO DA CUNHA, 2012).

Veremos que sob o discurso de união racial - construção da Nação¹⁰ -, justificou-se não somente o espólio do patrimônio físico e cultural dos povos indígenas, mas também a destruição de seus modos de organização social e de suas tradições. Assim, com a intenção de impulsionar o desenvolvimento econômico do país, a exploração dos recursos naturais, o extermínio e a invisibilização das identidades de diversos povos indígenas, foram considerados legítimos e esculpiram o modelo de propriedade agrária brasileira, a propriedade privada fomentadora do agronegócio em detrimento da propriedade coletiva de direito originário ou com finalidades sociais (CARNEIRO DA CUNHA, 2012).

Para este estudo as terras indígenas serão o objetivo central. Terras que garantem a continuidade da vida física e cultural dos povos indígenas, que ultrapassam a dimensão econômica dada pela racionalidade ocidental e agrupam sentimentos de conectividade para com o povo que as habita e, que por figurarem como espaço de vida ganham a noção de território.

Explico-me. O termo território é dotado de significados que compilam noções de solo, de espaço, de porção de terra ocupada por determinada sociedade ou povo. Podendo ser compreendido como o local onde uma sociedade específica se estabelece, empenhando seu trabalho, obtendo suas condições de subsistência e mantendo certa conexão de poder. Para Ana Cristina Silva (2011) só pode ser considerado enquanto território a porção de terra que seja adequadamente trabalhada pelo homem, ou seja, é necessário que se observe um mínimo de produção no espaço ocupado.

Nesse sentido, segundo Milton Santos, o espaço que se utiliza em razão das reproduções, física e cultural, é fundamental para a compreensão da dimensão de uso territorial que foge às interpretações e definições convencionais de território fundamentadas tão somente em noções espaciais físicas.

¹⁰ No terceiro capítulo ao tratar do Estado Nacional abordaremos o conceito de nação e seus temas adjacentes, a partir da visão de Benedict Anderson de conceito imaginado (BALAKRISHNAN, 2000).

O território é o chão e mais a população, isto é, uma identidade, o fato e o sentimento de pertencer àquilo que nos pertence. O território é a base do trabalho, da residência, das trocas materiais e espirituais e da vida, sobre os quais influi. Quando se fala em território deve-se, pois, de logo, entender que se está falando em território usado, utilizado por uma dada população (SANTOS, 2007, p.98).

Extrapolando este ponto de vista, entendemos que o território de um povo indígena é mais que o local onde se pode produzir. A temática da produção parece de alguma forma conexa com os ideais de mercado imposto pelo modelo econômico capitalista dominante do mundo moderno e contemporâneo. Alcida Rita Ramos irá dizer que “[...] a terra para os povos indígenas, não é apenas um meio de subsistência, é o esteio de sua vida social e cultural, é nela e a partir dela que se desenvolve todo o seu sistema de conhecimentos, que conceituamos como tradicionais” (RAMOS, 1983, p.56). Em função disso a autora considera a terra enquanto um recurso sociocultural e não apenas enquanto um recurso natural.

A terra, apenas enquanto um recurso natural, pode então ser considerada território se ocupada e trabalhada de maneira a gerar determinada produtividade, isso de um ponto de vista geográfico tão somente, já que não consideramos que para alguns povos a noção de território é associada ao sentimento de pertença, é o local onde se faz a vida, onde se dá o encontro com seus ritos, com suas tradições, a junção de seu passado, com seu presente gerando a perspectiva do futuro.

No Brasil, o conceito de território foi sempre considerado de ponto de vista geoeconômico, o que, historicamente, determinou o modelo de propriedade atualmente predominante. O modelo histórico de colonização territorial brasileiro foi imprescindível para a imposição de tal determinante conceitual. Mesmo em presença de discursos controversos sobre esse fator de determinação há um entendimento sobre o papel da colonização no início da marginalização das populações indígenas e conseqüente retirada destes povos sobre o poder das terras que habitavam.

Manuela Carneiro da Cunha (2012) reproduz a fala aos franceses de um índio tupinambá do Maranhão em meados de 1610. Nesta fala, o indígena conta como os portugueses chegaram ao Brasil e dominaram as terras e as populações indígenas, primeiro traficando mercadorias, depois fixando residência e construindo “fortalezas” e, por fim, escravizando os nativos e seus descendentes.

A visão da chegada dos portugueses pode se entender de diferentes perspectivas. Veja-se que, como conta Darcy Ribeiro (1995) em um primeiro vislumbrar os povos indígenas

acreditavam que as naus seriam os “barcos de Deus”, e os portugueses apesar de sua imagem barbada e fétida traziam consigo presentes, em especial ferramentas, que passaram a ser extremamente desejadas pelas tribos indígenas brasileiras. De outro lado os colonizadores enxergavam neste povo um conjunto de inocência, sem a mínima noção de pecado, mas que era “vadio”, desde então, por essa visão com olhos de Europa, passa-se a questionar a vontade do índio de trabalhar e produzir qualquer material que possuísse um valor comercial.

Embasados nessa primeira impressão dos habitantes da nova terra os portugueses decidiram que os povos indígenas teriam a única finalidade de serem vendidos como escravos, decisão que tomaria outro rumo após a descoberta das riquezas naturais da terra (RIBEIRO, 1995).

De acordo com Carneiro da Cunha (2012), do século XVII ao século XVIII, Portugal alimentava o desejo de ocupar o território da Amazônia, tendo se observado, por volta de 1808, com a chegada de D. João VI nas terras brasileiras, uma diminuição da participação indígena nas decisões políticas e uma notável modificação na natureza local. O objetivo comum dos colonos, da Coroa e dos jesuítas, na época tratada, passou a ser, segundo a autora, a escravização das populações indígenas e a consequente ocupação de suas terras. Segundo Cunha (2012), existiram três fases de interesse distintas, a primeira no trabalho dos índios, a escravidão, a segunda em suas terras, a expropriação do território e, a terceira, no subsolo das terras indígenas, para fins de mineração.

Com a chegada dos colonizadores portugueses os povos indígenas tentaram defender seu modo de vida, e manter suas tradições. Contudo, como ensina Ribeiro (1995), esses povos não se uniram e restaram sobrepujadas por seu inimigo comum, o invasor chegado da Europa, mais organizado e com tecnologias bélicas desconhecidas pelos povos indígenas. Desta maneira, depois de invadir o território, os colonizadores portugueses passaram a mesclar as civilizações através do que Ribeiro chama de “cunhadismo”, tendo filhos com as índias – conhecidos por “mamelucos” - e passando a fazer parte das tribos, tendo por objetivo o recrutamento de mão de obra para exploração da terra e aliados na luta contra as tribos contrárias.

O que se observa é que a questão da expansão das fronteiras nacionais começa a ser foco de interesse já no Brasil Império, no sentido de aumentar a área em que a Coroa tivesse livre circulação, bem como dela pudesse se apropriar (CARNEIRO DA CUNHA, 2012). Como

já dito inicialmente o processo de colonização teria se iniciado com a finalidade de expandir os mercados e as territorialidades europeias.

Ainda segundo Carneiro da Cunha (2012), retirar os índios da posição de donos da terra, posição legalmente ocupada por eles, contou com um processo realizado em etapas e, imbricado por vícios no tocante à regularidade. A autora afirma que, originalmente, havia um reconhecimento expresso de que os índios seriam os donos, por direito, da terra; em prova a isto, citam-se trechos da própria Carta Régia de 1808 e decisões de Câmaras brasileiras, todos no sentido de que as comunidades indígenas são as “donas” das terras que habitam. O exemplo mais notável, parece ser da decisão da própria Coroa que, em 1819, volta atrás quando de uma concessão de sesmaria, motivada pelo fato de as terras se localizarem em território de uma aldeia indígena a Coroa justifica que “as terras de aldeias são inalienáveis e não podem ser consideradas devolutas” (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p.65).

Entende-se que não há necessidade de legitimação das terras pertencentes às comunidades indígenas, vez que a própria Lei de Terras de 1850 esclarece a matéria, não permitindo a essas terras habitadas por índios a consideração enquanto devolutas (CARNEIRO DA CUNHA, 2012).

As noções de propriedade dos colonizadores e das comunidades indígenas divergiam, entretanto, por razões culturais, em decorrência disto e, contrariamente ao imposto pela lei de terras e aos entendimentos jurídicos originários no Brasil, surgiram afirmações e ideias que colocavam em risco o direito dos índios sobre suas terras, sob a fundamentação de que estes seriam povos “errantes” e, portanto, não possuidores da noção de propriedade. Sobre isso, Manuela Carneiro da Cunha (2012) assevera que as comunidades indígenas mantêm um sentimento de pertencimento, que ela chama de “conservação da memória e apego a territórios tradicionais”, assim, errante ou não, possuem uma ligação com a terra e seus recursos que, embora diferente do sentido trazido pelos colonizadores, enseja, também, uma noção de propriedade.

As contrariedades na política de proteção às terras indígenas parecem ter sido, desde o início, obra do capitalismo. Para Polany (1980) a terra e o trabalho são tipos de mercadoria, mesmo que diferenciados e, por esta razão, a colonização do Brasil passou a ignorar o sentimento de pertencimento das populações indígenas em relação a sua terra assim, colonos, jesuítas e a própria Coroa, passaram a se apropriar das terras em busca de suas riquezas.

A noção de território aqui utilizada esboça a imperiosidade do trabalho nas terras, ocorre que a própria noção de trabalho para as culturas indígenas e europeias implica em divergências. Trabalhar a terra para os povos que habitavam o Brasil significaria quase sempre a produção para a subsistência, enquanto para os colonizadores recém chegados requeria-se que a produção se transformasse em bens/mercadorias de consumo no plano econômico (RIBEIRO, 1995). A questão de território torna-se então problematizada enquanto a própria tradução de trabalho resta diferenciada pelas culturas indigenista e europeia.

A tentativa de expandir as fronteiras nacionais ocorrida nos períodos colonial e imperial consistiam na busca de ampliação territorial, bem como aquisição de riquezas que pudessem existir neste vasto território que viesse a ser incorporado ao pré-existente.

Mais adiante, no caminhar da história, a era Vargas marcou outro tipo de expansão experimentado pelo país. O território já estava regulamentado e com seu tamanho definido, entretanto, parte deste território era pouco explorado. O objetivo, daquilo que se chamou “a marcha para oeste” era incentivar a ocupação e o progresso da região centro-oeste do Brasil. Segundo Alcir Lenharo (1986), a ocupação do centro-oeste precederia a ocupação da Amazônia.

Durante o regime do Estado Novo a propaganda, dotada de imagens coloridas e bem elaboradas, foi largamente utilizada com a finalidade de seduzir a população, Lenharo (1986) afirma que Cassiano Ricardo, autor de “A marcha para oeste”, reproduz em seus textos uma relação afetuosa entre o “comandante” e a população, ainda relata a existência de uma relação harmoniosa entre todas as raças presentes no Brasil, negros, índios e brancos, todos formadores da nação brasileira.

O que se apreende pelos ensinamentos de Lenharo (1986) é que a ideia de uma nação em marcha ilustra um povo que caminha em conjunto na busca pelo progresso, o que, na verdade, significou a procura de recursos minerais a partir do centro oeste para o progresso industrial de todo o país.

O autor revela que Vargas afirmava em seu discurso que a expansão da fronteira dada no interior do Brasil levaria a “conquista da brasilidade”. No ideal discursivo plantado por Vargas e seu corpo de publicitários difunde-se que pela primeira vez se tem uma ideia de nação brasileira, que se opõe às invasões e explorações estrangeiras no território nacional. Lenharo reproduz um discurso em que Vargas afirma que marchar para o centro oeste é uma consequência da “definição racial” do povo brasileiro.

Sob o fundamento de arquitetar a nacionalidade o povo segue para o centro oeste brasileiro expandindo as fronteiras nacionais, tentando eliminar as barreiras culturais e territoriais. Alcir Lenharo afirma, “[...] o espaço físico unificado constitui o lastro empírico sobre o qual os outros elementos constitutivos da Nação se apoiam: a unidade étnico cultural, a unidade econômica, política, o sentimento comum de ser brasileiro” (LENHARO, 1986, p.79).

No que diz respeito ao papel do indígena na marcha para oeste, Lenharo afirma que sua contribuição se deu em função de que este seria um povo dotado de grande facilidade de “adaptação” e muito movimento em meio à natureza. Assim, a população indígena compunha o terceiro ponto psicossocial que marca a construção da bandeira, sendo os outros dois pontos representados pela população negra, sentimental e trabalhadora, e pelos portugueses, organizados e possuidores da voz de comando (LENHARO, 1986).

Neste mesmo sentido Darcy Ribeiro (1995) já trabalhava com o conceito de povo “novo”, justificando o termo com a explicação de que a etnia brasileira seria formada por três raças diferentes, negros, índios e brancos/portugueses, sendo que a “nova” raça se tornaria culturalmente diferenciada daquelas que lhe deram origem. O que daria a forma de nação segundo a política varguista seria a colisão dessas raças, a aceitação de um Brasil diversificado e necessitado de todas as suas etnias, cada uma com sua contribuição e todas formadoras de uma só nacionalidade, de uma só nação, a brasileira.

A expansão continuou, no período da ditadura militar e, passou a ser chamada de “frente pioneira” e, de acordo com José de Souza Martins (1997), se encaminhou para o norte do país, com o refrão “integrar pra não entregar”, em referência às terras da Amazônia. Segundo o autor “os objetivos eram econômicos, mas eram sobretudo geopolíticos”, desta forma, embora as terras que se pretendesse ocupar já estivessem povoadas por tribos indígenas, o regime militar pregava sua ocupação com a justificativa de serem espaços vazios (MARTINS, 1997).

Martins (1997) explica que muitos povos da Amazônia nem sequer haviam entrado em contato com o homem branco e, na perspectiva de criar pouco menos de cinquenta mil empregos, na área completa da região, tribos indígenas chegaram a perder um percentual aproximado de dois terços de seus integrantes, principalmente em função das doenças advindas do contato com o homem branco.

Vê-se que, motivados pela economia ou por questões demográficas, os dois movimentos de expansão territorial ocorridos no Brasil, tanto a marcha para oeste da política

varguista, quanto a frente pioneira do regime militar, avançaram pelo território nacional ignorando a existência de comunidades indígenas por onde passavam. Enquanto o primeiro se justificava pela construção do sentimento de nação e se utilizava dos povos indígenas enquanto instrumento de movimentação pela meio ambiente natural, o segundo tomava como vazios os espaços ocupados por eles. Assim, de acordo com a necessidade de cada expansão as comunidades indígenas foram perdendo seu território e se vendo obrigadas a cumprir com o papel de “mobilidade” a elas impingido durante a marcha para oeste e a expansão pioneira.

Como anteriormente mencionado as imposições feitas pelos modelo colonial de dominação do Brasil são excludentes e discriminatórias sobre tudo aquilo que se conecta aos povos indígenas. O que se pode observar é que a expansão, ou expansões territoriais e de mercado no território nacional se permearam de um continuidade preconceituosa, mantendo os povos indígenas e sua cultura à margem da sociedade.

Essa marginalização foi responsável não só pela aniquilação de diversas tradições, línguas, ritos e, inclusive povos, mas foi também responsável pela retirada dos povos indígenas de seu território original de ocupação, do espaço em que, cotidianamente, exercem ou exerciam a manutenção física e cultural de suas vidas.

Apesar de sua subalternização, proposta pelo Ocidente, os povos indígenas vêm nos últimos anos buscando a união de suas forças com o intuito de resistir e lutar, apresentando ao mundo sua forma de produzir conhecimento, suas tradições, seu estilo de vida e impondo sua legitimidade para requerer direitos, inclusive de reivindicação de suas terras.

Segundo Baniwa (2006), a união das diversas etnias indígenas é um fenômeno de recriação de raízes e de reafirmação do pensamento indígena enquanto produtor de conhecimentos válidos e digno de direitos.

Desde a última década do século passado vem ocorrendo no Brasil um fenômeno conhecido como “etnogênese” ou “reterritorialização”. Nele, povos indígenas que, por pressões políticas, econômicas e religiosas ou por terem sido despojados de suas terras e estigmatizados em função dos seus costumes tradicionais, foram forçados a esconder e a negar suas identidades tribais como estratégia de sobrevivência – assim amenizando as agruras do preconceito e da discriminação – estão reassumindo e recriando as suas tradições indígenas. Esse fenômeno está ocorrendo principalmente na região Nordeste e no sul da região Norte, precisamente no estado do Pará. (BANIWA, 2006, p.27)

O movimento de resistência dos povos indígenas no Brasil aponta, como movimento de afirmação da diversidade cultural e de luta pela abrangência da pluralidade de grupos dotados

de especificidades e particularidades culturais. Antes de qualquer outro direito quer-se restabelecer o direito à identidade, que se liga a esse sentimento de pertença mantido com o grupo social de que se faz parte, preservando seus valores determinados, sua cultura e sua visão própria de mundo (STÉDILE, 2005).

Os índios vêm, ao longo da história, compondo - enquanto sujeitos de análise -, o imaginário populacional no Brasil, sendo alvo de especulações e designações por parte daqueles que afirmam seus olhares a partir de um referencial ocidental, colonial. Nota-se, então, que este imaginário construído por “não-indígenas” desde a Brasil colônia é impregnado de pré-concepções discriminatórias que colocam em questão as capacidades desse povo, e, de acordo com Luciano são “alvo de diferentes percepções e julgamentos quanto às características, aos comportamentos, às capacidades e à natureza biológica e espiritual que lhes são próprias” (BANIWA, 2006, p.34).

Antônio Lima e Sergio Castilho fazem uma compilação de dados de opinião pública sobre os povos indígenas e revelam que para a população em geral há terras em demasido sendo distribuídas para esses seres “selvagens” com intelecto inferior ao da população “branca”. Assim:

“Os povos indígenas recebem terras demais (afirmação com que 52% concorda); são em boa medida seres selvagens, que querem resolver tudo a força (28%); são menos inteligentes que os brancos para uma minoria muito expressiva (21%) e, para uma pequena, mas significativa minoria (5% nacionalmente mas com variações regionais muito preocupantes) estariam melhor se estivessem mortos” (LIMA E CASTILHO, 2013, p.65)

A visão de discriminação e o movimento disseminativo do preconceito em relação aos povos indígenas vem moldando, ao longo dos séculos, o imaginário da sociedade brasileira. De forma majoritária, sob forte influência do discurso evolucionista criado pela modernidade, a sociedade do Brasil vê no índio um ser pertencente a uma cultura inferior, que intenta uma necessidade de integração junto nação. Portanto, as nações indígenas, ainda na atualidade, vivem à margem da sociedade, lutando por seus direitos de identidade, de alteridade e pela reaquisição de suas terras.

1.1.1 Territórios indígenas da atualidade: os números da FUNAI

Acredita-se que quando da chegada dos Portugueses ao Brasil, o território contava com a habitação de aproximadamente 5 milhões de índios (BANIWA, 2006). Hoje, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em sua pesquisa censo de 2010, o Brasil possui 896 mil indígenas autodeclarados¹¹ ou residentes em terras indígenas que se podem considerar, apesar da não auto declaração. As mudanças significativas no crescimento da população indígena são observadas pela FUNAI:

Desde 1500 até a década de 1970 a população indígena brasileira decresceu acentuadamente e muitos povos foram extintos. O desaparecimento dos povos indígenas passou a ser visto como uma contingência histórica, algo a ser lamentado, porém inevitável. No entanto, este quadro começou a dar sinais de mudança nas últimas décadas do século passado. A partir de 1991, o IBGE incluiu os indígenas no censo demográfico nacional. O contingente de brasileiros que se considerava indígena cresceu 150% na década de 90. O ritmo de crescimento foi quase seis vezes maior que o da população em geral. O percentual de indígenas em relação à população total brasileira saltou de 0,2% em 1991 para 0,4% em 2000, totalizando 734 mil pessoas. Houve um aumento anual de 10,8% da população, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias, quando a média total de crescimento foi de 1,6% (BRASIL, 2014)

A generalidade com que se tratam as nações indígenas no Brasil é uma questão importante que implica na invisibilização das especificidades de cada povo. Carlos Frederico Marés preleciona que o documento de maior completude sobre a população indígena já levantado no Brasil, apesar de não ser oficialmente reconhecido é a obra “Povos Indígenas do Brasil” que foi publicada no ano 2000 pelo Instituto Socio Ambiental e, segundo o autor, “[...] acusa a existência no Brasil de 575 territórios indígenas, dos quais 427 oficialmente reconhecidos para um total de 350 mil índios” (MARÉS, 2006, p. 12-13).

As terras habitadas pelos povos indígenas no Brasil são demarcadas pela União e se mantêm enquanto usufruto exclusivo desses povos. O processo de demarcação no país ainda é base de inúmeras polêmicas e controvérsias junto à opinião pública e, mesmo junto aos órgãos do governo.

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI apresenta as seguintes modalidades de terras indígenas presentes no Brasil, de acordo com os termos da legislação vigente – Constituição Federal de 1988 e Estatuto do Índio:

¹¹ De acordo com o IBGE são 817.963 indígenas autodeclarados.

Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas: São as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

Reservas Indígenas: São terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional.

Terras Dominiais: São as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Interditadas: São áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96 (BRASIL, 2014)

Todas essas terras são consideradas de propriedade da União conforme disposto no artigo 20, I da Constituição Federal, e trataremos de sua natureza jurídica posteriormente em capítulo pertinente.

Além dos índios que assim autodeclararam podemos mencionar os chamados “índios isolados” (BANIWA, 2006). A denominação é proferida para indicar povos indígenas que não estabeleceram nenhum contato com a civilização ocidental, que não mantem relações com o “homem branco”. De acordo com a FUNAI (2014) existem 69 povos ainda não contatados no território brasileiro.

De acordo com Baniwa não se pode ter certeza sobre quase nada a respeito desses povos que vivem em isolamento, todas as informações que se têm reunidas são um compilado de notícias, ou pequenos sinais que vêm de fontes e pessoas diferentes. Esses povos só são conhecidos por vestígios, “a pouca literatura sobre esses povos traz, por vezes, fotos de tapiris, flechas e outros objetos encontrados nas áreas, fornecidos por sertanistas da FUNAI ou por pesquisadores e missionários que atuam nas regiões próximas” (BANIWA, 2006, p.51).

A terminologia “isolados” pode gerar certa confusão, uma vez que nem sempre esses povos coexistem com a nulidade de contato com os “povos brancos”. A FUNAI monitora esses povos continuamente para o caso de emergências, como epidemias de doenças que os povos

indígenas não estão acostumados a lidar, ou com problemas de origem ambiental que podem afetar o cotidiano dessas populações, tais quais a diminuição dos peixes ou a seca constante¹².

A história mostra que o isolamento desses povos não é por falta de tentativa de contato, mas uma escolha dos próprios povos, que preferem seguir suas tradições, dar continuidade no modo de vida ensinado por seus antepassados, lutando para manter sua cultura e sua terra intactas. Baniwa (2006) explica que a defesa destas terras nem sempre é suficiente para mantê-las e, por vezes, acuados pela pressão das expansões do “homem branco” acabam por ter de encontrar novos territórios, arcando entretanto com os obstáculos que esta mudança impõe à continuidade de sua vida cultural e física.

Ainda que essa decisão seja o resultado de fatos históricos em que aconteceram violentas tentativas de contato no passado, somente eles podem determinar que tipo, quando e em que condições desejam estabelecer relações com outros povos. Eles são referências vivas da completa autonomia indígena que todos os povos ameríndios um dia puderam usufruir, na medida em que vivem as tradições culturais de seus antepassados e sobrevivem da caça, da pesca, da coleta e da agricultura tradicional. É por conta dessa íntima relação com os seus territórios que eles lutam para defendê-los bravamente, e quando não podem mais sustentar o enfrentamento com os invasores, recuam para regiões cada vez mais distantes, até que elas deixam de existir pelo cerco da devastação civilizadora (BANIWA, 2006, p.53).

A proteção desses povos está garantida por força constitucional mas, cabe ao Estado a defesa dos direitos que nela se estabelecem, a proteção da identidade dos povos e seu direito à permanência ou restabelecimento de suas terras. Apesar dos dispositivos de proteção indigenista já estarem legitimados pelo Direito ainda se enfrenta um problema para sua instrumentalização, tudo em função da história de marginalização da sociedade pré-colombiana que se concebeu na modernidade/colonialidade. Uma história de negação das sociedades não europeias, não brancas.

O discurso e as práticas que causaram o genocídio cultural e étnico dos povos indígenas da América Latina só recentemente passou a ser questionado, através de movimentos

¹² Os povos indígenas que mantêm um contato mais intenso com o meio ambiente acabam sofrendo diretamente todas interferências naturais que podem ser geradas pelo excesso de poluentes e pelas alterações na natureza que o crescimento desorganizado e o desenvolvimento negligente vêm causando no mundo contemporâneo. Essa afetabilidade dos grupos mais próximos à terra pelos transtornos trazidos com a “crise ambiental” é estudada pela justiça ambiental - ciência que se caracteriza por combater fenômenos de imposição desproporcional de riscos ambientais - (ACSELRAD, 2009).

descoloniais, de alternativas ao eurocentrismo, e de ascensão epistemológica para as sociedades indígenas.

1.2 AS ESPECIFICIDADES DE CADA POVO E O MOVIMENTO DESCOLONIAL

Quando tratamos de povos diversos deve-se compreender que há também histórias, memórias, tradições, alternativas epistemológicas, culturais e territoriais diferentes, e que a maneira de encarar essas diferenças pode ou não conferir autenticidade às especificidades de cada povo. Chimamanda Adichie (2009) atenta para “o perigo de uma história única” e, de como ao observar uma situação sob somente uma perspectiva podemos perder detalhes importantes que constituem toda a natureza daquilo que se está analisando.

Ao focar um único ponto de um povo (a exemplo do infanticídio praticado por alguns povos) desloca-se o interesse para esse único ponto, não se questiona o restante de sua estrutura componente. A estigma de uma característica única, solitária, dá a falsa impressão de que ela é realmente única e solitária, quando, na verdade, povos e sujeitos são composto de múltiplas características, de uma pluralidade de adjetivos formadores.

Adichie cita como exemplo sua própria experiência com a família de um de seus empregados, sua surpresa ao descobrir que eram excepcionalmente bons em criações manuais, quando ela só os classificava por sua posição social e, assim, um único ponto de sua essência. O perigo de se enfatizar um único ponto, segundo a autora, é que isso passa a ser uma realidade.

Sobre a colonialidade do poder (QUIJANO, 2005), por exemplo, sabe-se que ao longo dos séculos há um empenho em designar de inferiores as culturas colonizadas através da comparação de sua organização social e de sua conformação biológica com a dos povos colonizadores.

A consolidação desse pensamento fez com que os povos pertencentes a essas culturas seguissem as tradições e modelos de viver de seus colonizadores por considerarem a si próprios inferiores seguindo o discurso imposto de que sua organização social seria inferior e, portanto não satisfatória (ADICHIE, 2009).

Deste ponto de vista o poder resta conferido à quem habilmente contou a história e a fez verdadeira para seus interlocutores, foi desta forma, inclusive, que se construiu a noção de

subdesenvolvimento, uma ideia imposta aos países fornecedores de matéria prima pelo discurso de desenvolvimento que estruturou as ideias ocidentais do capitalismo (MACHADO, 2005).

Com o domínio colonial se impôs um tipo de controle sobre o modo de percepção do ser e dos saberes privilegiado pelo ocidente, o que Mignolo (2010) chama de “matriz colonial do poder”, que coloca a população global de maneira hierarquizada e produzindo diferenças. Hierarquizada de maneira a desconsiderar os aspectos de civilidade de determinadas populações, considerando-as “bárbaras” e estabelecendo que os estágios vividos por eles já teriam sido superados pelos europeus, estágios primitivos e ainda caminhando para a civilização, o que os impediria também de tomar decisões ou se autogovernar. É essa hierarquia proposta que constrói as pontes diferenciais e passa a justificar as proposições da Europa. O autor propõe que se deve romper com essa “máquina de produzir diferenças” e, neste ponto, descolonizar seria romper os mecanismos de controle que nos foram impostos através de outros diversos mecanismos de dominação, mercado, política, religião, sexualidade e conhecimento.

O ponto de sustentação do discurso colonial, consiste em inferiorizar subjetividades tencionando seu domínio, isso se faz através do controle do conhecimento e de sua produção. O movimento descolonial surge então como uma opção de resistência ao projeto de dominação colonial, uma proposta epistemológica alternativa ao padrão hegemônico da modernidade.

Para descolonizar os seres e os saberes é preciso lutar contra o paradigma estabelecido e, segundo Boaventura de Sousa Santos (2012), essas lutas devem estar baseadas em experiências daqueles que sofrem com as dominações capitalista, colonialista e patriarcal.

Boaventura de Sousa Santos (2012) propõe que a resistência se dê por meio das chamadas “epistemologias do Sul”, que seriam “um conjunto de práticas cognitivas e de validação do conhecimento a partir das experiências dos grupos sociais que tenham sofrido de maneira sistemática as injustiças do capitalismo do colonialismo e do patriarcal”. Para o autor os modelos de dominação propostos impuseram ao mundo diferenças subjetivas verticais que devem ser superadas e substituídas por diferenças horizontais, de maneira que se mostra necessário creditar todo o tipo de conhecimento, mesmo que destituído de rigor com a finalidade de alcançar a justiça social global.

Resistir ao mercado global é uma precisão trazida pela atualidade que se encontra impregnada pelas dominações do Norte, essa resistência tem como características a cooperação e assistência mútua dos países taxados (pelo discurso hegemônico e homogêneo ocidental) como desafortunados, comumente tratados por “Sul”. Esse momento de luta enseja um novo

tempo, caracterizado por posturas descoloniais que tratem a produção de uma linguagem ou visão adequada ao problema do espaço de hegemonia capitalista e, portanto, lutas contra hegemônicas. O que se propõe com tais lutas é a ruptura com a importação dos conhecimentos e formas de pensar, passando-se a produzi-los de maneira própria/local (ESCOBAR, 2005).

O momento de desconstrução da hegemonia que sustenta a modernidade ocidental coincide com o momento da busca da identidade dos povos do Sul e seu processo de reivindicação de uma posição divergente daquela que sempre ocuparam, enquanto povos dominados no regime colonial. Assim, o discurso que sustenta e confere legitimidade à dominação do Norte passa a ser questionado pela imposição da autodeterminação dos países do Sul, através de posturas como o enfrentamento dos conhecimentos tradicionais em relação à ciência rígida.

Em verdade, o movimento conhecido como descolonial trabalha em uma perspectiva crítica, de contraposição daquilo que se impôs no colonialismo. De acordo com Sousa Santos (2008) a teoria dada em momento pós-colonial trata de explicar e compreender as desigualdades que se colocam entre Norte e Sul. Santos relembra que o fim da colonialidade política não representou o mesmo fim de um período de dominação e por essa razão entende-se pela necessidade de uma postura de contestação, em suas próprias palavras, “em contraposição às concepções dominantes do pensamento pós-moderno de oposição concebe a superação da modernidade ocidental a partir de uma perspectiva pós-colonial e pós-imperial” (SANTOS, 2008, p.79).

O descolonialismo se propõe então ao aprendizado com os diversos tipos de saber, estabelece o diálogo com os conhecimentos tradicionais pertencentes a diferenciados sujeitos e a partir da perspectiva e das necessidades específicas de cada um desses, já que “a experiência social em todo o mundo é muito mais ampla e variada do que o que a tradição científica ou filosófica ocidental conhece ou considera importante” (SANTOS, 2012). O mundo pós colonial desvia seu eixo do eurocentrismo e do ocidental para enfocar as especificidades de cada povo, de cada civilização partindo de experiência cognitivas do mundo, da diversidade de saberes e sentidos globais.

A descolonialidade do poder irá aparecer como uma genuína alternativa, enquanto processo real de resistência às influências mercadológicas impostas pelo sistema moderno/colonial que se encontra em um momento de crise com suas próprias tendências e fundamentos, levando a um momento de transição do padrão de dominação social global. A

modernidade não foi capaz de responder aos anseios e necessidades humanas, isso somado às grandes catástrofes naturais e ao aparecimento de grupos dispostos a lutar pela justiça social demonstram a necessidade de se romper com o velho paradigma colonial/moderno abrindo espaço para opções epistemológicas em um mundo pós colonial.

Na América Latina o processo de descolonizar implica dar visibilidade a grupos que foram, desde a chegada dos Europeus, marginalizados pelas questões já anteriormente mencionadas, como os indígenas e os afro-descendentes.

Os povos indígenas foram, juntamente com suas tradições culturais invisibilizados, escravizados, retirados de suas terras e, até expurgados em alguns locais do novo continente durante o regime de colonização, portanto, descolonial é a qualidade de retirar do anonimato e do esquecimento essas culturas locais, resgatando-os historicamente e reconhecendo como válida a produção do conhecimentos a partir das perspectivas desse povo, bem como de suas especificidades.

Romper com as características da colonialidade engloba compreender que a terra tem outros significados além do imputado pelo mercado financeiro é descolonizar o sentido de território. Essa descolonização se dá através do reconhecimento das tradições e das percepções de mundo que delimitam os modos de utilização e ocupação territorial para os povos indígenas.

1.2.1 (Re)significações constitucionais: o movimento da América Latina

Os processos de colonização e descolonização foram sempre acompanhados de transformações sócio-jurídicas. A colonialidade e a modernidade forneceram as ferramentas de sustentação do capitalismo enquanto modelo econômico hegemônico, do liberalismo e das proteções individuais. O descolonial representa as rupturas e, portanto, romper com a hegemonia capitalista e com o liberalismo para alcançar a democracia real e proteção das coletividades.

O constitucionalismo nasce liberal, com o intuito de resguardar os direitos individuais e conferir a segurança às relações comerciais e contratos, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16 assevera “não tem constituição a sociedade onde não está assegurada a garantia de direitos”. Unido ao Estado moderno o

constitucionalismo moderno aborda questões como soberania nacional, separação de poderes e respeito aos direitos individuais.

Segundo José Luiz Quadro de Magalhães (2010) a constituição liberal deve manter afastados o Estado e o setor privado, garantindo aos burgueses a legitimação e a liberdade para expansão de suas transações comerciais. O autor afirma que não haveria capitalismo sem as manobras do estado moderno, como a criação do nacionalismo (moedas, exércitos, bancos e direito nacionais), a repressão dos excluídos e a homogeneização da sociedade. Assim, para Magalhães o constitucionalismo é de início liberal para frear “[...] as interferências do estado frente aos direitos dos homens, brancos, proprietários e ricos” (MAGALHÃES, 2010, p.12).

A Constituição então, enquanto liberal, não se pode considerar democrática, pois, sob a influência dos ideais do Estado liberal o mercado se concentra nas peculiaridades individuais, assim, por exemplo, o direito prioriza as necessidades de quem detém o poder econômico e, no cerne do liberalismo se mantém a desigualdade de mercado e a busca pelas igualdade abstém-se aos aspectos formais desta, a propriedade da terra deixa de atender a uma finalidade social/comunitária, as decisões passam a ser prioritariamente individuais, há um privilégio elitista e não democrático (MAGALHÃES, 2010).

A democratização do constitucionalismo moderno se deu através das lutas operadas pelos movimentos sociais ao longo de todo o século XIX. Essas lutas representaram transformações, uma ruptura com alguns dos direitos fundamentais/liberais historicamente garantidos.

O que o movimento experimentado na América Latina, conhecido como Novo Constitucionalismo ou Constitucionalismo Transformador, propõe é uma alternativa democrática plurinacional, que extrapola os mecanismos majoritários de representação comumente utilizados. Um panorama de mudanças se verifica então nas novas constituições dos países latino-americanos.

A constituição, segundo Médici (2012), legitima toda a forma de direito admitida em uma nação, em razão de sua história, suas tradições e suas opções políticas mas, representa também a transformação desses direitos que garanta concepções democráticas plurais.

Constitución es derecho sobre el derecho, normatividad y organización de la voluntad de convivencia consensual y factible de una comunidad política, abierta a un proceso histórico dado por la tensión entre la clausura totalizadora y su transformación e incluso reemplazo desde la exterioridad de

*la comunidad crítica de las víctimas que pugnan por nuevas y plurales concepciones de la dignidad humana*¹³ (MEDICI, 2012, p.79).

A função de uma Constituição seria a de traduzir a pluralidade existente na sociedade que representa, remetendo às tradições, costumes e práticas vivenciadas por ela. A Constituição é portanto a legitimação que torna possível convivência entre diversas concepções, entre diversas culturas que estejam presentes em um mesmo grupo.

O movimento do novo constitucionalismo, de acordo com Raquel Yrigoyen Fajardo (2004) segue os preceitos dos processos de descolonização do conhecimento, dos seres e seus modos de viver na América Latina e, ilustra-se pelas reformas normativas que assemelham as constituições de alguns de seus países integrantes – Peru, Bolívia, Equador, Colômbia e Venezuela – além da busca pelo reconhecimento do Estado enquanto plurinacional e dos direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais evidenciado.

Na América Latina há um predomínio do pluralismo, no sentido de coexistirem diversas realidades, culturais, sociais e práticas. De acordo com Antônio Carlos Wolkmer, “[...] o Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito” (WOLKMER, 2010, p.6), assim, o constitucionalismo plural pretende a reinterpretção do Estado Nacional com base na igualdade das relações culturais, bem como o reconhecimento e respeito às peculiaridades dos diferentes povos e suas tradições, rompendo com a ordem anteriormente vigente e trazendo novas implicações para a realidade latino americana. É um movimento de luta em face à modernidade que castra as especificidades dos povos tradicionais e que vinha sendo legitimada pelo direito constitucional moderno.

O novo movimento, que intenta uma ruptura paradigmática, irá sugerir uma (re)fundação do Estado, a proposta é de rompimento com as ideias de unicidade, de quebra do sentido de nação hegemônica (cultura, língua, tradições e identidade religiosa únicas), mais o reconhecimento da existência da identidade de várias nações e, principalmente o aumento da participação popular nas decisões políticas. As comunidades tradicionais, dentre elas os povos indígenas, são vistos pelo movimento enquanto sujeitos políticos e não mais como objetos das

¹³ “Constituição é direito sobre a lei, regulamentos e organização da vontade de convivência consensual e viável de uma comunidade política, aberta a um processo histórico dado pela tensão entre o encerramento totalizante e sua transformação e, até mesmo, a substituição da exterioridade da comunidade crítica das vítimas que pedem por concepções de dignidade humana novas e plurais” (tradução livre da autora)

políticas ditadas por outros como no constitucionalismo social presente no direito moderno do século XX (FAJARDO, 2004).

O novo constitucionalismo representa uma mudança pensada a partir do Sul global, para o Sul, sob as perspectivas e necessidades desses povos. Como dito, o movimento tem por base ideias descoloniais, e a pretensão de reconhecer a pluralidade existente na América Latina, negando a imagem de superioridade adquirida ao longo da modernidade pelas propostas capitalistas e individualistas, em busca da ampliação de direitos e do reconhecimento de novos sujeitos (FAJARDO, 2004).

Em um momento de transição paradigmática apresentam-se incertezas, tantas que nos próprios países da América Latina que já alteraram suas constituições no sentido de dar à propriedade um caráter coletivo – pertencente a sujeitos não divisíveis -, diferente do modelo padrão público-privado, o que se observa é a não implementação de leis específicas que acompanhem a previsão constitucional regulamentando esses novos tipos de propriedade. O próprio Brasil quando encontra-se em situação semelhante, já que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, prevê a que a titularidade das terras indígenas lhes seja concedida à título de propriedade coletiva, mas mantém no texto constitucional a norma que prevê a propriedade das terras indígenas para a União.

Dentre os países atuantes no movimento do novo constitucionalismo latino-americano destaca-se que apenas a Bolívia teve promulgada, em outubro de 2012, lei agrária com finalidade de regulamentar os dispositivos constitucionais pertinentes à matéria (*Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*). Outros países latino-americanos se mantêm em um debate discursivo sobre a questão agrária, buscando democracia participativa mas ainda carregado de negação aos direitos dos povos tradicionais e acompanhado de lutas sociais intermitentes pela afirmação e efetivação desses direitos (FREITAS, 2013).

No que diz respeito à questão agrária o movimento constitucional da América Latina pretende mudar a perspectiva sobre a qual se vê a terra. Como vimos o capitalismo transformou a terra em uma espécie mercadológica, em objeto de finalidade comercial, de especulação e obtenção de lucros (POLANY, 1980), a visão dos povos indígenas é divergente deste modelo, para eles a terra é um sujeito, parte da natureza e, enquanto sujeito se mostra possuidora de direitos.

A terra, ou a natureza na qualidade de sujeito de direitos representa a visão adotada pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, uma visão da terra enquanto gestora de

recursos naturais, enquanto sujeito que deve ser protegido e salvaguardado por direitos próprios, que mantém uma simbiose com todos os outros seres. Escobar (2005) ao tratar de um caso colombiano ensina que, o movimento além de negar o caráter puramente econômico da terra irá primar pelo uso desta de forma coletiva, se adequando ao sentimento de pertencimento que as comunidades tradicionais possuem em relação à ela, onde o povo dispõe de seu trabalho sem a finalidade de enriquecimento pessoal/individual, somente em busca de sua subsistência e de seu grupo social, assim descreve o autor:

Esos sistemas se caracterizan por una multiplicidad de actividades agricultura poco intensiva, pesca, caza, recolección, extracción de oro a pequeña escala y otras actividades extractivas para el mercado—y se basan en modelos locales de relación con la naturaleza, de utilización de los espacios en función de los sexos y de relaciones sociales fundadas en el parentesco, así como en todo un universo de representaciones y conocimientos que se distingue por su diferencia respecto del modelo euroandino predominante, tanto en el plano económico como en el ecológico y cultural. Al basarse también en la diversidad, los sistemas de producción tradicionales se adaptan mejor a la conservación y la sostenibilidad, y además no se orientan hacia la acumulación, sino hacia la subsistencia. Esta constelación de prácticas y paisajes es lo que defienden, precisamente, los activistas negros e indígenas (ESCOBAR, 2005, p.98)¹⁴.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT é importante instrumento de direitos humanos que coaduna-se com as diretrizes propostas pelo movimento aqui estudado, em seu texto reconhece o direito territorial dos povos indígenas sobre as terras que tenha tradicionalmente ocupado, enquanto espaço coletivo de trabalho, um espaço que seja ocupado por eles para a realização das atividades que garantam a continuidade de sua cultura e vida, justamente o que se propõe nas cartas latino-americanas vivenciadoras de uma nova sociedade, uma sociedade plural que rompe com as hegemonias.

Nota-se que a proposta desse constitucionalismo transformador para o plano agrário é de rechaçar as dominações hegemônicas do direito moderno, caracterizado pela forte presença do capitalismo, com a finalidade de alterar o modelo de propriedade da terra, deixando de

¹⁴ “Estes sistemas tem por características a multiplicidade de atividades, pequena agricultura intensiva, pesca, caça, coleta, extração de ouro em pequena escala e outras atividades extrativas para o mercado - e se baseiam em padrões locais de relações com a natureza, de utilização dos espaços em razão do sexo ou das relações sociais baseadas no parentesco, assim como em todo o universo de representações e conhecimentos que se distingue pela sua diferença em relação ao modelo Euroandino dominante, tanto econômica, quanto ecológica quanto culturalmente. Ao basear-se também na diversidade, os sistemas de produção tradicionais têm melhor adaptação à conservação e sustentabilidade, ademais, não se orientam pela acumulação, mas para a subsistência. Esta constelação de práticas e paisagens se define, precisamente, nas atividades de negros e indígenas” (tradução livre da autora)

priorizar a grande propriedade individual que visa o lucro e buscando legitimar, garantir e proteger a pequena propriedade, a propriedade coletiva e o direito dos povos tradicionais e de seus saberes junto à terra.

O Novo constitucionalismo, ou o constitucionalismo transformador latino-americano inova pela capacidade de refundar o sistema jurídico moderno, colonial em relação aos modos de utilização e ocupação da terra. A partir do resgate de cosmovisões indígenas que resultam em processos de interação entre sujeitos e objetos, entre o ser humano e a natureza, a partir do reconhecimento e da garantia das territorialidades coletivas na qualidade de pressuposto de continuidade da vida física e cultural desses povos.

1.2.2 A formação de uma nova relação seres humanos-natureza

O eixo epistemológico construído a partir do binômio colonialidade/modernidade é responsável pela estruturação do discurso de separação entre cultura e objeto. A superioridade é auto-imposta ao conhecimento moderno que, ao mesmo tempo, rotula os demais saberes enquanto subalternos, locais ou regionais.

O pensamento eurocêntrico que afirma a existência da dicotomia cultural/natural caracteriza os povos de acordo com sua aproximação à natureza, assim, estipula-se que através dos processos de construção cultural adquire-se maior humanização (HERRERA FLORES, 2004). Desta maneira quanto mais próximo da natureza mais animalizado é o ser e mais subalterna é a sociedade em que vive.

O método científico dotado de certeza e neutralidade explicita a concepção europeia de existência de uma só natureza. Na perspectiva de visão da Europa a multiplicidade existiria na cultura, ou seja, nas formas como o ser humano organiza a sua própria sociedade. A leitura da natureza seria única e imutável. Razão pela qual dá-se a prevalência da ciência como mediador ideal nas relações entre homem e natureza (VIVEIROS DE CASTRO, 2002).

Em contraposição ao modelo adotado pelo ocidente, a concepção ameríndia de existência, até onde conseguimos compreender, parte de uma única cultura e uma multiplicidade de naturezas. Ao ser humano só seria dada uma forma única de visualizar o mundo, através de seu próprio corpo e aos animais (não-humanos) seria dado apreender o mundo pelas mesmas categorias humanas, diferenciando-se tão só pelo equipamento natural de

que dispõe para sentir, de acordo com Viveiros de Castro “em suma, se no mundo naturalista da modernidade um sujeito é um objeto insuficientemente analisado, a convenção interpretativa ameríndia segue o princípio inverso: um objeto é um sujeito incompletamente interpretado” (VIVEIROS DE CASTRO, 2002, p.45).

De acordo com Herrera Flores há uma relação tão estreita entre o cultural e o natural, cujo laço é tão profundo que não se pode compreender o primeiro sem o segundo, e vice versa. O homem faz parte da natureza e é preciso superar a dicotomia posta pelo modelo hegemônico de formação do conhecimento que insiste em separá-los (HERRERA FLORES, 2004).

Nessa proposta de separação ou interação entre humano e natural Arturo Escobar (2005) ensina que o pensamento é capaz de construir o mundo e que, é através dele que construímos territórios, realidades e subjetividades. Para o autor o meio mais promissor de se distanciar da relação homem-natureza estabelecida pela modernidade ocidental é “pensar” alternativas a ela, defendendo modelos locais da natureza que são construídos pelo conhecimento adquirido junto à alguns movimentos sociais. Estes movimentos podem ser vistos como tentativas para criar mundos economicamente, ecologicamente e culturalmente diferenciados, criando projetos de uma “modernidade alternativa” e, possivelmente, “alternativas à modernidade”. O projeto alternativo, a exemplo do movimento constitucionalista já tratado, avançaria através das minorias resistentes e marginalizadas, como quilombolas, camponeses e indígenas.

Os movimentos sociais que dão vida ao processo de constitucionalização democrática na América Latina revelam um sentimento de apego ao lugar, a terra, um apego ecológico para com o território. Os representantes desses movimentos lutam por uma série de direitos, a exemplo, o direito à identidade, território, autonomia, mesmo que parcial, sobre as suas decisões políticas, e o uso de suas próprias visões de desenvolvimento. Neste sentido há um enfoque pelo reconhecimento dos direitos coletivos como o direito à identidade, ser negro, ser indígena, e os direitos territoriais – reconhecer o território enquanto espaço necessário para exercer a identidade, a autonomia política, desenvolvendo suas tradições culturais.

O impacto gerado na natureza pelo modelo de produção capitalista são sentidas de maneira mais próxima por alguns grupos sociais – por norma aqueles que foram historicamente marginalizados – que sofrem as injustiças da modernidade. Essa pressão que se estabelece pelo mercado econômico global enseja conflitos entre meio ambiente e economia, nascidos do uso inconsequente do meio ambiente e de seus recursos naturais, sobre isso, Joan Martinez Alier

(2012) irá afirmar que a tendente mercantilização do agronegócio faz surgir incontáveis problemas sociais, desde desgastes ecológicos e desrespeito ao ambiente natural, até o esquecimento cultural de determinadas sociedades intimamente ligadas à terra. É no bojo deste processo que irão se impor alguns grupos, defensores obstinados de sua territorialidade, fazendo uso de seus sistemas produtivos e tecnologias próprias, capazes de expressar sua subjetividade, bem como todos seus conhecimentos tradicionais.

Os movimentos sociais descritos por Escobar (2005) e Alier (2012) apontam para o momento de ruptura com os modelos hegemônicos de ser, viver e conhecer designados pelo eurocentrismo desde a colonização da América. Esses grupos, a que os autores se referem, possuem uma ligação diferenciada com a natureza, uma relação de pertencimento onde não é possível separar o natural do cultural, pois para desenvolver a cultura é preciso estar conectado à natureza, o próprio homem é parte integrante dela. A natureza é um sujeito de direitos e sua proteção é necessária para a continuidade das tradições, da produção de conhecimento, e da própria vida.

A interação entre homem e natureza, a partir de um olhar onde o primeiro faz parte da segunda e a modifica conforme suas necessidades de sobrevivência e, a partir de seus processos de evolução cultural e física, não representa a animalização do humano. Para Herrera Flores (2004), representa antes uma visão diferenciada de mundo, uma visão não dualista, onde não se pode separar esses dois sujeitos, visto que um compõe o outro e precisa do outro para garantir sua continuidade existencial.

Alejandro Médici (2012) entende que esta visão dualista percebida no modelo eurocêntrico de apreensão do mundo é a ferramenta catalisadora da grave crise ambiental global que se alastra. O autor aponta duas percepções da modernidade que considera inverídicas, primeiro a de que existiria qualquer grande distância entre natureza e homens e a segunda, que desta decorreria, de que o homem teria dominado a natureza, no sentido de compreendê-la e instrumentalizá-la com vistas a mercantilização de recursos naturais.

Dentre as culturas que apresentam compressões de mundo diferenciadas e alternativas à essa concepção dualista, que se mostra enquanto construção da modernidade, destacamos os povos ameríndios. Seu pensamento sobre a interação entre cultura e natureza se afasta da ruptura proposta pelo conhecimento ocidental mercantil que domina as relações de mundo.

É em razão desse pensamento alternativo somado à crise ambiental experimentada em plano global que as cartas constitucionais latino-americanas se vêm na obrigação de abarcar as

especificidades culturais dos povos, construindo um modelo legislativo que integra os direitos historicamente conquistados às realidades sociais que se apresentam no continente, abrangendo assim a pluralidade étnica e cultural e condicionando o respeito ao meio ambiente através das práticas apreendidas pelo conhecimento tradicional (MEDICI, 2012).

Os modos de interação de que falamos aqui são verdadeiros exemplos de subjetivação da natureza e de seus elementos. No Equador e na Bolívia observa-se que o novo constitucionalismo vêm trazendo esses modos de interação através da constitucionalização de valores dos povos andinos, a exemplo do *buen vivir* (*Sumak Qamanã* na Bolívia e de *Sumak Kawsay* no Equador) e dos direitos da *pachamama*. É o surgimento de constitucionalismo biocêntrico, integracionista, que respeita os valores da natureza oferecendo uma proposta onde cultura e natureza se permeiam, se relacionam, se completam, uma visão em contraposição às constituições antropocêntricas que antes dominavam o continente.

Assim como a visão de mundo é diferenciada entre as sociedades pré-colombianas e as sociedades ocidentais contemporâneas, o sentimento em relação ao território que habitam e onde manifestam suas tradições e onde encontram seu sentido de vida também será diferenciado, de acordo com suas cosmovisões e acepções específicas.

1.2.2.1 Terra, território e territorialidade: Samaúma, Catira, Iamandu e outras visões

A palavra terra terá incontáveis sentidos, enquanto termo polissêmico que é poderá confundir aquele tentar decifrar o contexto de sua significação. O dicionário é prova disso, enquanto tradutor de definições, interpreta terra de várias maneiras, dentre elas, local de origem, pátria, torrão, gleba, terra natal, localidade, propriedade rústica, região, território, ou mesmo o solo sobre o qual se anda.

Em uma perspectiva jurídica podemos considerar ainda de maneiras diversas. Sob o ponto de vista do direito internacional e da teoria do Estado, por exemplo, território seria a parcela geográfica espacial onde determinado povo habita e sobre a qual se desfere um determinado poder. Já no plano de direito constitucional observamos o uso da terminologia “terra” em referência à propriedade do campo ou área de habitação das comunidades tradicionais. Para o direito contribuições de cunho tanto agrário quanto humanístico ainda

propiciaram mais um sentido, o de território enquanto espaço de “[...] reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais” (BRASIL, 2007).

Ainda tentando compreender a semântica, a utilização do termo propriedade parece tampouco ajustável à temática de que trataremos, terra ou propriedade enquanto objeto de pertencimento de um povo, de uma cultura. Veja-se que o termo propriedade adquiriu sentido de mercadoria fictícia com a ascensão do capitalismo. Lembrando que para Polany o sistema econômico capitalista trata a terra como propriedade absoluta, fomenta-se uma espécie de comércio da vida, uma vez que a terra, assim como o trabalho, seria uma mercadoria fictícia apesar de não possuir a finalidade nata de “bem de mercado” (POLANY, 1980).

Juridicamente, a doutrina não se tem ocupado de distinguir os termos terra e território, restando poucos que se aventuram em tratar do assunto, para Carlos Frederico Marés (2001) Terra faria referência à propriedade individual não importando saber se esta seria pública ou privada, enquanto Território guardaria ligação com espaços coletivos, pertencentes a determinado povo.

Desta maneira opto aqui por diferenciar os conceitos território e territorialidade, que se adequam melhor a nossos interesses.

As construções postas pelo Estado Nação sobre territorialidade irão designar porções espaciais fixas, onde as limitações de cada porção geográfica devem ser bem definidas em razão da soberania estatal, assim nesse modelo de Estado que marca toda a Modernidade e, ainda nos acompanha na Contemporaneidade definem-se grupos, limites físicos de espaço e de poder que não se podem questionar (HAESBAERT, 2010).

Quando esse modelo de Estado se impõe sobre culturas tradicionais acaba impondo a elas também essa condição de territorialidade simétrica, que não se pode confrontar ou modificar. Disso decorre uma problemática em relação às culturas dos povos tradicionais, é que para eles a noção de território não se pode definir tendo por base essa simetria espacial e estadista, mais que isso, o conceito desses povos engloba uma noção de território em caráter de ocupação e utilização coletiva e, por isso as territorialidades dos povos indígenas, por exemplo, são tidas por assimétricas, que se desenham de maneira diferenciada do proposto e condicionado pela sociedade moderna.

O termo território será visto com diferentes dimensões, natural, econômica e jurídico/política. A primeira pretende entender a vinculação dada entre a natureza e os seres,

humanos ou não, a segunda importa na relação de fornecimento de recursos naturais e a última abordará território enquanto porção de espaço se submete à soberania de determinado Estado (HAESBAERT, 2010).

Território para o geógrafo Haesbaert guardaria sempre uma ligação com poder, assim um pedaço de terra do qual alguém se apropria e sobre o qual exerce sua dominação, o espaço que se considera dominado parece ser aquele que se mostra funcionalizado por quem dele se apropriou, ou aquele que se apropriou e funcionalizou determinado espaço passa-se a considerar seu dominador. Nas palavras do próprio autor, “[...] Como decorrência deste raciocínio, é interessante observar que, enquanto “espaço-tempo” vivido, o território é sempre múltiplo, diverso e complexo, ao contrário do território “unifuncional” proposto pela lógica capitalista hegemônica [...]” (HAESBAERT, 2005, p.100).

Marés, ao tratar de terras indígenas ensina que a cultura, os mitos e crenças diferenciam os critérios de ocupação e defesa dos espaços apropriados – territórios:

Cada povo indígena tem uma idéia própria de território, ou limite geográfico de seu império, elaborada por suas relações internas de povo e externas com os outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver. Por isto mesmo, dentro dos direitos territoriais, estão os direitos ambientais que têm uma ligação estreita com os culturais, porque significam a possibilidade ambiental de reproduzir hábitos alimentares, a farmacologia própria e a sua arte e artesanato. Além disso é fácil imaginar que cada povo sabe a história, real ou mítica, de seu território, conhecendo, portanto, sua extensão e limites (MARÉS, 2001, p.9).

Essa relação específica com o espaço que constrói um território chama-se territorialidade. E, se todas as sociedades humanas experimentam condutas territoriais, pode-se notar que algumas pretendem impor suas relações de dominação à outras. O sistema colonialista é retrato disto, o conflito das territorialidades, no início dos portugueses colonizadores e hoje dos ruralistas dominadores, com os povos colonizados teve como parcela de resultado o processo de desterritorialização dos povos indígenas.

Para as comunidades tradicionais em geral e, aqui especificamente tratando dos povos indígenas, a territorialidade representa a relação com a terra e, é desta relação que advém a continuidade da vida desses povos, a sequência das tradições culturais e a garantia da manutenção de suas especificidades. É a terra que fornece o sustento do povo, que garante a produtividade alimentar, é também através dela que se pode identificar este mesmo povo, analisando suas práticas e interações locais, a manifestação de sua cultura, como se organizam e como mantêm seus costumes.

A terra é um recurso natural, social e cultural de determinados povos, não apenas um meio de subsistência, mas a representatividade e o suporte que constroem a subjetividade de determinado grupo que estará conectada com suas crenças e modos de produzir conhecimento. De acordo com a FUNAI (2013), vale lembrar que o reconhecimento dos índios enquanto realidades sociais diferenciadas, na Constituição Federal, não pode estar dissociado da questão territorial, dado o papel relevante da terra para a reprodução econômica, ambiental, física e cultural destes.

Para Alfredo Wagner Berno Almeida (2008) a utilização coletiva da terra com contornos estabelecidos pela cultura do povo que a habita, por suas próprias noções de apropriação do meio ambiente, que assegura a continuidade da identidade coletiva e reafirmam o sentimento de pertença é consequência de diversos processos sociais de territorialização que conferem a cada espaço significações singulares. A esses espaços coletivos onde a vida se produz e se reproduz o autor chama “territorialidades específicas”.

Essas “territorialidades específicas”, são marcadas pela ideia de identidade coletiva, construída em um movimento não homogeneizador que reconhece as especificidades de cada povo e seus modos de apropriação e produção da/natureza. A partir dessas territorialidades específicas é que surgem territórios dotados de diferentes etnografias, acompanhados de comunidades tradicionais possuidoras de diferentes formas de apropriação dos recursos naturais, sendo estas comunidades tradicionais representadas por povos indígenas, comunidades quilombolas, as quebradeiras de coco babaçu e várias outras comunidades tradicionalmente em simbiose com a natureza (FRANCO, 2012).

Os povos indígenas não são a representatividade do modelo agrário vigente no Brasil atual, esse modelo foi, na verdade, construído pelo sistema colonialista e hoje se identifica pela figura do grande proprietário – agronegócio – e, pelas culturas de exportação. Como já dito o conceito de território para os povos indígenas pauta-se em uma categoria de direitos de uma coletividade, diretamente oposta à ideia de território dada pelo mundo moderno, capitalista, burguês, onde a propriedade privada é exaltada.

Tem-se que na cultura ocidental, especialmente modulada pelos tracejados do capitalismo de mercado, a propriedade da terra é delineada enquanto um direito individual, e ao proprietário são extensíveis seus direitos de uso, gozo, disposição e reivindicação em face de terceiros que, de maneira injusta, venham a possuir essa mesma terra. Note-se que neste contexto próprio de mercado a propriedade se reveste de um papel valorativo distante do mundo

natural, um papel de mercadoria (POLANY, 1980), que acentua ainda mais a dicotomia entre humano e natural.

As culturas dos povos indígenas, de uma maneira geral, compreende a terra de maneira inversa, primeiramente observando-a sob seu viés de coletividade, não de uma maneira subdividida em porções igualitárias para cada membro do povo, mas com um caráter unitário, indivisível, onde todos se beneficiam de cada parte e, de todas as partes de maneira igualitária.

Disse, entretanto, que apesar de os povos indígenas se representarem em torno de uma única denominação, encontram sua existência de forma diferenciada e se reúnem em verdadeiras nações, cada povo com suas práticas e costumes tradicionais próprios, com métodos de organização política, econômica, religiosa peculiares. Diante disso, estabelecemos serem também peculiares os métodos de dominação e vivência na terra, assim, a apropriação se dá de maneira diferenciada por cada povo, tendo por base seus costumes e tradições próprios.

O que aproxima os povos indígenas em sua maneira de se apropriar da terra e, que ao mesmo tempo os distingue das populações ocidentais de formação capitalista, é o respeito ao mundo natural, a sublimação da natureza enquanto sujeito que se equipara ao homem e que mantém sua existência conexa a ele. É a convivência harmoniosa entre o homem e seu local de vida - seu território - que dá a possibilidade de sobrevivência mítica e física de ambos.

Em recente estudo sobre territorialidades indígenas, em conjunto com Fernando Antônio de Carvalho Dantas e Camila Ragonezi Martins, na tentativa de evidenciar alternativas de resistência ao modelo de dominação capitalista e colonial, pode-se observar a relação diferenciada que os povos pré-colombianos mantêm com seu território, sua noção de propriedade, e sua ligação com o mundo natural - uma relação simbiótica de respeito e manutenção de vida.

A partir do estudo dos povos, Kaiapó¹⁵, Ticuna¹⁶, Bororo¹⁷ e Guarani¹⁸ o estudo demonstra a maneira como essas sociedades se edificam, tendo em comum o sentimento de perecimento junto à suas terras, reconhecendo a si mesmos enquanto parte integrante do território ocupado.

O território para os mencionados povos indígenas é um conceito que se forma a partir de seus conhecimentos tradicionais em convergência com suas práticas sociais e não tão somente por demarcações geográficas fixas. Assim, a continuidade física e cultural destes povos depende de sua integração com a natureza que habitam e sua vida social acontece em um espaço geográfico carregado de significações impostas por seus mitos e cerimônias. São estabelecidos inúmeros vínculos com a natureza na qual se reproduz a vida, conferindo importância singular à terra enquanto espaço de conhecimento e de saberes (RAGONEZI, NOGUEIRA & DANTAS, 2014, p.12).

A relação harmônica entre o homem e a natureza é o principal componente do modo de percepção do relacionamento dos povos indígenas estudados com seu território. O povo Guarani, por exemplo, percebe a natureza na qualidade de “ser”, possuidor de vida, de alma e, extensão do humano, podendo ser um “irmão” reencarnado. Mas percebe também a natureza enquanto lugar do qual se pode retirar toda a condição de sobrevivência, comida, calor, sombra, remédio e até mesmo emoções.

Os Bororo e os Kaiapó subdividem seus territórios em classificações vegetais e animais tão complexas quanto as propostas pela ciência ocidental, formando conhecimento e disseminando suas tradições, rituais e modos de interligação com a terra.

A sociedade dos Bororo possui uma relação tão intrínseca com a natureza que classificam o mundo vegetal em zonas e sub zonas ecológicas, sendo que as principais

¹⁵ O povo Kayapó, que se autodeterminam Nememgokré descende do grupo indígena Jê, e vivem em aldeias dispersas ao longo do rio Xingu e seus afluentes (ISA, 2014).

¹⁶ O povo Ticuna, habita a fronteira entre Brasil e Peru e território amazônico na Colômbia. Representam o povo indígena mais numeroso da Amazônia brasileira (ISA, 2014).

¹⁷ Os diversos grupos Bororo se autodeterminam de acordo com o território ocupado na ancestralidade. De tal sorte, pode-se encontrar os Bororo da floresta (*Itura-mogorege*), os Bororo da serra de São Jerônimo (*Toriokwa-mogorege*) – hoje sem aldeias -, os Bororo da flecha comprida (*Kadomogorege*) – com área na aldeia do Perigara, no Pantanal -, os Bororo do rio do Peixe pintado (*Orárimogo-dóge*) – localizados nos córregos Grande e Piebaga -, e, ainda, os Bororo do cerrado (*Boko-mogorege*) – das aldeias do Meruri, Sangradouro e Garças. Hoje o povo Bororo ocupa seis terras, já demarcadas, no estado do Mato Grosso, território que corresponde a um equivalente 300 vezes menor que a área por eles tradicionalmente ocupada no centro-sul de Goiás (ISA, 2014).

¹⁸ Os Guarani ocupam os territórios da Bolívia, Paraguai, Argentina, Uruguai e a uma porção significativa e descontínua do Brasil. Pertencem à família linguística tupi-guarani e sua população encontra-se distribuída, são grandes representantes dos povos indígenas no Brasil, mas se dividem em grupos distintos (famílias), à exemplo do grupo Guarani-Kaiowa (ISA, 2014).

são: Bokú (cerrados), Boe Éna Jaka (transição entre mata e cerrado) e Itúra (floresta). O reino vegetal é considerado de importância tão relevante quanto o reino animal. Cada uma das zonas estabelecidas associa-se a determinados tipos de solos e espécies animais específicas em um ciclo que os conecta ao povo (RAGONEZI, NOGUEIRA & DANTAS, 2014, p.12).

Os Ticuna, através de obra coletiva própria, abordam sua percepção da natureza na qualidade de ser que propicia moradia, alimento, refúgio, espaço de construção mítico, econômico social, onde se podem desenvolver seus ritos, suas histórias, em resumo, onde a vida tem seu lugar.

Diante disso, podemos esclarecer que as noções de terra e território postadas pela sociedade moderna se contrapõem às noções idealizadas pelos povos indígenas em geral, a apropriação da natureza e o respeito que se dá a ela ocorrem de maneira diferenciada por esses povos que mantêm sua vida estritamente ligada aos valores naturais, sendo impossível desligar esses valores de sua história cultural.

Para os povos indígenas, Kaiapó, Guarani, Bororo e Ticuna, a terra se é fonte de recursos naturais, é também sujeito e, mantém uma simbiose com todos os outros seres da natureza e, por essa razão deve ter garantidos seus direitos específicos. A possibilidade de conferir direitos à natureza, distanciando a terra e seus recursos e do caráter mercadológico que a sociedade moderna a impõe é derivação direta do pensamento dos povos tradicionais apresentados e de seu sentimento de pertencimento territorial, de sujeitificação do mundo natural.

A partir disso, pode-se dizer que o movimento descolonial impõe novos paradigmas, uma tentativa de olhar questões específicas de cada povo e de cada território desde de uma perspectiva local, que pretende romper com os modos de produção de conhecimento ocidentais hegemônicos através de posturas alternativas que se dão em razão das lutas e da visibilidade do conhecimento e das tradições dos povos originários.

O saber científico não é capaz de explicar todo ou solucionar todas as questões que se postam diante da humanidade, a ciência não é neutra como se propõe, mas produzida dentro de um jogo de disputas de poder. Assim, a desconstrução da epistemologia científica visa a conservação de espaços democráticos onde predomina a possibilidade de discussões e consensos.

Essas discussões e consensos marcam o início de um processo democrático e não hegemônico que vem se repercutindo principalmente na América Latina, onde há uma pluralidade de etnias, culturas, epistemologias e, até, jurisdições. O movimento que se conhece como Novo Constitucionalismo Latino-americano ou Constitucionalismo Transformador garante visibilidade aos povos que foram marginalizados e tiveram seu modo de ser, viver e de conhecer suprimidos, esquecidos e marginalizados à partir da modernidade.

A defesa de um modelo alternativo ao colonial imprime uma visão sobre a natureza que deve ir além da conservação dos recursos naturais, sugerindo a integração dos conceitos de natural e cultural a partir de visões locais e da articulação do pensamento dos grupos ligados à terra, como os povos indígenas.

As transformações que se revelam nas novas constituições latino-americanas incorporaram dispositivos que versam sobre a propriedade no sentido de reforçar sua dimensão coletiva e, de garantir o respeito à natureza e à biodiversidade, em detrimento do modelo eurocêntrico constitucional que prefere à propriedade em seu viés privado. O que se pode observar é o resgate, pelas novas constituições, das práticas dos povos originários, especialmente indígenas, que realizam a apropriação da terra a partir do seu uso.

CAPÍTULO II - A TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS: ENTRE A CONVENÇÃO 169 DA OIT E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Embora a história do Brasil seja marcada, desde sua colonização, pela Europa, por um processo de violência e marginalização dos povos originários, nota-se que desde a chegada do colonizador tem-se a preocupação para com uma legislação que garanta a posse das terras à seus legítimos donos. Justificando-se essa posse - que é, em verdade, apenas uma confirmação da realidade pré-existente - na garantia de sobrevivência dos povos indígenas. Apesar dessa preocupação, o processo de expropriação da terras indígenas é latente e marca o domínio colonial.

Esse olhar sobre os primeiros momentos da colonização já são determinantes para a compreensão do paradoxo legislativo e de ocupação das terras indígenas, que será também imprescindível para a formação das percepções antagônicas da territorialidade, modernamente acompanhada pelo discurso capitalista que entende a terra como ferramenta do capital e, sob uma perspectiva dos povos indígenas, originários da América Latina, carregada de um sentimento de núcleo central da vida, de condição existencial.

O processo de colonização foi determinante para a legislação que se seguiu, guiando as premissas que irão, normativamente, indicar a titularidade das terras habitadas, cultivadas e usadas pelos povos indígenas.

2.1 HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DAS NORMAS RELACIONADAS A PROTEÇÃO E DELIMITAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Em matéria constitucional, não obstante às inquietações flagrantes sobre a temática indígena e escravista, em relação à Constituição de 1824 - do Império, observou-se o absentismo em relação à discussão ou normatização do assunto, e nenhum dispositivo ocupou-se das questões sobre esses povos, já, à época, marginalizados.

Inicialmente, então, não havia que se falar em preocupação constitucional para com direitos destinados aos povos indígenas, assim a primeira Constituição brasileira, pós

Independência, data de 1824 e não faz nenhuma menção aos povos que habitavam o território nacional anteriormente à colonização.

Diante dos interesses de mercado auferidos pela aproximação entre colonizadores e colonizados, em 1834, o Ato Adicional incluído na Constituição do Império prima por um processo de integração dos povos indígenas. Para tanto são atribuídas competências às Assembleias Legislativas das províncias e dos Governos Gerais, objetivando “civilizar” e catequizar os índios (LACERDA, 2008).

Rosane Lacerda (2008) explica que durante o processo constituinte de 1824, que não contemplou a participação popular, deram-se contribuições de caráter temático indigenista e, estas teriam partido da elite, através de seus representantes. Ressalta-se, contudo, a não utilização dessas contribuições para o texto legal outorgado à época do Império.

Durante o tempo de vigência da Constituição de 1824 as questões que perpassavam quaisquer temáticas relacionadas à “povos indígenas”, apesar de divergirem em alguns pontos, eram pacíficas quanto ao entendimento de que os índios não contribuíam para a evolução do país, em razão de sua inferioridade racial (colonialidade do poder) e de seus métodos ultrapassados de vida. Assim, diante do argumento de que os povos indígenas tinham a certeza de esquecimento cultural e identitário garantido, as Assembleias entenderam como certa a ação de esbulho sobre suas terras (LACERDA, 2008).

Com a proclamação da República, aos 15 de novembro de 1889, nasce a necessidade de elaboração de uma nova Constituição. O texto constitucional Republicano de, 1891, segue os passos de seu predecessor e, além de não contar com a participação popular, ignora os povos indígenas e seus direitos, incluindo o direito à terra (LACERDA, 2008).

A exemplo das duas primeiras, em 1934, sob a égide de um Estado pautado nos interesses das elites nacionais, a nova Constituição não abarca os interesses da sociedade de uma maneira geral, para Lacerda (2008, p.14) “também não teve participação popular na sua elaboração, sendo como as demais fruto dos acordos políticos das oligarquias regionais”.

Ainda, apesar de seu caráter segregacionista, a Constituição de 1934 é a primeira a trabalhar com a percepção de existência de povos indígenas existentes no território nacional, reconhecendo a eles a posse das terras onde permanentemente se encontrassem localizados¹⁹.

A política de que se utiliza o legislador do texto constituinte em 1934 é puramente integracionista e, compreende o índio enquanto ser incapacitado, inferior e, portanto, que deve guardar consigo a tutela imprescindível do Estado. Essa tutela²⁰ do Estado somente seria necessária enquanto o indígena não estivesse completamente integrado à sociedade, à “civilização” brasileira. A alteridade não se reconhece, o que se coloca em pauta é a possibilidade de ser guiado pelo Estado, negando sua identidade, à condição de igual em meio à nação que se forma no Brasil (LACERDA, 2008).

Assim, em 1934 a Constituição revela-se paradoxal, pois possui, ao mesmo tempo, características de segregação e de integração, sendo que a segunda parece bem servir aos interesses da primeira. Já que o “integrar” os povos indígenas funciona como ferramenta de esquecimento e negação de seus valores (pela assimilação da cultura branca), isolando, rompendo a coesão social, de grupos étnicos divergentes da formulação nacional imaginada pela elite responsável pela construção do texto constitucional.

Como dissemos já, em momento anterior, durante o regime instituído por Vargas instalou-se no Brasil um regime de governo ditatorial, razão pela qual foi preciso redigir um novo texto constitucional e, desta maneira, durante o “Estado Novo” outorgou-se a Constituição de 1937. Apesar da omissão quanto à integração dos povos indígenas, no tocante às terras indígenas o novo texto repetia as normas implementadas em 1934, continuando a reconhecer aos povos indígenas a posse das terras onde se localizassem.

Sobre o momento Rosane Lacerda esclarece que a instantes da segunda grande guerra, sob a influência da intransigência e do preconceito disseminados pelo nazismo e pelo facismo, Getúlio Vargas fechou o Congresso Nacional e outorgou a Constituição de 1937, que quanto aos povos indígenas foi parcialmente omissa, tratando apenas em um único dispositivo sobre suas terras, sem trabalhar com nenhum direito de identidade.

¹⁹ Art. 129 Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedada à alienação das mesmas (BRASIL, 1934).

²⁰ Ressalta-se que idéia de tutela aqui colocada advém do código civil brasileiro de 1916 que conceitua os povos indígenas enquanto silvícolas e os qualifica como incapazes, assim sendo, povos que necessitam da tutela do Estado.

Com o advento do regime ditatorial denominado “Estado Novo” liderado por Getúlio Vargas, a Carta de 1934 era revogada. Vargas fechara o Congresso Nacional e, nessa circunstância, elaborava e outorgava a Constituição de 1937. À época o mundo estava à beira da 2ª Grande Guerra. Setores influentes do Estado Novo não conseguiam esconder uma forte simpatia pelos sentimentos de intolerância que marcavam o nazismo na Alemanha, e o facismo na Itália. Em relação à questão indígena, embora contivesse um dispositivo prevendo o tratamento a ser dispensado às terras indígenas, a de 1937 omitiu-se quanto ao lugar dos povos indígenas na sua relação com o Estado brasileiro e sua sociedade. Com tal omissão, não previu a incorporação dos índios à comunhão nacional, mas também não cuidou do reconhecimento de suas identidades próprias (LACERDA, 2008, p.14).

Com o fim do regime varguista dá-se a elaboração de outra Constituição, e em 1946, mais uma vez apresenta-se um texto que não conta com a participação popular em sua confecção. Repetem-se também as disposições elencadas na Carta de 1934 sobre as terras indígenas e o regime de integração ao contexto nacional do índio (LACERDA, 2008).

Com fundamento nessa percepção integracionista do Estado em relação aos povos indígenas é que se constrói a política constitucional em relação às terras ocupadas por eles. Assim a própria existência de um território pertencente a esses povos está condicionada a seu regime de integração, já que a partir do momento em que o índio abdica que sua condição étnica para ser integrado à sociedade brasileira, de caráter ocidental, sua terra também passa a não merecer um tratamento cultural diferenciado e, portanto, resta configurada como propriedade mercantil, nos moldes do mundo ocidental/moderno.

Importa frisar que há uma diversidade de povos indígenas na América Latina e, esse universo pluri-étnico acompanha conceitos diversos de território, percepções e cosmovisões que se baseiam em cosmologias, e modos de produção de vida, como já visto no primeiro capítulo. São essas mesmas visões diferenciadas que intentam ocupações específicas, sendo permeadas com unicidade tão somente por sua compreensão de terra enquanto propriedade de ocupação coletiva.

À partir de 1967 as normas constitucionais trazem uma inovação, as terras ocupadas por povos indígenas passam a ser entendidas como de propriedade da União e, os povos mantêm somente a posse sobre elas. Assim sendo, sob a justificativa de garantir segurança ao direito indígena à seu território, a União requer, constitucionalmente, a propriedades dessas terras por força do artigo 4º, inciso IV. É também com a promulgação da Constituição de 1967, em seu artigo 186, que os povos indígenas recebem o reconhecimento da qualidade de usufrutuários de

tudo que se puder usar de suas terras - em termos ocidentais, dos recursos naturais e riquezas de seu território²¹.

Pelo texto da emenda constitucional nº. 1 de 1969, que também se trata por Constituição de 1969, são alargados os direitos indígenas garantindo, em seu artigo 198, a inalienabilidade das terras, mantendo o direito à posse permanente, e ao usufruto exclusivo das riquezas e utilidades nestas existentes²². No mesmo artigo, ainda se declara a nulidade e extinção de qualquer efeito jurídico dado por ato tendente à obtenção de posse, domínio ou ocupação das terras indígenas.

Segundo Rosane Lacerda (2008) apesar das garantias quanto à posse das terras e à inalienabilidade destas, a identidade indígena ainda se considerava, constitucionalmente, enquanto transitória e a integração dos povos se mantinha enquanto condição de capacidade do indígena que quando não integrado deveria permanecer sob o regime de tutela da União - por meio de órgão oficial.

Pouco depois, em consonância com a EC nº. 1/69, a Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passava a dispor do “Estatuto do Índio”, cujo propósito era cuidar de sua proteção, e concretizar a sua integração à sociedade nacional envolvente. Considerando a identidade indígena como algo transitório, o Estatuto dividia os índios entre “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, escala que valia um tratamento diferenciado conforme o grau de integração do indígena. Enquanto não integrados, os índios eram sujeitos ao regime tutelar a ser exercido pela União através do órgão indigenista oficial, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Para a liberação do regime tutelar, que poderia ser requerida judicial ou administrativamente pelo próprio indígena, o Estatuto estabelecia como requisitos a “idade mínima” de 21 anos, o “conhecimento” (e não domínio) da língua portuguesa, a habilitação para o exercício de “atividade útil” (em que consistiria?) na sociedade brasileira, e uma “razoável compreensão” dos usos e costumes da comunhão nacional (arti. 9.º, incisos I a IV) (LACERDA, 2008, p.15-16).

Até este momento da história constitucional brasileira as questões tangenciais à temática indigenista representam sempre a negação da alteridade, propostas de aculturação dos povos (por meio de regimes integracionistas) e de aniquilação de suas culturas. Juntamente com

²¹ Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: I. (...); IV. As terras ocupadas pelos silvícolas. Art. 186 É assegurada aos silvícolas a posse das terras que habitam e reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1967).

²² Emenda nº.1 - Art. 198 As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a Lei Federal determinar, a eles cabendo a posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e todas as utilidades existentes (BRASIL, 1967).

a negativa do direito à identidade negam-se os direitos territoriais, dada a relação simbiótica entre pessoas e coisas que se apresenta no cerne da questão das terras indígenas.

As constituições anteriores à 1988 são permeadas pela lógica conceitual da colonialidade do poder (QUIJANO, 2005), para a qual o indígena suportaria a condição de ser intelectualmente inferior, sendo necessária sua integração à comunhão nacional para que seus direitos se resguardassem sob a tutela do Estado.

As Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 trouxeram referências aos índios, sempre os chamando de silvícolas. Com exceção da de 1937, todas as outras definem competência da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Todas garantem aos indígenas a posse das terras onde se acharem “permanentemente localizados”, em geral acrescentando que a garantia se dará com a condição de não a transferirem. As constituições de 1967 e 1969, para deixar ainda mais claro o caráter de transitoriedade desse direito, o incluem nas disposições transitórias. A partir da Constituição de 1967, estas terras são definidas como de domínio da União. A forma como se dá a garantia às terras, os dispositivos que atribuem a competência para legislar, sobre o processo de integração e as leis regulamentadoras deixam claro que o ideário assimilacionista do século XIX está presente até o advento da Constituição de 1988: os índios haveriam de deixar de ser índios (MARÉS, 2013, p. 2148).

A Constituição Federal de 1988 representa uma ruptura paradigmática no tocante à temática da territorialidade indígena no Brasil. Não obstante ser o primeiro texto constitucional a tratar do tema em um capítulo, trouxe uma amplitude ao grau de proteção dos povos indígenas, reconhecendo "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" (artigo 231, *caput*). É o rompimento com o perfil integracionista que o Estado brasileiro, até então, constitucionalmente designava aos povos indígenas e o momento à partir do qual lhes são (re)assegurados seus direitos territoriais, produto de demandas históricas de redemocratização e luta pelo reconhecimento político ocorridas ao longo da história no Brasil.

Prioritariamente o texto constitucional de 1988 inova ao reconhecer o direito de ser, ou seja, permissionar a continuidade étnica, melhor dizendo, ao garantir o direito aos indivíduos pertencentes a povos indígenas de permanecer em sua condição de índio. A esse direito de identidade se somam os direitos sociais e territoriais, inaugurando um novo momento jurídico para os povos indígenas, um momento de reconhecimento de sua organização social diferenciada. Segundo Souza Filho (2013), é o marco do reconhecimento de povos que se

organizam fora do “paradigma da modernidade”, fora das estruturas jurídicas convencionais que a própria Constituição reconhece e, aceita no território nacional:

Exatamente disso se trata quando a Constituição de 1988 reconhece como legítima uma ordem que desconhece, já que fundada nos chamados usos, costumes e tradições. Essa ordem pode ser descrita por um cientista, um antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas esta fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição (MARÉS, 2013, p. 2150).

O capítulo VIII da Constituição de 1988, intitulado “Dos índios”, à partir do artigo 231, irá garantir o reconhecimento aos índios da sua organização social e cultural (manutenção de costumes, línguas, crenças e tradições), além do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, implementando a obrigação de proteção do Estado brasileiro para com a manutenção desses direitos adquiridos e construídos à partir das lutas dos povos indígenas.

Ainda sobre as terras dos índios, nos moldes da Constituição Federal, proíbe-se a “remoção” das comunidades, salvo em “caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País”, ainda assim faz-se necessária a aprovação da possível remoção pelo Congresso Nacional. Fica, da mesma forma, dependente de autorização do Congresso Nacional o “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas”²³.

Conferidos os direitos à identidade e à cultura dos povos indígenas, desmembra-se um conjunto de direitos conexos à organização social desses povos, que tem por finalidade a apreciação das precisões físicas e culturais de cada um de seus indivíduos (MARÉS, 2013).

Sobre as terras e a territorialidade, o artigo 231 pretende garantir a efetividade de seu pertencimento aos povos indígenas, ou seja, pretende-se a efetivação do direito à territorialidade.

As territorialidades foram reconhecidas pela Constituição Federal de 1988 e, neste momento, as terras indígenas se consideram enquanto locais de reprodução e continuidade de

²³ Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...) § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (BRASIL, 1988).

vida, garantidoras do direito à identidade, à cultura e à auto-organização de seus povos. Souza Filho (2013) relembra que a impropriedade conceitual do termo “terra” na Constituição de 1988 se deve às preocupações com o direito internacional (confusão com o significado de territórios nacionais), entretanto, esses espaços reservados - ou antes devolvidos - aos povos indígenas são verdadeiros territórios, que não se podem separar dos sujeitos sem causar danos à identidade cultural do povo.

Assim, o constitucionalismo brasileiro, em relação às políticas indigestas, passou, historicamente, de integracionista à garantidor dos direitos à identidade, cultura e territorialidade dos povos indígenas, mantendo o Estado enquanto figura de guardião desses direitos. Sendo a Constituição de 1988 responsável pela ruptura de paradigmas de integração e pela imposição da postura protecionista estatal que passa a delimitar o tratamento dos povos indígenas no Brasil.

2.2 DA INSTITUIÇÃO DAS SESMARIAS A CONVENÇÃO 169 OIT: PROTEÇÃO OU DOMINAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Não só nos e por textos constitucionais se configura a normatização de tratamento das territorialidades indígenas, assim, o sistema jurídico brasileiro se compõe de normas infraconstitucionais, constitucionais, internacionais - que poder-se-ão considerar supra-legais ou de recepção com status de emendas constitucionais e, neste aspecto, de igual valor às normas da própria Constituição, devendo, inclusive, ser incorporadas à seu texto.

As normas não-constitucionais que abordam a temática indígena e seus territórios também seguem um padrão histórico de tratamento, que se demonstra pertinente e interligado aos padrões estipulados por cada Constituição vigente e, pelos desígnios políticos e de mercado também dominantes à cada momento.

Desde a colonização denota-se a intenção das figuras representativas do poder, em períodos subsequentes da história, de afirmar enquanto legítimas suas relações junto aos povos indígenas, ainda que essas relações não se estabeleçam de maneira pacífica. É com base nessas aparentes relações que se pretende legitimar a exploração dos povos, em razão de uma suposta permissão.

Legitimadas ou não essas relações que se construíram ao longo da história normativa do Brasil não buscaram sempre a proteção, nem mesmo garantia de direitos aos povos indígenas habitantes do território nacional.

Antes mesmo do chamado “descobrimento” do Brasil em 1500 já se faziam pareceres e legislações, tais quais a Bula Papal e o Tratado de Tordesilhas, acerca do pertencimento dos territórios à que a expansão marítima portuguesa levaria (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

A Igreja Católica se manifestou, previamente, no sentido de que Deus seria o proprietário das terras descobertas. O papa, representante legal da igreja, com poderes conferidos pelo próprio Deus, guardava a competência para outorga de títulos de posse e propriedade das novas terras (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

As intenções da igreja, em sentido contrário à das potências marítimas da época: Portugal e Espanha (então reino de Castela), foram sobrepujadas pela assinatura do Tratado de Tordesilhas na data de 07 de junho de 1494. O tratado, que abordava questões de primazia quanto à exploração das terras, que ainda seriam descobertas, definiria como marco imaginário uma linha com localização de 370 léguas a oeste das Ilhas de Cabo Verde. Todo o território que se encontrasse a oeste desta linha pertenceria ao reino de Castela (Espanha) e o território a leste da linha seria propriedade do reino de Portugal.

O pós descobrimento trará mais complicações para a questão territorial, pois o embate deixa de ser entre as potências marítimas e a igreja somente, ganhando um novo sujeito de reivindicações, os povos indígenas habitantes das novas terras encontradas.

A política indigenista no Brasil colônia era contraditória, se por um lado os jesuítas se encarregavam da conversão dos povos indígenas guardando a obrigação de catequizá-los e civilizá-los, por outro eram acusados pelos colonos de mante-los sob seu controle não permitindo o uso de sua mão de obra para o desenvolvimento do país. Assim, pressionada pelos interesses opostos de colonos e jesuítas a metrópole portuguesa editou legislações que a todo tempo se contradizia (PERRONE-MOISES, 2008).

Na legislação colonial, primeiro em razão das discussões teológicas da época, se encontrava a dificuldade de reivindicar as terras do novo continente. Pois essas terras seriam habitadas por gentios que, apostamente aos infiéis, não tinha conhecimento de Deus, não eram sujeitos e, assim não poderiam ser reclamadas pelo povo cristão.

De acordo com Beatriz Perrone-Moisés (2000), já no século XVI se reconhecia que os povos indígenas não podiam ser destituídos de sua terra, para ela, Francisco Vitória foi o pensador que melhor se conferiu autenticidade ao discurso do Direito Natural dos povos indígenas habitantes da recém descoberta América de se organizar em “sociedades políticas independentes”. A autora entende que “isso significava que os gentios americanos eram os legítimos proprietários de todos os seus bens, inclusive e, principalmente, de suas terras, e dispunham de liberdade para exercer seus direitos naturais” (PERRONE-MOISÉS, 2000, p.108).

Mas foi sob o regime de capitanias hereditárias, divisões territoriais artificialmente instaladas que dividiam o território brasileiro pertencente à Portugal em 15 faixas distribuídas em sentido leste-oeste tendo a exploração econômica por finalidade, que embora tenha durado pouco tempo, que exerceu maior influência na ocupação do território nacional (PERRONE-MOISÉS, 2008).

Postas as capitanias hereditárias, o primeiro regime colonial de terras a vigorar foi o das sesmarias. O regime sesmarial consistia na transferência feitas pela coroa portuguesa, de terras abandonadas ou mal aproveitadas, para particulares que as deveriam utilizar para sua produção agrícola.

Com as noções de propriedade originária e legitimidade para possuir as terras ainda em discussão, a ação indígenista de Portugal compunha-se de sua vertentes, a primeira que tratava dos índios aldeados - que aceitavam de bom grado a política colonial -, e a segunda pelos gentios bravios - a quem a legislação autorizava uma guerra justa para a submissão - (PERRONE-MOISÉS, 2000).

O aldeamento, de extrema importância para o sucesso da colonização, consistia em um ato ocupacional e de defesa, onde a interação entre os povos ocidentais (colonos e religiosos) e os povos indígenas era incentivada. Dessa maior aproximação resultava uma maior facilidade em se utilizar da mão de obra dos índios no projeto colonial. Para Manuela Carneiro da Cunha:

Aldear os índios, ou seja reuni-los e sedentariza-los sob o governo missionário ou leigo, era prática antiga, iniciada em meados do século XVI. Diziam os jesuítas que não se podia catequizá-los sem esse meio. Quanto aos colonos, desejavam os aldeamentos o mais próximos possíveis de seus próprios estabelecimentos, já que nele se abasteciam de mão-de-obra. Por todas essas razões os descimentos de índios para perto das cidades ou na sua concentração em missões foram constantes na colônia. Com isso, uma primeira redução de território foi obtida: redução aliás o termo usado no século XVII para a reunião de índios no em missões jesuíticas. Seu sentido de

subjugação aliava-se bem ao confinamento territorial (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, p.18).

Os índios coniventes com a política colonial eram transferidos de suas terras (na Amazônia) para aldeias próximas à povoados de colonos (movimento conhecido como descimento), onde poderiam ser catequizados e “civilizados”. À esses índios era garantida a posse das terras das aldeias por força do Alvará Régio expedido em julho de 1596, que definia serem os aldeados “senhores das terras das aldeias, como o são na serra” (PERRONE-MOISÉS, 2000, p.119).

A Carta Régia de setembro de 1611 previa ainda que os povos indígenas eram donos não só das terras das aldeias, mas exerciam ainda o domínio proprietário sobre as seus territórios de origem (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Provimento corroborado pelo Alvará de 1º de abril de 1680²⁴, que indicava os povos indígenas como legítimos proprietários da terra e ainda proibia a cobrança de quaisquer tributos sobre elas, impedindo ainda que as sesmarias afetassem seu direito originário sobre as terras (PERRONE-MOISÉS, 2000).

Contrariamente à esses dispositivos a Carta Régia de abril de 1655 e o Alvará de abril de 1688 permitiam a chamada “guerra justa” e, conseqüente, escravização dos índios bravios (PERRONE-MOISÉS, 2000).

Em março de 1713 nova Carta Régia, assinada por Dom João V, manda devolver todas as terras usurpadas dos povos indígenas. Sendo que em março de 1718 estabeleceu-se que aos indígenas não seria imperioso deixar suas terras para seguir o modo de vida de seus colonizadores se não lhes agradasse tal vida. Na prática, entretanto, permanecia o espolio territorial e o extermínio dos povos através da “guerra justa” (PERRONE-MOISÉS, 2000).

A dominação territorial no Brasil colônia concentrou-se em grande parte nas mão da Companhia de Jesus²⁵, o que ampliou o poder dos missionários. Em abril de 1655 uma lei,

²⁴ 1º - Que os índios descidos do sertão sejam “senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se fazer moléstia”; 2º - Que “aos que descerem do sertão sejam designados lugares convenientes, para neles lavrarem e cultivarem, sem que possam ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade”; 3º - Que esses índios “nem serão obrigados a pagra fôro ou tributo das ditas terras, ainda que sejam de sesmarias se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda, ser reservado o prejuízo e direito dos índios, primários e naturais senhores delas” (BRASIL, 1860)

²⁵ A Companhia gozava de grau de influência significativo junto à Corte lusitana, especialmente pela presença do padre Antônio Vieira, jesuíta lisboeta que ficaria mais tarde conhecido por seus sermões.

excluindo qualquer ordem ou poder, dava à Companhia de Jesus poderes para se sobrepôr aos povos indígenas. Isso ainda somado ao domínio da maior parte das aldeias pelos jesuítas (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

O término do domínio religioso sobre os territórios só se deu pela interferência do marquês de Pombal que, introduziu um novo modelo de economia tendente à atender as necessidades da burguesia de Portugal. A lei pombalina determinava aos povos indígenas completude dominial e posse, pacífica, sobre as terras, fazendo reprimir o Alvará de 1º de abril de 1680 que indicava o direito originário dos índios à sua terra (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Para Manuela Carneiro da Cunha (1992), a revogação do diretório pombalino em 1755 deixou uma lacuna na legislação indigenista brasileira, em especial no tratamento para com a terra. Posteriormente seria D. João VI, através da Carta Régia de dezembro de 1808 quem trataria novamente da temática considerando enquanto devolutas as terras adquiridas por meio da “guerra justa”.

O período colonial brasileiro compunha-se então, em sua legislação, por regimentos - de expedição dos Governadores locais -, cartas régias, leis, alvarás, provisões régias e ordenações portuguesas que também eram vigentes no território da colônia. Conforme visto, a legislação podia ser controvertida em razão dos interesses diversos apresentados à época e, por isso, em caso de controvérsia legal formavam-se juntas de análise *in loco* (PERRONE-MOISÉS, 2008).

Os métodos de ocupação inicial do território brasileiro se pautaram, portanto, neste emaranhado legislativo paradoxal, onde por vezes se entendia os povos indígenas como legítimos donos da terra, e outras vezes incitava contra eles uma guerra que se considerava “justa”.

O império ilustra um momento de ruptura legislativa quanto à centralidade temática da questão indígena, o interesse na mão de obra que marcava o período colonial cede lugar para o interesse nos espaços territoriais. Desta maneira, no século XIX, a questão indígena perpassou sempre pela questão da terra (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

O aldeamento dos índios ditos “bravios” teve aumento considerável no período imperial, justamente em razão da alteração dos rumos de interesse dos colonizadores. É que

com a chegada dos escravos negros da África (iniciado por volta de 1530) a mão de obra indígena foi sendo substituída e o interesse nesses povos passou a ser o domínio de suas terras.

O Brasil imperial trouxe consigo a inclusão forçada dos povos indígenas e, ao mesmo tempo, a negação à sua autodeterminação, à sua soberania étnica, e com isso a negação de seus direitos mais básicos à cultura, e ao território. Haveria ocorrido nesse período imperial, segundo Manuela Carneiro da Cunha (1987), um verdadeiro retrocesso no que se refere à legislação indígena.

Ressalta-se que, como já visto, a Constituição de 1824, que inaugura o Império, sequer menciona os povos indígenas e suas terras. Esse absenteísmo em relação aos índios não significa, contudo a extinção ou nulidade de direitos indígenas pré-existentes, pois o silêncio do texto constitucional não tem condão revogatório sobre as leis já vigentes (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Tardamente, em 1832 a legislação do Império se abre ao tratamento das terras indígenas em disposições sobre a possibilidade de se transferir aldeamentos para lugares diferenciados e vender as terras das aldeias em hasta pública (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

Pelo decreto 426 de julho de 1845, conhecido como Regulamento das Missões, entende-se pelo poder arrendar as terras das aldeias e, sob a condição de aceitação dos próprios índios permite-se a remoção e a reunião de aldeias, bem como o deslocamento e a concentração de povos indígenas distintos (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

Os paradoxos legislativos continuaram quando da promulgação da Lei de Terras, lei 601 de 18 de setembro de 1850. A defesa e proteção das terras indígenas, consideradas originárias e primárias se garantia no mesmo texto que dava seqüência a uma política de esbulho dessas terras, admitindo a necessidade de aldear as “hordas selvagens”. Os aldeamentos constituíram-se, então, sob terras recebidas em caráter sesmarial - terras “doadas” pelo Império com a finalidade de delimitar o território das aldeias (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, p.20).

Na verdade, a Lei de Terras inaugura uma política agressiva em relação às terras das aldeias: um mês após a sua promulgação, uma decisão do Império manda incorporar aos Próprios Nacionais das terras das aldeias de índios que “vivem dispersos e confundidos na massa da população civilizada”. Ou seja, após ter durante um século favorecido o estabelecimento de estranhos junto ou mesmo dentro das terras das aldeias, o governo usa o duplo critério da existência de população não indígena e de uma aparente não assimilação para despojar as aldeias de suas terras. Esse segundo critério é, aliás, uma novidade que terá vida longa: não se trata, com efeito,

simplesmente de aldeias abandonadas, mas também dos modos de vida dos índios que lá habitam (...) (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, p.21).

A lei de terras estabeleceu serem as sesmarias patrimônio privado, ou seja, terras pertencentes àqueles que as tivessem obtido através de tal processo (sesmarial), do mesmo modo indicou terras à título de “reserva” para a colonização de povos indígenas em uma espécie de confirmação da teoria do indigenato, para a qual os índios são os senhores naturais e, portanto, detentores do direito originário sobre as terras. Definiu-se ainda o conceito de terras devolutas²⁶, que não incluía, portanto, as terras indígenas consideradas enquanto domínio dos próprios índios.

Para Tourinho Neto (1993), considerando o fato de que a Lei de Terras e a Constituição de 1824 não revogaram o Alvará Régio de 1680 que estabelecia serem os índios os donos legítimos da terra, todas as sesmarias a esses povos concedidas, não se poderiam considerar enquanto devolutas, mesmo aquelas perdidas em função da chamada “guerra justa”.

Assim, pela análise da Lei 601 de 1650, as terras indígenas não são devolutas e nem necessitam de qualquer requisito que as legitime para se considerar enquanto domínio desses povos, “[...] As terras dos índios, contrariamente a todas as outras, não necessitam, portanto, ao ser promulgada a lei de Terras, de nenhuma legitimação [...]” (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, p.142).

Do mesmo modo Dallari (1981) entende pela não possibilidade de se considerar as terras indígenas enquanto devolutas, uma vez que, excluídas casos remotos e salvo as retiradas em caráter não espontâneo, os povos indígenas não se afastavam de suas terras, não as abandonavam e delas não abriam mão.

Muito em razão de sua conexão com a terra, de suas tradições e do sentido de pertencimento que mantém junto à ela, a interação dos povos indígenas com seu território não

²⁶ Artigo 3º - São terras devolutas: § 1o As que não se acharem applicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal; § 2o As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3o As que na se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei; § 4o As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei (BRASIL, 1850).

se pode ver sob o prisma da utilização, mas como legítimo domínio originário, sem requisitos, sem necessidade de lei ou ato que a legitime.

Mendes Junior (1912, p. 58-59), sobre a originalidade das terras indígenas afirma que “[...] não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário”. Nem sem dono (*res nullius*), nem abandonada (*res derelictae*), pois sua apropriação se dá de forma natural e originária e sua saída não ocorre espontaneamente, assim a lei não cria o direito, apenas afirma uma realidade pré-existente, os indígenas são os legítimos senhores de suas terras.

Em 1854, o decreto número 1318, regulamentando a Lei de Terras primava pela extinção das terras das aldeias dadas em propriedade aos povos indígenas, em seu artigo 75²⁷ o decreto previa a destinação das terras das aldeias, como usufruto dos povos indígenas não podendo ser consideradas enquanto propriedade individual, até que os índios assimilassem a cultura ocidental.

Os avisos 160 de julho de 1856 e 131 de dezembro de 1858 interpretavam serem as terras de aldeamentos extintos terras devolutas pertencentes ao Império. Mais tarde essas terras seriam vendidas com a finalidade de formar vilas e povoados, sendo tal prática legitimada pelo decreto 2672 de 1875.

Para Luiz Fernando Villares os aldeamentos eram responsáveis pela retirada dos povos indígenas das terras por eles ocupadas e, de uma maneira geral os métodos de aldear e integrar - extinguindo o modelo cultural desses povos para assiimilação da cultura branca - eram legitimados e proibidos simultaneamente pelo direito da época.

As terras ocupadas pelos índios eram deles tomadas quando se impunha uma reunião artificial em aldeamentos, circunscrevendo-os em território diferente de sua ocupação tradicional, seguindo com a extinção artificial desses aldeamentos e a declaração da integração, com a conseqüente divisão dos aldeamentos em lotes. A alienação dos lotes, por meio da compra ou da coação, era a última medida para a usurpação. Todo esse caminho era contraditoriamente repudiado e admitido pelo direito (VILARES, 2007, p.140-141).

²⁷ Artigo 75 - As terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles, distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilização (BRASIL, 1854).

O direito no período do império foi a maneira encontrada para se legitimar o espólio das terras indígenas, sob a égide de uma legislação paradoxal se definiam originários os direitos dos índios e ao mesmo tempo se colocavam como legítimas as artimanhas para aniquilação dos povos e aquisição de seus territórios.

O período republicano tem início com a proclamação da República aos 15 de novembro de 1889. Como já visto a primeira constituição republicana, de 1891, tratou de transferir aos estados as terras devolutas que se localizassem em seus territórios, considerando devolutas tão somente as terras de aldeias extintas e não da totalidade das aldeias (CARNEIRO DA CUNHA, 1992).

Infra-constitucionalmente, o decreto 8072, cria, em 1910, o SPILTN - Serviço de proteção aos índios e localização de trabalhadores nacionais²⁸ - o texto legal previa como um dos objetos do órgão a devolução, sempre que possível e, através de métodos juridicamente válidos, das terras usurpadas dos índios. Previa-se, também, no decreto a regularização/demarcação das terras e sua exclusividade usufrutual para os povos indígenas (VILLARES, 2007).

Sob a presidência do general Cândido Mariano Rondon, o Serviço de proteção ao índio - SPI - como mais tarde passou a ser chamado, passava a idéia de um Governo protetor dos direitos indígenas. Em 1911, o decreto 9214 criaria um novo regulamento para o órgão que iria de encontro com essa política demonstrativa da necessidade de proteção dos povos indígenas e de suas terras pelo Estado (VILLARES, 2007).

Além do SPI o período republicano contou com o Decreto 5.485 de 1928 que previa que os estados deveriam ceder todas as terras devolutas ocupadas por povos indígenas para a União, deveriam também ser cedidas ao governo federal às terras dos aldeamentos já extintos, demonstrando-se uma preocupação com a proteção dos territórios indígenas (VILLARES, 2007).

²⁸ O SPILTN foi criado com a função de proteger os povos indígenas e fomentar o relacionamento destes com o restante da sociedade brasileira. A agência foi criada após uma denuncia em Viena de que estaria ocorrendo um massacre dos índios no Brasil. O nome da agência seria mais tarde modificado para Serviço de proteção ao índio (SPI).

Em 1930, sob o governo de Getúlio Vargas e a tendenciosa preocupação com a nacionalização dos índios, a filosofia de educar para integrar²⁹ guiava as ações do SPI que passou a constituir mais um dos segmentos militares no governo brasileiro. A era da integração ou da “comunhão nacional” se erguia como padrão de demonstração de patriotismo e como necessidade para a expansão mercantil e territorial (LENHARO, 1986).

Apesar de permeado por intenções mercantis, constitucionalmente, como já visto, é à partir de 1934 que podemos falar em um início da proteção dos povos indígenas e seus respectivos direitos territoriais. A Constituição viria afirmar a legislação que se vinha edificando desde a criação do SPI, a proteção das terras e a competência federal para legislar sobre elas estava à partir de então estabelecida (VILLARES, 2007).

Em função de problemas internos o SPI foi, em 1967, através da Lei 5371, substituído pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI - órgão oficial nacional responsável pela promoção e proteção aos direitos dos povos indígenas em todo o território do Brasil (COLAÇO, 2012).

Em 1973, o governo edita a lei 6001, o Estatuto do Índio, que tem por finalidade a regulamentação da situação jurídica das terras indígenas, ou, das terras habitadas por povos indígenas, já que a titularidade delas não lhes pertence. O Estatuto mantém o perfil integracionista da legislação brasileira imperial e republicana, mas ao mesmo tempo regulamenta a demarcação das terras, que não deveria ocorrer em prazo superior a 05 anos. As terras demarcadas, sob a proteção da lei, e por força do texto, deveriam ser destinadas à posse e uso dos povos indígenas (CARNEIRO DA CUNHA, 2012).

No plano pós 1980, em especial pós Constituição de 1988, o que se pode constatar, segundo Manuela Carneiro da Cunha, é o fim da “previsão do desaparecimento dos povos indígenas” acompanhado da suposição de que estes povos irão retomar seus territórios. Para a autora entende-se que essa recuperação “demográfica” dos povos indígenas é uma consequência da evolução legislativa, que legitimou os processos de luta pelo reconhecimento de sua cultura, de sua “identidade étnica”, bem como de seus direitos territoriais (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p.84).

²⁹ Segundo os militares era preciso integrar para não entregar.

O Decreto 6.040 de 2007³⁰, que regulamenta a política nacional de desenvolvimento dos povos e comunidades tradicionais é, na atualidade responsável por garantir o direito desses povos à seus territórios, ou seja, às terras de que se utilizem para sua manutenção da vida e para a reprodução de suas tradições culturais.

Internacionalmente, como já visto no capítulo anterior, os direitos indígenas são abarcados pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989 e pela Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas que abordaremos em capítulo mais específico sobre os direitos internacionais de direitos humanos.

Cumpra agora apenas dizer que a Convenção 169 da OIT foi promulgada pelo Brasil em 2004 e, além da atenção para com o reconhecimento da cultura e alteridade dos povos, dispõe sobre a posse e a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, bem como o direito aos recursos naturais presentes nestas (BRASIL. Decreto 5.051, 2004, artigos 14 e 15). Já a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, aprovada em 2007, estabelece, metas para os Estados, objetivando a reparação de danos históricos causados aos povos indígenas quando da espoliação de suas terras (COLAÇO, 2012).

2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS TERRAS TRADICIONALMENTE HABITADAS PELOS POVOS INDÍGENAS

Ao falar de natureza jurídica das terras indígenas retoma-se a noção de território abordada no primeiro capítulo deste trabalho, elaborada à partir dos relacionamentos, internos e externos, dos povos indígenas com outros povos indígenas e com as demais populações ocidentais, bem como de suas relações com o próprio local onde vivem. Por essa razão, entende-

³⁰ Artigo 2 - A PNPCT (Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais) tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições. Art. 3 - São objetivos específicos da PNPCT: I - garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica; (...) (BRASIL, 2007)

se que, os limites territoriais a se considerar são aqueles que se utilizam para a reprodução física e cultural de cada povo, para a continuidade de hábitos, de tradições, de festas, de percepção de mundo e, assim, de seu conhecimento e de sua historicidade, que compreenderá também a historicidade de seu território (MARÉS, 2003).

Constitucionalmente definem-se as terras indígenas pelo artigo 231, em texto que dispõe sobre “terras tradicionalmente ocupadas”³¹ determinando a necessidade de quatro requisitos para que uma terra se considere enquanto indígena, sendo eles: o caráter permanente da habitação, a utilização das terras com finalidade de produção, a preservação de recursos do meio ambiente que se mostrem essenciais para seu bem estar e, aquelas que se mostrem indispensáveis à continuidade de sua vida física e cultural.

Reitera-se que as definições conceituais de recursos ambientais, produção e essencialidades, encontradas na cultura dos povos indígenas não guardam relação com a percepção de tais conceitos dentro da cultura ocidental. Sobre isso, José Afonso da Silva aponta que pela parte final do dispositivo constitucional, onde se lê: “seus usos, costumes e tradições”, entende-se que as terras indígenas não se podem analisar pela ótica capitalista civilizada.

Não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles (SILVA, 1993, p.47).

Desta forma entendemos que as lentes necessárias para vislumbrar as terras indígenas se despem do caráter patrimonial capitalista, cedendo lugar à interação simbiótica de compreensão da natureza que se conclui no entendimento de terras enquanto direito essencial à produção e reprodução da vida e das tradições dos povos indígenas, ou seja, um verdadeiro território.

³¹ Artigo 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988)

A terra indígena, na qualidade de fator insubstituível para a manutenção de uma identidade étnica - observado o sentimento de pertencimento que conecta os povos à terra que habitam -, conta com a proteção do sistema jurídico brasileiro, através do disposto na Constituição Federal de 1988 e em um complexo arcabouço normativo tangencial, já aqui delimitado.

Constitucionalmente, o texto de 1988 rompe com o caráter integracionista predominante no Brasil, mas deixa margem à uma interpretação falaciosa quanto ao aspecto de ocupação tradicional das terras - seria a chamada teoria do fato indígena. Essa teoria representa-se quando o intérprete pretende datar a ocupação das terras indígenas em momento coincidente com a promulgação da Constituição (ou seja, em 1988), ignorando que o direito desses povos à suas terras é natural, congênito, originário, ou seja, um direito existente antes mesmo da própria norma legal ou do Estado.

Conforme Tourinho Neto, o reconhecimento do caráter originário das terras indígenas é uma figura legislativa que afirma os povos indígenas como primeiros e legítimos donos das terras brasileiras.

Figura da legislação luso-brasileira constante do Alvará Régio de 1 de abril de 1680, que expressamente reconhecia os índios como primeiros ocupantes e donos naturais das terras do Brasil. Reconhecimento este que foi ratificado por uma lei de 06 de julho de 1775, editada dentro do espírito da Bula do Papa Benedito XIV, de 20 dezembro de 1741 (TOURINHO NETO, 1993, p.9-10)

A não necessidade de um procedimento legislativo de legitimação e reconhecimento das terras indígenas é a própria conceituação de indigenato, se os direitos são originários independentem de legitimação. A Constituição apenas estabelece critérios de reconhecimento, tais quais os usos, costumes e tradições de cada povo indígena, sua história, seus mitos, crenças, sua cultura.

A diferenciação entre a teoria do indigenato e a teoria do fato indígena ganhou relevância durante o julgamento sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal, onde a discussão central dos votos foi pautada pelos limites do uso da terra.

O Supremo mostrou-se dividido. De um lado, através do voto do Ministro Carlos Ayres Britto (relator), a visão humanitária fundamentada pelos interesses plurais

constitucionalmente estabelecidos, pela necessidade de uma sociedade pluricultural, solidária, igualitária e respeitosa para com a alteridade, impulsionada pela necessidade de proteção das minorias e pelo resgate a um povo historicamente marginalizado. De outro, pelo voto do Ministro Menezes Direito (voto-vista), ofuscam-se os direitos conquistados ao longo da história brasileira pelos povos indígenas e nega-se o caráter protecionista que a própria Constituição confere a esses povos quando garante a defesa da continuidade de sua cultura, língua, tradições e, territórios.

No caso em tela o Supremo Tribunal Federal, mediante uma interpretação literal do texto da Constituição optou pela aplicação da teoria do fato indígena em substituição à teoria do indigenato, neste estudo, entendemos a segunda como forma mais legítima de interpretação do texto constitucional³².

Isto pois, conforme analisado, as Constituições que precedem a de 1988 determinavam que a escolha e demarcação de terras indígenas era função incumbida ao Estado brasileiro, através de um poder caracterizado pela discricionariedade. Já a Constituição de 1988 com um capítulo inteiro dedicado aos índios, demonstra um momento de atenção à temática e busca consignar o texto à realidade dos diversos povos indígenas habitantes do território brasileiro, relacionando a demarcação a uma gama de requisitos antropológicos.

Além de um capítulo específico consagrando o compromisso do Estado brasileiro para com a proteção dos povos indígenas, sua cultura e territórios, o texto de 1988 ainda trata das terras indígenas em outros artigos esparsos. No artigo 20 definem-se as terras indígenas enquanto bens da União³³, no artigo 231 §1º definem-se os requisitos para um que a terra seja

³² Para a teoria do indigenato a posse das terras indígenas é imemorial, os índios seriam donos da terra há um tempo incalculável razão pela qual não é possível dizer qual a data inicial dessa posse, enquanto isso, para a teoria do fato indígena, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, diz-se que o direito dos povos indígenas sobre suas terras teria começado com a Constituição Federal vigente, e portanto, na data de 05 de outubro de 1988. Ressalta-se que a doutrina majoritária prefere a teoria do indigenato à teoria do fato indígena.

³³ Artigo 20, XI, que inclui entre os bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (BRASIL, 1988).

considerada como “tradicionalmente ocupada” pelos índios³⁴ e, ao longo do documento vários outros artigos cuidam do direito indígena³⁵.

Em 1988 podemos vislumbrar uma ruptura conceitual, a Constituição trabalha com direito originário dos povos indígenas à suas terras, rompendo com um caráter temporal de ocupação e passa a utilizar esse critério antropologicamente fundado. Em leitura do artigo 231 nota-se a não atenção ao tempo de ocupação, mas ao modo de uso da terra, os vínculos culturais que os povos indígenas com ela mantêm, os usos, costumes, tradições que os conectam (SILVA, 1993).

Quanto à tradicionalidade, José Afonso da Silva (2005) observa que o próprio termo “terras tradicionalmente ocupadas” não foi pacificamente incluído no texto constitucional. As discussões políticas que levaram à sua escolha incluíram povos indígenas, organizações não governamentais, representantes de interesses não indígenas e os próprios legisladores constituintes, assim:

Inicialmente, os defensores de interesses que denominamos pró-índios, queriam que a redação fosse: terras ocupadas pelos índios, enquanto os anti-indígenas propunham o termo terras permanentemente ocupadas, o que excluiria parcela significativa de povos indígenas do tratamento diferenciado proposto na Constituição, daí surgia a proposição conciliatória que foi o termo, tradicionalmente ocupadas (SILVA, 2005, p.860).

A ocupação tradicional das terras guarda ligação, então, com a valorização cultural da terra para os povos indígenas, de acordo com as especificidades e hábitos próprios de cada grupo diferenciado. Assim a tradição se poderá definir pelo conjunto de padrões regulatórios de cada povo e, se manifestará em seu modo de comportamento, em suas manifestações culturais, no cultivo de seus valores, em sua produção material e intelectual, ou seja, em todos os aspectos de sua vida (SILVA, 2005).

³⁴ As por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

³⁵ Artigo 22, XIV, que instituiu competência privativa à União para legislar sobre populações indígenas; o artigo 109, XI, que atribuiu competência aos juízes federais para processar e julgar as disputas sobre direitos indígenas; o artigo 129, V, coloca como função do Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; o artigo 210, § 2º, trata do ensino fundamental, assegurando às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e o processo próprio de aprendizagem; o artigo 215, § 1º, assegura a proteção pelo Estado das manifestações culturais indígenas, dentre outros (BRASIL, 1988).

O ocupar de maneira tradicional exige, portanto, um olhar próprio dos povos indígenas, são seus usos e costumes que dirão o que é ou não tradicional, sendo essencial dizer que a tradicionalidade não impede mudanças, ou seja, não é um conceito estático. Se conecta intimamente à indispensabilidade da terra para a sobrevivência dos povos, tanto para a sobrevivência física - atendimento de necessidade humanas como alimentação e preservação ambiental - como para local de continuidade de práticas culturais.

Considerando que a perda da terra pode ser a causa da morte dos costumes, da perda da identidade de determinados povos, de sua desintegração física e cultural, compreende-se a tradicionalidade enquanto elemento conexo à valores culturais do uso da terra.

Os quatro elementos, ou requisitos, de que falamos anteriormente, e contemplam a conceituação de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas no artigo 231, § 1º da Constituição Federal de 1988, são então, a permanência, relacionada ao tempo de habitação; os usos, costumes e tradições, que se relacionam ao modo de ser, fazer, viver e conhecer desses povos; as atividades produtivas, e a preservação dos recursos naturais e a reprodução física e cultural (SILVA, 1993).

Retomando, falar em territorialidades indígenas exige relacionar cada povo com a terra que habita. Assim, ressalta-se, novamente, cada um dos quatro requisitos para que se considere um terra enquanto “tradicionalmente ocupada” deve ser observado de acordo com usos, costumes e tradições específicos de cada povo. Isso porque, diferente da racionalidade ocidental, os povos indígenas podem deixar de habitar temporariamente uma terra, por razões próprias, para mais tarde retornar à ela, devendo ser considerado esse espaço de deslocamento como fator da tradicionalidade territorial (SILVA, 1993).

Sobre esta questão, José Afonso da Silva, afirma que ser tradicional não tem relação com questões temporais, mas à com a maneira de utilização e produção em suas terras coletivamente habitadas, independentemente de tratarmos de povos com maior ou menor estabilidade espacial.

Terras tradicionalmente ocupadas não revelam ai uma relação temporal. Tradicionalmente refere-se não a uma característica temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições (SILVA, 1993, p.35).

Importa ainda demonstrar a conciliação, como faz a própria Constituição de 1988, entre o direito ao reconhecimento dos índios à questão de sua terra, notadamente pela razão de serem, da perspectiva indígena, indissociáveis. Razão pela qual, os direitos territoriais indígenas reconhecem-se enquanto, originários, sendo anteriores inclusive à sociedade moderna e ao próprio Estado e sua ordem jurídica (SILVA, 1993).

Sobre a natureza jurídica das terras indígenas entendemos que a Constituição Federal as constituiu de forma *sui generis*, em uma situação jurídica singular. Enquanto bens, de titularidade da União, as terras são de posse coletiva, permanente e infindável dos povos indígenas, não podendo ser reguladas puramente pelo Direito Civil brasileiro, assim as regras aplicadas devem estar em consenso com a normativa constitucional (SOUZA FILHO, 1998).

Apesar de sua titularidade pertencer à União, constitucionalmente, as terras indígenas não se podem considerar bens públicos, uma vez que não são de uso comum da população em geral, antes somente de um povo indígena específico que as habite. Como o poder público não pode delas dispor também não se consideram dominicais e, tão pouco são bens de uso especial em razão de sua destinação não ser considerada um serviço público.

Constitucionalmente determina-se então que as terras indígenas são bens da União, diferenciados, entretanto, dos demais bens já que apenas são a ela pertencentes de maneira derivada e, originariamente pertencem aos povos indígenas.

Em qualquer das três espécies de bens públicos - de uso comum do povo, dominicais ou de uso especial -, o proprietário (poder público) pode, de maneira precária, conceder a posse do bem à outrem por ato de vontade, o que não se permite em caso das terras indígenas.

Cesár Baldi (2013) ressalta que, na qualidade de posse ou de propriedade importa a compreensão de que o território conta com uma quantidade incontável de direitos que se comunicam com os modos de utilização da terra.

visto a partir desta especial relação com a terra, tanto eventual “conceito” de “posse” quanto de “propriedade” implicam uma multiplicidade de direitos, que vão além dos clássicos “jus utendi”, “jus fruendi” e “jus abutendi”, para enfeixar um grupo de direitos culturais, econômicos e sociais, tais como: a) reprodução social, cultural e espiritual da comunidade; b) o respeito à diversidade étnica, religiosa e cultural; c) a pluralidade socioambiental, econômica e cultural dessas comunidades (incluídas as relações familiares e de parentesco); d) o direito à memória cultural e à prevenção do epistemicídio; e) o direito de autoatribuição, de “nomeação” dos lugares, de definição de seus “usos legítimos”, de vinculação da existência à trajetória coletiva; f) o direito

à alimentação, visto não mais no sentido assistencialista, mas como direito à segurança e soberania alimentar (BALDI, 2013b, p.214).

O direito originário, tradicional e de ocupação permanente a que se refere a Constituição de 1988, em seu artigo 231, é a resposta jurídica específica à uma somatória de lutas dos povos indígenas por seu direito à territorialidade. A delimitação dos aspectos jurídico constitucionais que tangem a questão territorial dos povos indígenas caminha desde 1934 no sentido de estabelecer enquanto propriedade da União as terras habitadas por esses povos, sendo que serão mantidos seus direito à posse e ao usufruto de maneira coletiva.

Salienta-se que o direito dos povos indígenas à sua territorialidade deve ser compreendido enquanto primordial, essencial à sua sobrevivência física e cultural - sendo inclusive ferramenta de manutenção da identidade étnica desses povos -, direito esse que se encontra fragmentado da idéia de propriedade patrimonialista que se impõe no mundo moderno.

Sobre as terras indígenas diz-se então que há exercício do direito de usufruto, este também específico para a abordagem pois, quando tratamos de terras indígenas fala-se em um usufruto não coincidente com o proposto pelo direito civil. O direito real, de natureza pública, dos povos indígenas sobre um bem da União - usufruto sobre as terras - recai sobre o território físico/geográfico, compreendendo solo, ar, água, fauna e flora, mas possui como destinatário do direito uma coletividade que deverá se utilizar do bem, gozando e fruindo de seus frutos de acordo com suas tradições culturais (SILVA, 1993).

2.3.1 Garantias das terras indígenas enquanto bens públicos da União

Importa-nos ainda dizer que a Constituição confere garantias à terra indígena e, por força do § 4º do artigo 231, as terras serão inalienáveis e indisponíveis, sendo que os direitos que a ele se conferem serão imprescritíveis³⁶, ou seja infindáveis. Significa isso que, as terras indígenas, enquanto bens de propriedade da União, e uso coletivo dos povos indígenas não

³⁶ Artigo 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (BRASIL, 1988).

podem ser reduzidas para atender interesses meramente econômicos, privados, em detrimento dos direitos coletivos indígenas constitucionalmente reconhecidos.

Segundo o Ministro Celso de Mello, as garantias trazidas pelo § 4º do artigo 231 são um método de resguardo dos povos indígenas e de seus direitos constitucionais:

“As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, § 2º, § 3º e § 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-1996, Primeira Turma, DJ de 14-2-1997.)

As terras indígenas não se sujeitam à mesma disciplina jurídica dos demais bens públicos, não se sujeitam também, integralmente, ao regime legal de venda dos bens públicos, em função de sua inalienabilidade, garantia dada pela redação do § 4º do artigo 231.

Como dito, as terras indígenas são bens da União de usufruto diferenciado dos povos indígenas. Assim, o poder público delas não pode dispor, nem pode utilizá-las como bem de uso comum, já que somente os próprios índios poderão ter sua posse, utilizando e gozando de seus frutos.

A posse indígena sobre as terras será exercida de acordo com seus próprios usos, costumes, tradições e percepções de mundo.

Entendo assim que as terras dos povos indígenas não configuram nem bens públicos nem tão pouco bens particulares, aliás não se enquadram em uma visão civilista da propriedade, primeiro por sua característica de inalienabilidade e também por não servir ao capital como as demais terras - mercadorias do mundo moderno.

Para César Baldi o fato de as terras coletivas com natureza de usufruto dos povos indígenas pertencerem à União reforça os padrões coloniais e racistas que dominam a questão da terra no Brasil.

As formas de apropriação/utilização do território implicam desafios e estratégias distintas de resistência. As terras indígenas, sendo propriedade da União, ainda que

com usufruto permanente das comunidades, ensejam um processo de, por um lado, tentativa de privatização de espaços públicos e, por outro, de manutenção de relações coloniais e de padrões racistas de usurpação de terras (BALDI, 2013a, p.5).

As garantias e o domínio da União têm, a princípio, um caráter protecional e de preservação das terras, mantendo-as vinculadas, ou sob a tutela do estado, asseguram-se os direitos dos povos indígenas sobre elas (MARÉS, 1998).

A apropriação individual destas terras também fica vedada pelo direito brasileiro em razão do próprio conceito de propriedade privada, o que não obsta meios de apropriação individual concebidos pela ótica de cada povo indígena que a habitar, de acordo com seus usos, costumes e tradições. Considera Carlos Frederico Marés:

Usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito. Ora, a apropriação individual ou coletiva, de um grupo familiar ou de um gênero, se fará, então, segundo o direito indígena, que resolverá os eventuais conflitos que ali se estabelecerem. É vedado, portanto, o exercício do direito brasileiro de propriedade dentro das terras indígenas, mas, ao contrário, são cogentes as normas do direito consuetudinário indígena (MARÉS, 1999, p.123).

Novamente o que se observa é a dicotomia conceitual estabelecida entre terra e território. Nas terras, bens públicos e privados, servientes ao mercado financeiro - capitalismo, os conflitos e o modo de apropriação são ditados pelo direito civil, já nos territórios indígenas, bens coletivos de cada povo específico, os conflitos e modos de uso e apropriação seguem as cosmovisões indígenas, seu modo de ser, viver, fazer e conhecer.

Constitucionalmente, de acordo com Silva (1993), estabelece-se um sistema relacional entre terra e povo indígena que se fundamenta na teoria do indigenato. Em sua relação de pertencimento, com o território, os povos indígenas são originariamente detentores da posse e, a Constituição protege tal posse, bem como o usufruto sobre as riquezas naturais da terra condicionada à tradicionalidade de sua ocupação.

O caminhar da história legislativa em torno da temática de terras indígenas demonstra a existência de três momentos distintos predecessores do atual. Consideramos que a tutela dos direitos dos sujeitos que aqui tratamos é essencial para seu reconhecimento, sua sobrevivência e garantia da sua dignidade e de seus modos de ser, viver, fazer e conhecer.

Em um primeiro momento, com a chegada dos europeus e a colonização, notamos a tentativa de extermínio dos povos encontrados na América, bem como de todo o seu sistema

cultural. A legislação colonial tratava de mandar “exterminar” todos aqueles que se mostrassem avessos aos interesses dos colonizadores. Apesar disso, todos que se mostrassem submissos “à catequese e a guerra” receberiam um bom tratamento (MARÉS, 2003, p.26).

O segundo momento é aquele que convencionamos chamar de integracionista, que tutela os direitos indígenas condicionando-os à assimilação de práticas, inclusive a própria racionalidade, ocidentais. Este momento quase que se confunde com os outros, anterior e posterior. Quando os dispositivos legais começaram a tratar de direitos dos índios preocupavam-se antes com as relações que se estabeleciam entre esses e os “outros”, Carlos Frederico Marés afirma “isto quer dizer, havia uma preocupação em substituir a sociedade local pela sociedade emergente. O que os índios pensavam, faziam ou queriam fazer, não entrava na ordem de preocupação daquela legislação” (MARÉS, 2006, p.28). É neste momento que os indígenas se passam a considerar absolutamente incapazes sob a ótica do estado brasileiro tendo os direitos já conquistados condicionados à sua integração com a sociedade recém chegada.

Em razão de reconhecer a contribuição feita à cultura nacional pelos modos de ser, fazer, viver e conhecer dos povos indígenas necessário se faz garantir a proteção dos direitos à alteridade e continuidade de seu auto-reconhecimento, do direito de permanecer enquanto índio, afastando o ideal de integração antes proposto.

O terceiro momento, protecionista, é marcado pelo reconhecimento e alargamento do rol de direitos concedidos aos povos indígenas, como vimos é a resposta aos processos de luta e emancipação desses povos que culmina na promulgação de um sistema jurídico mais plural, com respeito às especificidades, protetor e garantidor dos interesses e da cultura desses sujeitos que ao longo da história foram marginalizados.

A Constituição Federal de 1988 é o documento mais representativo, no Brasil, desse terceiro momento da legislação indígena, pois apresenta um arcabouço normativo heterogêneo que admite o pensar dos povos indígenas e sua compreensão da terra e do mundo natural enquanto sujeitos legítimos de direito. É neste documento que se rompem as características integracionistas, com liberdade inclusive de se auto-reconhecer enquanto índio e de dar manutenção em suas tradições sem perder os direitos conquistados junto à sociedade ocidental.

Do extermínio legalizado ao integracionismo e ao protecionismo muito avanço se pode observar, as normas jurídicas mais preocupadas com os interesses e necessidades dos povos indígenas mostram uma maior atenção às especificidades e tradições culturais, um respeito ao mundo multicultural e as pluralidades que podemos encontrar no território brasileiro.

No que diz respeito à temática dos território, historicamente, reconhece-se o direito originário dos índios sobre suas terras, os próprios documentos legais destinavam-nas a seus legítimos donos. Politicamente, entretanto, as terras indígenas são espoliadas a cada expansão mercadológica, também desde a era colonial.

Sob a pressão do mundo moderno e do capitalismo entendimentos diversos se vêm formando no intuito de re-interpretar ou não aplicar os direitos territoriais conquistados e conferidos aos povos indígenas (MARÉS, 2003).

As expansões ocidentais e, conseqüente espoliações indígenas resistem, mesmo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a esse exemplo, a própria decisão no caso Raposa Serra do Sol, onde os ministros se acobertam por uma suposta ambigüidade conceitual do termo “tradicionais”, e passam a utilizar a teoria do fato indígena para designar a demarcação dos territórios.

A opção de interpretação conceitual de tradicionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no caso exemplificado demonstra uma escolha pela racionalidade ocidental, pelo modelo de propriedade civilmente fundamentado, caracterizado pela falta de memória, pela mercantilização do natural e pela individualização da titularidade dos bens da vida. A decisão dos ministros mostra-se contrária à própria concepção de tradicional dada pela Constituição de 1988, onde é visível a separação entre os modos de apropriação da terra para a cultura ocidental (idealizada como sociedade civilizada) e os modos de interação simbiótica dos povos indígenas com seu território. Assim o tradicionalmente, do texto constitucional, refere-se à utilização da terra de maneira conexas ao imaginário indígena e, também à sua vida concreta que a ele se relaciona, não de acordo com o pensar moderno/ocidental de produção.

CAPÍTULO III - DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: AS TERRAS INDÍGENAS E A PROPRIEDADE AGRÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Neste capítulo a questão-objeto é o Estado Plurinacional, nascido enquanto proposta de refundação do Estado-Nação no pensamento articulado entre os países da América Latina e seu movimento do Constitucionalismo transformador. Propostas que, como já vimos, se mantêm a partir da noção de igualdade de identidades, da garantia ao reconhecimento e respeito às especificidades de cada povo e de suas tradições específicas.

De maneira que se utilizam neste terceiro capítulo os estudos de Boaventura de Souza Santos, Carlos Frederico Marés Souza Filho, Rosane Lacerda, Pedro Brandão, Alejandro Médici, Antônio Carlos Wolkmer, Raquel Yrigoyen Fajardo, José Quadro de Magalhães, Ilena Almeida, autores que procuram explicar a coexistência de povos e culturas distintas em um mesmo país, através da pontuação das fases do multiculturalismo na América Latina e, conseqüentemente no Brasil.

As lutas por emancipação lideradas por movimentos sociais contra-hegemônicos direcionaram-se à transformação das estruturas e instituições sociais decorrentes do colonialismo e à construção de condições sociais, políticas e culturais radicalmente distintas no continente latino-americano, buscando o reconhecimento das cosmovisões indígenas, de direitos para a natureza e da diversidade de valores referentes à identidade, à autonomia e ao conhecimento dos grupos sociais historicamente marginalizados (MÉDICI, 2012).

No plano das modificações propostas pelo movimento do Novo Constitucionalismo Latino-americano, Raquel Yrigoyen Fajardo (2011) propõe uma divisão em três ciclos diferenciais de transformações constitucionais. Para a autora, o constitucionalismo multicultural teria sido o primeiro movimento de reformas, perdurando entre os anos de 1982 à 1988, esse ciclo faria alusão ao conceito de diversidade cultural. É durante esse primeiro ciclo portanto que se reconhecem as línguas indígenas como línguas oficiais, não incorporadas, entretanto.

O segundo ciclo de transformações, conhecido por constitucionalismo pluricultural, se estende de 1989 à 2005, reconhecendo direitos individuais e coletivos, quanto à identidade e à diversidade cultural dos povos indígenas. Durante essa reformas tem início a utilização de

conceitos de nação multicultural - formada pela pluralidade de etnias - e, neste mesmo sentido a compreensão do Estado enquanto pluricultural. Ainda durante o segundo ciclo pode-se falar em incorporação de valores indígenas ao plano jurídico-constitucional, o chamado pluralismo jurídico (FAJARDO, 2011).

A refundação do Estado, propriamente, a ruptura com os padrões coloniais de ser, fazer, conhecer e viver e a quebra da visão antropocêntrica de mundo são discutidas no plano do constitucionalismo plurinacional, compreendido no período de 2006 à 2009, o terceiro do ciclo proposto pela autora peruana. Essas novas discussões ganham força em razão da forte influência dos povos indígenas e suas tradições, dado o reconhecimento de suas cosmovisões de integração entre os mundos humano e natural, que intentam na necessidade de garantir direitos subjetivos da natureza, tais quais o Buen Vivir, a Madre Tierra e a Pachamama (FAJARDO, 2011).

O Estado Plurinacional, então, na qualidade de terceiro momento de transformação dos ciclos de reformas propostas pelo movimento do constitucionalismo transformador, se desenvolve através de um processo histórico de lutas descoloniais, de revolução face a exploração e expropriação dos direitos dos povos pré-colombianos que se construiu perante o Estado-Nação.

No Brasil, evidencia-se o modelo proposto no primeiro ciclo de transformações, o multiculturalismo, onde, constitucionalmente, se reconhecem a cultura e a linguagem dos povos indígenas. Essa conquista de direitos de ordem plural é um marco adquirido com a outorga da Constituição Federal de 1988.

Assim, apesar de o Estado garantir, constitucionalmente, os direitos à diversidade e à expressão cultural dos povos indígenas quando trata de terras ainda mantém suas decisões políticas e jurídicas suportadas por interesses capitalistas.

3.1 ESTADO NACIONAL: HOMOGENEIZAÇÃO E EXCLUSÃO DE INDIVÍDUOS

O Estado Nação surge à partir da centralização política e administrativa do poder, pela necessidade de ampliação de mercado e pela propulsão economicista originada com o capitalismo, levando à criação das cidades e o surgimento da classe burguesa que trazem consigo a necessidade de mudança nos moldes da sociedade e do Estado em si.

Falando da América Latina e do Brasil, mais especificamente, esse modelo estatal já aparece com vícios existenciais. Vícios que se podem observar à partir da própria conceituação de nação. É que não há concordância sequer no que se pretende dizer com tal vocábulo, que parece ser interpretado por diversas vezes como esse conceito de similitudes linguísticas, raciais, epistêmicas e comportamentais, o que Benedict Anderson (2000) chamou de um “conceito imaginado”.

Nação poderá adquirir um conceito diferenciado à partir do referencial que se adota. Rosane Lacerda (2014) faz, em sua tese de doutorado, um compilado de interpretações para a palavra, se utilizando das lições de Marx, Hobsbawm, Bauer, Stalin e o próprio Benedict Anderson que aqui se traz. Segundo a autora o que se pode apreender é que, independente da interpretação semântica que se concede há uma unanimidade em dizer da “força emocional” que o nacionalismo precede (LACERDA, 2014, p. 34).

O Estado Nacional quer, ou pretende, uma homogeneidade de corpos, de ideias, de tradições, de jurisdições, excluindo tudo aquilo que diverge, segundo Rosane Lacerda (2014, p.28) “[...] consolidando o processo de invisibilidade jurídica, política, epistêmica das populações indígenas que continuaram então a ser tratadas sob o manto das relações de colonialidade”.

Viu-se, no primeiro capítulo, que em razão de justificar as expansões de fronteiras do estado brasileiro Vargas se utilizou do sentido de nação em sua forma mais emotivamente carregada, a nacionalidade, com os sentimentos de solidariedade para com aquele que pertence ao mesmo grupo, ao mesmo país, que divide a mesma língua, os mesmos símbolos, a mesma bandeira, a mesma terra, e as mesmas paixões.

Este sentimento que se pretendia despertar na campanha varguista casava com o ideal integracionista impregnado pela legislação indígena. Os povos indígenas deveriam se integrar à nação brasileira, adotando a homogeneidade de sua cultura, abdicando das tradições de seus antepassados e de seus direitos originários sobre a terra.

O sentimento de ser e pertencer ao nacional foi a vestimenta mais utilizada para justificar o integracionismo dos povos indígenas, juntamente com as demais populações tradicionais, no Brasil. Assim, a exemplo da era Vargas, que adotava a nação e o nacionalismo como slogan de campanha, outros governos também se aproveitaram do conceito para dar continuidade ao processo colonial de extinção dos povos indígenas e espoliação de seus territórios.

Para José Luiz Quadro de Magalhães (2010) a exclusão de alguns grupos étnicos e culturais (importante lembrar que no Estado-Nação as etnias diferenciadas não são as únicas a serem marginalizadas), como povos indígenas, quilombolas, camponeses e operários, se dá em razão de uma unicidade comportamental e valorativa presente neste modelo estatal. O autor acredita que essa uniformização está presente, principalmente, nas noções de propriedade e de família, reduzindo o indivíduo marginalizado a uma condição impeditiva de “alienação” onde é certo “[...] o acultramento e perda de raízes, ou então a miséria, os presídios ou ainda os manicômios” (MAGALHÃES, 2010, p.53).

Para Magalhães (2008), os Estados nacionais se edificaram solidamente com base nos interesses de uma minoria populacional, em geral, das minorias detentoras do poder econômico. Assim, a elite dos países latino-americanos foi quem deu forma a esse tipo de Estado, com isso, o modelo que se construiu excluiu todas as etnias específicas e, diversas, da possibilidade de tomar decisões e, excluiu-as também da garantia de efetivação de direitos e de uma possível visibilidade. Conforme o autor:

Na América Latina os Estados nacionais se formaram pelos e para os descendentes dos invasores europeus, a partir das lutas pela independência no decorrer do século XIX. Um fator comum nestes Estados é o fato de que, quase invariavelmente, foram Estados construídos para uma parcela minoritária da população, onde não interessava para as elites econômicas e militares, que a maior parte da população se sentisse integrante, se sentisse parte de Estado. Desta forma, **em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos) assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer idéia de nacionalidade.** O direito não era para estas maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais (MAGALHÃES, 2018, p.206) (grifos nosso).

Ocorre que, na própria formação dos Estados nacionais latino-americanos, segundo Carlos Frederico Marés (2008), observa-se a participação dos povos indígenas, pois, os processos de independência desses países contaram com a luta e com a mão de obra dos povos originários, inclusive, dos índios. Apesar dessa contribuição com a construção das nações independentes das Américas, “[...] os Estados latino-americanos ao se constituírem esqueceram seus povos indígenas” (MARÉS, 2008, p.29). Quer isso dizer que, mesmo enquanto colaboradores, mesmo aqueles que pacificamente aceitaram a colonização e o próprio projeto civilizatório imposto pela Europa, tiveram seus direitos negados.

A exclusão dos povos indígenas e o não reconhecimento de seus direitos se explica pela análise do modelo cultural predominante dos Estados Nacionais, neste tipo estatal o individualismo, as singularidades, o liberalismo econômico e o gozo das propriedades privadas são marcantes, enquanto a coletividade é excluída do pensar e, portanto, ignorada pelos regimes de direito (MARÉS, 2008).

Como observamos no modelo jurídico integracionista que se manteve no Brasil, se considerado enquanto parte do Estado Nacional, enquanto cidadão nacional, o índio poderia ter seus direitos individuais reconhecidos, já na condição de índio, ainda pertencente a seu povo e às suas tradições não poderia, pois a coletividade que requisita direitos não é admitida neste modelo estatal nacionalista (MARÉS, 2008).

Essa característica de integrar é própria dos Estados nacionais, unitários, com jurisdições únicas, direitos únicos, e pretensos também à unicidade nacional. São sociedades que se pretendem assemelhar, que se fundamentam na ideia falaciosa de igualdade ao mesmo tempo em que reprimem o outro em razão de suas diferenças. No caso da América-latina e do Brasil, os povos indígenas se submetem às imposições da racionalidade ocidental que se reveste de uma pseudo progressão civilizatória (MARÉS, 2008).

O absorver todos os povos aculturando-os para a formação de uma nação unitária fez-se de maneira, por vezes, violenta e, tomou sempre por base o pensamento e a civilização européia. Ou seja mesmo em países de maioria indígena o eurocentrismo se manteve dominante e a nação se formulou em torno de modos de ser, fazer, viver e conhecer apropriados do mundo ocidental, em sua maior parte não condizentes com a cultura e as tradições dos povos originários (MARÉS, 2008)

O direito que acompanha este modelo estatal é também dotado de características individualistas, que beneficiam os direitos privados, que os preferem aos da coletividade, sendo inclusive tolhidos da consideração de direitos coletivos³⁷, nascendo o binômio privado-público. O que não é de um indivíduo deverá se compreender então como do Estado e, nunca a um grupo, a um povo, a uma coletividade.

³⁷ Quanto aos direitos da coletividade reclamados pelos povos indígenas ressalta-se sua diferença em relação aos direitos coletivos como se entendem na racionalidade ocidental. Se os direitos coletivos para a sociedade moderna se consagram são com o objetivo final individualizado, ou seja, a titularidade dos direitos, mesmo que coletivamente concedidos, será individual. Já os direitos coletivos dos povos indígenas, que incluem o direito à natureza e ao espaço territorial, são de fato coletivos em sua essência, pois sua titularidade não se pretende individualizar (GOMEZ, 2010).

Um sistema jurídico que se pretende uno e regido por um Estado impessoal e poderoso não podia fazer melhor do que os conquistadores portugueses e espanhóis. **A nova sociedade tirou dos indígenas tudo o que eles tinham, especialmente a sua identidade, para lhes oferecer uma integração** que nem mesmo os brancos pobres, embebidos pela cultura burguesa logram conseguir. Os colonialistas roubavam o ouro, a madeira, a vida dos indígenas, dizendo que queriam purificar sua alma; os Estados burgueses exigiram sua alma, não para entregar a um deus, mas para igualá-la a de todos os pobres e, então, despojados de vontade, apropriar-se de seus bens. De fato, o Estado procurou organizar um sistema jurídico abrangente, único, universal, suficientemente abstrato para que pudesse alcançar todas as situações. Dividiu os direitos em individuais por um lado e de todos, por outro. Organizou aqueles de forma detalhada e o chamou de Direito privado. Todo o resto enquadrou como sendo Direito do próprio Estado e chamou de Direito público (MARÉS, 2008, p.31-32). (grifo nosso)

As relações nacionalistas se constroem sobre dois pólos, o homem - cidadão e o poder público - Estado (SOARES, 2008). Nada se constitui entre eles, aquilo que é de um indivíduo, unicamente, é regulamentado pelos preceitos do direito privado, e aquilo que não couber nessa conceituação individualista deverá, necessariamente, incorporar os bens do Estado, sendo regulamentado pelo direito público - englobando, portanto, nesta idéia todos os bens que se pretenderem coletivos - inclusive as terras indígenas.

O modelo que se constrói sobre as bases do capitalismo, respondendo aos ideias burgueses individuais é, assim, um modelo que tem predileção pela propriedade com intenções de lucro. A exigência primeira é que algum retorno financeiro - ou percepção de outros tipos de vantagens - se possa apreender à partir da dominação do espaço territorial, razão pela qual se rechaça o modelo de propriedade coletiva dos povos indígenas, mesmo que compreendidas enquanto terras do Estado (pois sua situação jurídica não se visualiza na dicotomia público/privado deste momento histórico/jurídico) (MARÉS, 2008).

As implicações do modelo estatal nacionalista no direito territorial indígena revelam um reflexo da dicotomia nascente. As terras habitadas por povos indígenas não se poderiam considerar de propriedade privada, uma vez que pertenciam a todo um povo e não apenas a um indivíduo, bem como a própria legislação brasileira exigia a necessidade de integração do índio para considerá-lo apto ao recebimento de seus direitos. Tampouco se poderiam considerar de propriedade coletiva, pois a dicotomia imposta não abarcava tal possibilidade. Assim as terras permaneceriam sobre a titularidade do poder público (MARÉS, 2008).

Nesta dicotomia público/privado, os Direitos territoriais dos povos indígenas ficam no meio, e por ser uma dicotomia, excluídos. Evidentemente que as terras indígenas

não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinadas a um fim estatal, nem a um uso público em geral. Muito menos são privadas, porque não há sobre elas um ou muitos titulares de Direitos definidos. Sobre ela não incidem nem podem incidir, os institutos clássicos de Direito privado, como a compra e venda, sucessão hereditária, prescrição, registro, etc.

Não sendo públicos nem privados esses bens ficaram numa espécie de limbo jurídico. Algumas legislações latino-americanas se referiam de forma mais ou menos envergonhadas às terras indígenas, excluindo-as, sem o dizer, da dicotomia, como a Lei de Terras de 1850, no Brasil e o sistema de resguardos colombianos. Tanto a lei colombiana como a brasileira entregam ao Estado a possibilidade de reservar terras para os povos indígenas, assumindo no Brasil uma figura nova e pouco desenvolvida e menos aplicada, que deu margem a que os juristas da época chamassem de indigenato (MARÉS, 2008, p.33-34).

Neste trabalho a todo o tempo pretende-se demonstrar a incompatibilidade dos modos de apropriação da terra em modelos capitalistas que primam pelo individualismo, como o adotado pelo Estado Nacional, com os modos de aproximação da terra adotados pelos povos indígenas, para os quais a propriedade tem um caráter coletivo, e a natureza é ela própria um sujeito a ser respeitado e protegido.

Os paradoxos do modelo estatal são seguidos pela legislação. Como visto, o mesmo Estado e a mesma legislação que pretendem proteger os territórios indígenas, que conferem originalidade à seus direitos e mecanismos de proteção também impetram uma necessidade de integração que é quase sempre acompanhada de um projeto de aculturação ou aniquilação étnica e espoliação espaço-territorial.

Marés chama atenção para o fato de que não somente o direito interno brasileiro cuida das questões territoriais de maneira à privilegiar a propriedade privada, o direito internacional público também encara a questão de maneira delimitativa. Em um plano internacional não se encaram os povos indígenas enquanto independentes, do mesmo modo, seus territórios só encontram legitimação se analisados sob a tutela de um Estado reconhecido. Na perspectiva do Estado Nação conceder aos povos indígenas seu território próprio com regramento e jurisdição próprios, seria como compreender uma nação dentro de outra nação, assim o autor entende que os direitos coletivos que se concedem nem chegam a ser direitos públicos, são, na verdade, “não-direito, um interesse político” (MARÉS, 2008, p.36).

Resta dizer que o Estado liberal-burguês, nacionalista, moderno imperiosamente dominou a construção do Direito limitando-o aos pólos privado e estatal. E, de tal maneira, condicionou as formas de luta por emancipação, tornando ilegítimos, sob a perspectiva jurídico-política, todos os processos de reivindicação de direitos que não correspondam ao da elite dominadora.

Essa concessão de direitos escolhidos à partir de um rol eurocêntrico exclui possibilidades jurídicas da cultura indígena, exclui sua construção de mundo, sua luta, seu sentimento de pertença junto ao território ocupado e seus métodos de utilizá-lo. À partir de um modelo criado para beneficiar minorias possuidoras de poder econômico relevantemente considerado criam-se normas que não levam em consideração as necessidades dos povos indígenas, nem sequer suas escolhas de pertencer ou não à este Estado, a esta nação.

Garabombo ³⁸, acabam sendo todos os povos indígenas. Marginalizados, invisibilizados por um sistema que se quer homogeneizador, que pretende igualar toda uma sociedade composta por desiguais, social e economicamente. Garabombos que quando inseridos ou “integrados” às nações latino-americanas perdem seu direito coletivo à terra, são preteridos ao interesse privado de um latifundiário ou qualquer outro proprietário que tenha mais poder junto ao mercado do capital.

No Estado moderno não se é possível compreender mais de uma visão de mundo, a perspectiva eurocêntrica e as cosmovisões indígenas não podem coexistir, a todo o tempo tenta-se superar a pluralidade e a alteridade para dar lugar ao modelo homogêneo e hegemônico de estado, de poder, de pessoas, de religião, de mercado, epistêmico.

As limitações do Estado Nacional e a necessidade de se romper com esse modelo excludente não se dão em função de seu caráter mercadológico ou de seus interesses liberais somente. Segundo Marés (2008), a condicionante que requer a refundação estatal é a falta de abrangência de outras maneiras de se conhecer e de interagir com o mundo. A refundação se dá pela necessidade de abranger um mundo mais plural, com respeito à diversidade que se manifesta, atendendo à um processo histórico de lutas pela alteridade.

3.2 ESTADO PLURINACIONAL: COMO GARANTIR DIREITOS QUE CONTEMPLAM AS DIVERSAS ESPECIFICIDADES E IDENTIDADES COEXISTENTES NO BRASIL

³⁸ Garabombo - da obra de Manuel Scorza “Garabombo, o invisível” sobre a luta pela visibilidade dos povos indígenas do Peru, como o momento pós-colonial lhes impõe um tratamento marginal e, de que maneira a luta pelo reconhecimento e pelo território - Cerro de Pasco - ocorre. A obra é baseada na vivência do próprio autor, sendo, inclusive, o personagem principal inspirado em um índio por ele conhecido.

Na América Latina as revoluções políticas, jurídicas e constitucionais mais significativas, que foram capazes de romper com as raízes do Estado Nacional se deram na Bolívia e no Equador, onde ocorreu a instauração de um constitucionalismo plural mais democrático e popular, capaz de compreender e atender as diversas demandas sociais dos diversos povos marginalizados ao longo de sua história (FAJARDO, 2011).

Essas revoluções são um embate à globalização e a tendência à economia capitalista que funcionam como catalisadores de um Estado tendente a padronizar valores e excluir especificidades. Nos Estados modernos, onde a representação política se limita à uma minoria detentora de poder, tende-se a padronizar a cultura do povo, subalternizando quaisquer posturas culturais que se mostrem fora do padrão hegemônico (MAGALHÃES, 2012).

O modelo Estado-Nação, característico da modernidade, está modelado, então, por um povo uniforme, onde a representatividade se estabelece entre uma minoria privilegiada pelo poder, seja ele econômico, social, político, religioso, epistemológico ou sexual. Os povos indígenas, neste Estado não possuem representação e, desta maneira não possuem direito à existência, à cultura, ao saber, à continuidade de suas tradições, à identidade e, tampouco à terra.

Rosane Lacerda conclui que os povos indígenas são tratados como estrangeiros em seu próprio país, pois têm a eles impostos costumes que não lhes são comuns:

É neste espaço de exclusão e desrespeito, da invisibilidade dessa diferença radical, que se dá o sentimento, terrível de se ser estrangeiro no próprio país. Im sentimento que o Manifesto de Tiwanaku afirma a cada momento em que denuncia a rejeição contínua, persistente, pelo Estado Nacional, dos valores, perspectivas, formas organizativas, modos de ver, sentir, e viver próprios dos povos indígenas. Ao se constituir *criollo* e se projetar branco-mestiço, o Estado fechou as portas aos indígenas, colocando-os na condição de estrangeiros (LACERDA, 2014, p.116).
(grifo nosso)

O Estado Plurinacional inova, justamente, por seu perfil democrático, mais abrangente, mais participativo, por sua abertura ao diálogo e pela não predominância de poderes hegemônicos. Todas as vozes têm seu espaço nesse modelo estatal, há uma quebra com o Estado nacional constitucional que não representava grupos alheios ao padrão, que tinha por característica a exclusão dos povos não uniformizados (ALMEIDA, 2008).

Neste processo de refundação do Estado, as lutas dos povos indígenas não são em função da terra pela terra, mas por um território, um lugar onde se faz a vida. Ileana Almeida

afirma que esses povos lutam por um direito histórico, *“no se toma en cuenta que los grupos étnicos no luchan simplemente por parcelas de tierras cultivables, sino por un derecho histórico. Por lo mismo se defienden las tierras comunales y se trata de preservar las zonas de significado ecológico-cultural”*³⁹ (ALMEIDA, 2008, p.19).

A discussão deste ponto centra-se, então, nos entraves postos pela imposição do Estado Nacional, de conformação tipicamente eurocentrada, construído nos moldes do modelo liberal de pensar e viver. Em contraposição a este Estado veremos a proposta de um Estado plurinacional, capaz de abarcar diversas culturas e diversas etnias, propondo um diálogo epistemológico e jurídico que legitime as especificidades e a diversidade.

Sobre a refundação do Estado Nacional para a construção de um Estado plurinacional, Boaventura de Sousa Santos (2010, p.27) explica que há uma mudança de horizontes, que passamos a falar de “nações étnico-culturais de pertencimento, de cultura, de memória, de língua” e que essas nações se conectam aos territórios, espaços dotados de uma espiritualidade própria. Assim, o Estado passa a abrigar povos, coletividades, nações, novos sujeitos de direito.

A refundação estatal compreende um processo democrático de construções identitárias que se baseiam em conceitos plurais e rompem com as imposições e dominações das forças hegemônicas de poder da modernidade, por essa razão, segundo Magalhães, é necessário construir um outro fator de reconhecimento entre os diversos povos para que se confira legitimidade ao poder estatal:

A partir da constitucionalização e sua lenta democratização (em geral, ainda de bases liberais meramente representativas) não se poderia mais admitir a construção da identidade nacional com base em uma única religião que uniformizasse o comportamento no plano econômico (direito de propriedade) e no plano familiar. Tornou-se necessário construir uma outra justificativa e um outro fator agregador que permitisse que os diversos grupos sociais presentes no Estado moderno pudessem se reconhecer e a partir daí reconhecer o poder do Estado como legítimo (MAGALHÃES, 2008, p.207).

Ressalta-se que a pluralidade do Estado não é uma novidade, antes é uma construção histórica do pós guerra, uma reestruturação do mundo como o conhecíamos. O que antes se

³⁹ “Não se leva em conta que os grupos étnicos não estão lutando apenas por lotes de terra cultivável , mas por um direito histórico. Portanto é necessário as defender terras comunais e tentar preservar áreas de importância ecológica e cultural” (tradução livre da autora)

desenhava em uma relação simples entre Estado e indivíduo transformou-se em um relacionamento entre três sujeitos, Estado, grupos mediadores e indivíduos. Essa conformação é o precedente do modelo estatal que vem surgindo na América Latina.

Assim como as conquistas legislativas, essa refundação dos estados que se tem dado na América Latina também é um reflexo do processo histórico de lutas dos povos indígenas. Seu constante inconformismo ante a situação de exclusão a que foram submetidos, durante a colonização e sucessivamente à ela o império e a república, tornou possível sua aparição aos olhos do mundo. Rosane Lacerda (2014, p.106) assevera que “[...] estes movimentos tem reclamado que as exigências e limites estruturais do modelo político-administrativo hegemônico de Estado não corresponderam às expectativas de respeito às suas instituições e práticas políticas tradicionais”.

Essa não correspondência de expectativas de respeito às tradições e instituições é fruto das políticas de integração, assimilação e aculturação. O direito de ser nacional é a falta do direito de se auto-reconhecer enquanto índio. A tutela das terras indígenas enquanto modelo de proteção das mesmas é a pontuação da falta de capacidade dos povos para auto-gerir seus territórios. Parece, portanto, que o que os movimentos de luta indígena pontuam é o quanto é preciso deixar de limitar e maquiagem a concessão dos direitos de seus povos, o quão necessário é não flexibilizar sua participação no quadro de decisões políticas e administrativas.

A crise de representatividade, de saber do direito e do não-direito, dos paradoxos legislativos, de uma sociedade excludente, geram a necessidade de se reinventar, de se re-escrever o Estado e, com ele, o Direito. Essa re-invenção deverá ser acompanhada de perspectivas plurais, de um resgate dos povos marginalizados, para que o novo modelo estatal e a nova esfera jurídica abarquem intenções e precisões da sociedade como um todo, em toda sua alteridade, em toda sua diversidade.

Esse caminho de resgate cultural dos povos indígenas na América Latina e no Brasil, que se suporta nas lutas por emancipação, é responsável pelo início de um processo de constitucionalização de direitos plurais, que reconhece a diversidade e cria condições de existência contígua para liberdades, prerrogativas, modos de vida e até jurisdições diferenciadas.

Sobre essa refundação dos estados latino-americanos, em um primeiro instante podemos observar que a sociedade deixa de se estruturar de acordo com a política para a

ocorrência do oposto, é o Estado em todas as suas ramificações que deve estar em consenso com a sociedade de natureza pluralista (SANTOS, 2010).

O primeiro paradigma que se quebra, então, com o surgimento da ideia de Estado plural é o de que os diversos grupos sociais não podem contribuir para as decisões políticas. Um novo olhar sobre a organização destes Estados indicará que esses grupos diferenciados desempenham funções indispensáveis ao andamento da política e, construção de uma democracia, de fato.

Este Estado refundado nascerá na América Latina de um constitucionalismo transformador, do tipo insurgente que irá negar a nação pré instituída, que é formada por diferentes etnias mas pretende absorvê-las todas em uma única, para ceder lugar a uma idéia multicultural, que abarca a pluralidade étnica e, assim, a pluralidade epistemológica e, pluralidade jurisdicional (SANTOS, 2014).

Gerardo Pisarello traça os principais elementos norteadores deste constitucionalismo transformador latino-americano, atentando para a delimitação do conteúdo das Constituições à partir de bases normativas encontradas no direito internacional dos direitos humanos e no reconhecimento de direitos individuais e coletivos à novos sujeitos:

a) el reconocimiento individual y colectivo de un vasto elenco de derechos, no sólo civiles y políticos, sino también sociales, culturales y ambientales; b) la delimitación de su contenido a partir de los estándares más avanzados del derecho internacional de los derechos humanos; c) el perfeccionamiento del sistema de garantías de dichos derechos, incluidas las jurisdiccionales; d) la previsión de nuevos instrumentos de participación, tanto en las instituciones como fuera de ellas, en la vida económica y comunitaria; e) la consagración de instrumentos de control público (estatal y/o social) de recursos productivos, financieros y energéticos clave; f) el reforzamiento de la unidad latino-americana y de la autonomía en las relaciones internacionales como elemento de garantía del contenido global de la constitución⁴⁰ (PISARELLO, 2009, p.2) (grifo nosso).

A proposta de um Estado Plurinacional, fundamentado em um Estado de Direito Constitucional (neste novo constitucionalismo latino-americano), supera um paradigma de

⁴⁰ “a) o reconhecimento individual e coletivo de uma vasta gama de direitos, não só civis e político, mas também sociais, culturais e ambientais; b) a definição de seu conteúdo a partir dos mais altos padrões do direito internacional dos direitos humanos; c) a melhoria do sistema de garantias de tais direitos, incluindo o jurisdicional; d) a previsão de novos instrumentos de participação, tanto nas instituições e fora delas, na vida econômica e comunidade; e) a consagração de instrumentos de controle público (estadual e / ou social) dos recursos produtivos, e de energia; f) o fortalecimento da unidade da América Latina e autonomia nas relações internacionais como um elemento de garantia de que o conteúdo geral da constituição” (tradução livre da autora)

séculos de invisibilidade e genocídio dos povos indígenas latino americanos, não pretende assimilá-los ou integrá-los ao modelo de sociedade proposto pelo Ocidente, pretende sim fazer ressurgir sua cultura, resgatar suas tradições e garantir a elas um lugar de direito.

Raquel Yrigoyen Fajardo (2011) acredita que a história constitucional, que se entrelaça à história indígena, está dividida em três etapas distintas, a primeira etapa correlata ao constitucionalismo liberal do século XIX, que sob a influência ideológica do século XVI de que os povos indígenas seriam naturalmente inferiores, pretendia a construção de um Estado-nação⁴¹ marcado pela subordinação e “domesticação” do índio, já a segunda etapa faria alusão ao constitucionalismo social de integração do século XX para o qual os povos indígenas deveriam ser integrados ao Estado nacional permanecendo sob sua tutela e, por fim, em uma terceira etapa, do constitucionalismo pluralista do século XXI e, portanto, na atualidade, em razão das demandas plurinacionais surge a necessidade de se realizar reformas normativas que estejam conectadas ao multiculturalismo.

Las Constituciones del siglo XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad. La Constitución de Bolivia busca traducir esos principios en consecuencias institucionales estableciendo la paridad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece la paridad de representantes de la jurisdicción indígena y la ordinaria en la conformación del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, las resistencias conservadoras a las que fueron sometidos los procesos de aprobación constitucional introdujeron una serie de limitantes que ahora conviven con las formulaciones pluralistas en el seno mismo del texto constitucional. Más limitantes aún aparecen en la elaboración legislativa⁴² (FAJARDO, 2011, p.149-150).

⁴¹ Como já visto, um estado marcado pela monoculturalidade, dotado de um único povo com uma só cultura, uma só língua oficial e apenas uma religião. Nesse modelo de Estado não só predomina o não reconhecimento das especificidades, mas também é negada a jurisdição própria de cada povo (FAJARDO, 2004, p.35).

⁴² “As Constituições do século XXI se inscrevem em um projeto de descolonização e afirmam o princípio do pluralismo jurídico, igualdade de povos e culturas, e multiculturalismo. A Constituição da Bolívia procura traduzir esses princípios em consequências institucionais, estabelecendo a paridade entre jurisdição indígena e comum. Por exemplo, a Constituição da Bolívia estabelece representantes de paridade de jurisdição indígena e comum na formação do Judiciário e do Tribunal Constitucional. No entanto, a resistência conservadora que passou por processos de aprovação constitucionais introduziu uma série de limitações que agora convivem com as formulações plurais dentro do próprio texto constitucional. Mais limitações ainda aparecem na razão legislativavolvimento” (tradução livre da autora)

De acordo com a autora esse constitucionalismo plural, transformador ou, de reforma seria também fracionado em etapas, ou ciclos representativos do projeto de descolonização. As questões centrais que se manifestam nestes ciclos refletem o ato de resistir dos povos indígenas na América Latina (FAJARDO, 2011).

O ciclo inicial, do qual o Brasil figura como representante, é chamado multiculturalismo, e se caracteriza pelo reconhecimento formal de direitos à identidade e à manutenção da cultura dos povos indígenas. Reconhecer a existência de determinados grupos étnicos e suas línguas e tradições é a marca deste ciclo, contudo, o pluralismo não chega a ser claramente reconhecido nas constituições que com ele se correspondem⁴³ (FAJARDO, 2011).

O chamado constitucionalismo pluricultural, figura como segunda fase cíclica do movimento de reformas, tem sua fase compreendida entre 1989 e 2005 e é marcado pela afirmação de direitos identitários individuais e coletivos, bem como pela garantia à diversidade cultural. É durante esse período que as constituições passam a trabalhar as idéias de nação multicultural e de Estado pluricultural. Nas entranhas deste segundo ciclo destaca-se o reconhecimento do pluralismo jurídico, muito em razão da influência exercida pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. As constituições que representam o constitucionalismo pluricultural⁴⁴ possuem como principais características a assimilação de valores e costumes dos povos indígenas junto à legislação estatal. (FAJARDO, 2011).

O terceiro ciclo que, segundo Fajardo (2011), encerraria as fases de reforma constitucional denomina-se constitucionalismo plurinacional, e passa a ter maior expressão no ano de 2006 quando da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Este ciclo é marcado pelo reconhecimento da autonomia, do autogoverno e das cosmovisões dos povos indígenas, em especial pela assunção da natureza enquanto sujeito de direitos (figuras paradigmáticas da *Madre Tierra*, da *Pachamama* e do *Buen Vivir* delimitadas no primeiro capítulo). As constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009 figuram como protagonistas desta fase de transformações, principalmente por seu caráter descolonial que abre espaço para as visões de mundo dos povos indígenas.

⁴³ Canadá 1982, Guatemala 1985, Nicaragua 1987 e, como já dito, o Brasil de 1988 são exemplos de constituições representativas do multiculturalismo.

⁴⁴ Colômbia 1991, México 1992, Paraguai 1992, Peru 1993, Bolívia 1994, Argentina 1994, Equador 1996 e 1998 respectivamente e, Venezuela 1999 são as representantes do constitucionalismo pluricultural.

As propostas de fato de refundação do Estado e descolonização se encontram neste terceiro ciclo de reformas, onde as ideologias, os interesses e a filosofia de vida dos povos indígenas recebe um tratamento de direitos fundamentais, à partir de uma lógica de direitos humanos que se vêm firmando em tratados e convenções como a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas em conjunto com o projeto de resistência aprestado pelos grupos subalternizados e marginalizados da América Latina (FAJARDO, 2011).

De acordo com estas etapas, definidas pela autora, o constitucionalismo latino-americano seria bem delimitado em meados de 1990, com as Constituições de Equador e Peru e, mais tarde com a promulgação da constituição boliviana, de 2009. Em comum, essas constituições teriam a intenção de re-fundar seus Estados sob o baluarte do mundo plural, institucionalizando essa pluralidade de valores, costumes, línguas, simbologias, rituais, enfim, de modos de vida (FAJARDO, 2014).

Os movimentos dos povos indígenas da Bolívia e do Equador parecem ser os representantes mais significativos da busca pelo caráter plurinacional dos estados latino-americanos, pois rompem com regimes ditatoriais em sua luta por reconhecimento enquanto povos diferenciados, pela aceitação de seu complexo modo de ser e viver, e pela devolução de seus territórios. Para Rosane Lacerda (2014) esses movimentos são de fundamental importância para que se crie uma “condição” de estado plural.

Os movimentos indígenas no Equador e na Bolívia iniciam sua trajetória de busca pelo reconhecimento políticos jurídico do caráter plurinacional dos respectivos Estados. Esta pluri-nacionalidade refletiria, no caso do Equador, a existência de múltiplas “nacionalidades” na base territorial daquele estado e, no caso da Bolívia, a existência de diversas “nações”. A proposta significaria a autoconsciência das coletividades indígenas enquanto nacionalidades ou enquanto nações. Por comportar e expressar tal realidade, os Estados teriam, portanto, que assumir sua condição como “plurinacionais” (LACERDA, 2014, p.128).

A representação da coletividade é indispensável nos processos de constitucionalização, visto ser essa uma das ferramentas opositoras do sistema liberal individualista que se propõe a romper.

Os povos indígenas, nesta linha de pensamento, enquanto sujeitos coletivos, se colocam à par da antiga dicotomia proposta pelo modelo de estado moderno, não requerem direitos individuais mas, ao mesmo tempo, lutam para que seus direitos não permaneçam sob a

tutela do Estado. Aliás os conceitos de direito e de subjetividade para os povos indígenas nem se podem analisar sob a perspectiva epistêmica ocidental. Como admitir que a natureza possa ser apropriada para uso individual se nos foi concedido à todos o contato com ela?, como é possível desrespeitar a natureza que é também um ser, contínuo ou igual ao próprio humano?. São perguntas que posso imaginar seriam postas por um Guarani, que acredita ser o rio um seu irmão, ou por um Ticuna que crê ter sido criado à partir da evolução das árvores. São essas perguntas - aqui imaginadas -, dentre tantas outras, que fazem com que se acredite que não é possível associar a racionalidade ocidental à racionalidade indígena, não por uma temática progressista como ao longo do anos se vem propondo, mas por uma questão diferencial; uma não é melhor que a outra, são tão somente diferentes.

De acordo com Antônio Carlos Wolkmer, é através de uma força indiscutível que os povos indígenas atuam de forma a romper com os paradigmas do estado moderno e criar novas plataformas de pensamento que fundamentam mudanças políticas diversas e um novo modelo de estado, mais abrangente e mais democrático. Para o autor as transformações constitucionais não são as únicas consequências postas pelos processos de luta na América Latina, mas o surgimento de novos sujeitos de direito.

Parece evidente que as mudanças políticas e os novos processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendraram não só novas constituições que materializaram novos atores sociais, realidades plurais e práticas desafiadoras, mas, igualmente, propõem, diante da diversidade de culturas minoritárias e da força incontestável dos povos indígenas do Continente, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se Constitucionalismo Pluralista Intercultural (compreendendo, aqui, as expressões que já vêm sendo utilizadas: constitucionalismo andino ou indígena) (WOLKMER, 2010, p.154).

Esse novo constitucionalismo é então base, como já dito, de uma nova proposta de Estado, tendente à aceitar e a proteger às diversidades culturais e as necessidades peculiares de cada novo sujeito⁴⁵ adquirente de direitos. Na prática o movimento não tem logrado o êxito que pretendia, pois não são todos os países da América Latina que abdicaram de suas políticas

⁴⁵ Novos sujeitos não porque surgiram com o Estado plural, novos porque a pluralidade institucionalizada que a reforma estatal organizou lhes cedeu um lugar de reconhecimento, lhes deu visibilidade e, portanto, transformou-os em sujeitos de direito, perceptíveis para o mundo sócio-jurídico.

liberais para conceder direitos aos novos sujeitos incorporados pelas transformações constitucionais.

O Brasil é exemplo de um país que não tem apresentado resposta totalmente positiva à abrangência do modelo plural de Estado, pois, apesar de consagrar direitos de povos tradicionais, dentre eles os povos indígenas, ainda revela uma legislação extremamente paradoxal em relação aos direitos humanos internacionalmente estabelecidos - e nacionalmente adotados - e uma prática jurídica que prefere a propriedade privada com fins de mercado à propriedade coletiva garantida pelos diplomas internacionais e pela própria Constituição Federal de 1988.

Fajardo (2014), já frisava que o Brasil encontra-se na fase de transformações constitucionais chamada de multiculturalismo que, formalmente reconhece direitos plurais identitários e culturais. Não se tem ainda uma noção específica de garantia dos direitos individuais e coletivos das diversas populações, não há um relacionamento entre a pluralidade de culturas, e quando em colisão os direitos patrimoniais individuais se sobrepõem aos direitos coletivos dos povos indígenas.

Catherine Walsh (2009) explica que diferente do pluralismo, no multiculturalismo acredita-se que, apesar da convivência entre diversas culturas acontecer naturalmente, mesmo com o reconhecimento de direitos, não se pode negar a supremacia de alguns projetos culturais. Neste caso a colonialidade se mantém acentuando a subalternização e marginalização dos grupos historicamente marginalizados.

Apesar de inseridos em um contexto de transformações, os países latino-americanos ainda baseiam suas decisões políticas e jurídicas em expressões de interesse capitalista, compactuando com as vontades do grupo hegemônico que se mantém no poder e, sob a influência epistêmica e mercadológica do eurocentrismo e dos interesses despertados na modernidade (WOLKMER, 2010).

Isso se deve ao fato de que, na prática, os processos de resistência contra hegemônicos ainda encontram tensões quanto à sua aplicabilidade, romper com o paradigma normativo histórico de dominação e subalternização é trabalho que requer uma luta diária, de afirmação da diversidade e de negação do discurso colonial que resume a questão do poder em classificações falaciosas de superioridade ou inferioridade baseadas em conceitos biológicos e sociais.

Reagindo à lógica colonial interna predominante na América Latina, o novo constitucionalismo surge enquanto catalisador da resistência dos povos originários. Uma conquista inicial na tentativa de encontrar espaços de fala que garantam a defesa de interesses contra-hegemônicos rompendo com práticas de dominação e exploração do homem pelo homem.

A alteridade surge enquanto necessidade no continente latino-americano, o respeito e imposição de especificidades e diversidades é uma consequência de demandas históricas por um local de direito à voz, à tomada de decisões, à visibilidade. E essas necessidades fazem parte da estrutura que organiza o Estado Plurinacional, que se deve encontrar fundamentado por uma Constituição plural (SANCHEZ-RUBIO, 2011).

Na América Latina a experiência tem demonstrado que o constitucionalismo do tipo pluralista e insurgente funciona enquanto método mais democrático de escolha de poder e, que apreende cosmovisões diferentes, maior participação de todos os povos. No Brasil, o multiculturalismo funciona como alavanca que abre espaços para o reconhecimento das identidades étnicas, sendo, contudo, preciso que se considere sua superação, em razão de ser apenas formalmente criador de direitos e, por ainda afirmar um discurso colonial de manutenção do poder e da hegemonia sócio-política.

Faz-se necessário, portanto, aqui tecer alguns comentários sobre a aplicação paradoxal das normas constitucionais brasileiras e internacionais de Direitos Humanos às questões indígenas. Em especial sobre as questões territoriais, que são objeto deste estudo, e que se conectam à todo instante com a temática do reconhecimento à diversidade indígena e à garantia de seus direitos no campo político e jurídico no Brasil.

3.3 NO MEIO DO CAMINHO HAVIA UMA “POVO”

No presente ponto discute-se a máxima que evoluiu enquanto discurso colonial e capitalista no Brasil de que as terras indígenas se constituem em objeto impeditivo ao desenvolvimento econômico nacional.

Assim, “no meio do caminho havia uma povo”⁴⁶ é um sub-tópico crítico que demonstra a maneira como o pensamento, as necessidades e o modo de vida dos povos indígenas são subalternizados e marginalizados, a ponto de se questionar a legitimidade de seus direitos territoriais em face de alternativas desenvolvimentistas liberais.

Os povos indígenas foram tratados ao longo da história do Brasil enquanto “paralisadores do desenvolvimento econômico”. No contexto da globalização e, com ela, a célere efemeridade de relações sociais, políticas e econômicas, o mundo vem acompanhando transformações inúmeras. Essas transformações exigem um adaptar-se social que vai, por vezes, de encontro com a manutenção de práticas tradicionais dos índios. Assim a resistência, ou simples, subsistência é encarada como empecilho no caminho do progresso.

Os exemplos de embates entre a luta indígena e os representantes do modelo econômico de capital são constantes no Brasil, sobre eles sabemos antes de tudo da desvantagem em que se encontram os povos indígenas no tocante à representação política e jurídica, pois, apesar de seus direitos previstos na enigmática Constituição Federal de 1988, ainda se vêm suplantados de exercer suas tradições e dar continuidade em sua vida por usurpações diárias, principalmente quanto à seu espaço de vida, seu território.

No segundo capítulo deste trabalho, a despeito de tratar a teoria do fato indígena em contraposição à teoria do indigenato, tecemos algumas considerações sobre o caso Raposa Serra do Sol, terra indígena situada no território de Roraima - divisa com a Venezuela. O processo de demarcação desta área se vem arrastando há algumas décadas e, causa um clamor nacional contundente. As opiniões contrárias à expulsão dos arroteiros, que há mais de décadas ocupavam a área reivindicada pelos povos indígenas, se ocupavam em dizer que “os índios já não eram como seus antepassados” ou que a “a expulsão dos não-índios implicaria na decadência econômica da área”⁴⁷; enquanto isso os defensores da causa buscavam demonstrar como os povos indígenas tiveram seus direitos negados durante todo o tempo em que a terra não esteve sob seu domínio, por razões diversas como a colonização, as medidas de aldeamento e as técnicas de integração dos índios utilizadas pela hegemonia política no Brasil. O Instituto Sócio Ambiental – ISA questiona a maneira como se excluem as noções de pertencimento e o sentimento dos povos indígenas da região.

⁴⁶ Alusão ao poema “no meio do caminho” de Carlos Drummond de Andrade.

⁴⁷ Trechos retirados do blog do jornalista Reinaldo Azevedo, site da veja online.

O tratamento do caso, frequentemente, tem ignorado os próprios índios. Embora sejam quase vinte mil naquela área, de distintos povos, falando suas próprias línguas, agrupados em quase duzentas aldeias e organizados em entidades próprias, os índios são reduzidos a peças de tabuleiro, ou simplesmente desaparecem da história, substituindo-se os seus direitos e anseios por supostos interesses de terceiros (ISA, 2015).

Embora em 2005 a demarcação estivesse, administrativamente concluída uma liminar do Supremo Tribunal Federal, em 2008, acabou por suspender a ordem para retirada policial dos arroteiros das terras indígenas. Já em 2009, o mesmo tribunal entendeu pela validade da portaria e do decreto presidencial que concediam a demarcação das terras da região.

Esse bate e rebate discursivo entre legislativo, executivo e judiciário que se movimenta à partir de duas noções opostas de propriedade é exatamente o tema de preocupação deste estudo. Os defensores da causa indígena se fundamentam na noção de territorialidades específicas que se constituem sob a análise das tradições e da cultura dos índios, enquanto os contrários à causa se baseiam na tese moderna capitalista de que a terra é um objeto de mercado e que, portanto, deve servir à fins especulativos.

No mesmo sentido são as discussões do caso “Belo Monte”⁴⁸, usina hidrelétrica em construção no estado do Pará. A usina, segundo seus projetistas teria a capacidade de fornecer 40% da energia utilizada em território nacional, além de ter potencial para ser a terceira maior hidrelétrica do mundo. Com números impressionantes para o mercado financeiro a potencial construção da usina ganhou as manchetes do Brasil e do mundo por ir de encontro à interesses de diversas populações tradicionais e, por pretender modificar de maneira incorrigível o cenário ambiental da região (BRASIL, 2009).

A obra, realizada no rio Xingu, tende a alagar uma região habitada por comunidades ribeirinhas, pequenos produtores rurais e diversas populações indígenas⁴⁹ e, atualmente está em andamento inclusive com prazo de término previsto para o ano de 2015. Mesmo em face do visível descontentamento do ministério público federal que tentou ao longo dos últimos anos

⁴⁸ Todos os dados sobre a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte são retirados da página do Ministério Público Federal - Procuradoria da República do Pará (<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2010/noticias/belo-monte-os-problemas-do-projeto-e-a-atuacao-do-mpf>) e corroborados com os dados coletados pela FUNAI em estudo direcionado para análise da viabilidade da obra (UHE Belo Monte – Componente Indígena Parecer técnico nº 21/CMAM/CGPIMA-FUNAI. Brasília: FUNAI, 2009.).

⁴⁹ Mais próximos à obra estão os territórios indígenas de Paquiçamba, Arara da Volta Grande, Trincheira Bacajá e Juruna do km 17.

diversas ações com a finalidade de interromper a obra sob as alegações de falta de tutela e proteção ambiental somada à afrontas diversas de dispositivos constitucionais. Dentre as ações um agravo instrumental junto ao IBAMA pelo motivo de não ter ouvido as populações indígenas da área afetada. O Agravo de Instrumento número 2006.01.00.017736-8/PA se fundamenta no desrespeito ao decreto lei 788 de 2005 que previa, dentre outras ações, a oitava das comunidades locais a ser realizada pelo Congresso Nacional. Como as oitavas foram realizadas pelo próprio IBAMA o agravo foi parcialmente provido, mas as obras continuaram.

O estudo realizado pela FUNAI admite a presença de povos indígenas em isolamento voluntário na área, e atenta para a possibilidade de pressões ambientais levarem à invasão das terras indígenas. Com as margens inundadas do rio Xingu ocorreria um movimento migratório das populações afetadas que, provavelmente, levaria ao choque desses migrantes com índios em isolamento.

Entretanto, como destacado no EIA, após 20 anos do início destas explorações, a degradação ambiental resultante da associação entre as atividades madeireira e garimpeira e as invasões de terra afetou uma vasta área da TI Apyterewa. Assim, diversos cursos d'água foram degradados: o Igarapé Lontra, formador do Rio Bacajá (limite leste da TI), onde o complexo garimpeiro da Liberdade há anos lança lama e mercúrio, prejudicando a saúde dos Parakanã e Xikrin do Bacajá; o Igarapé São José (limite sul da TI), contaminado pela atividade garimpeira; e o Igarapé Bom Jardim (limite norte da TI) onde as cabeceiras foram cortadas pelas estradas e ramais abertos pelas madeiras. O desflorestamento causado pela atividade madeireira e pela invasão de posseiros resultou numa enorme área degradada, principalmente nas faces leste, sudeste e sul da TI. [...] O EIA indica, a partir da análise das imagens dos satélites Cibers e Prodes, que 106.000 ha da TI Apyterewa (da área total de 773.000 ha) se encontrava desmatada em abril de 2006. Já as estradas construídas pelas madeiras no interior da TI somam 728 km. [...] O EIA expõe que um dos principais problemas apontados pelos Parakanã foi a possibilidade de aumentarem as invasões em seu território, que consideram numa situação de conflito iminente. Em reunião no dia 17/05/09, ouvimos uma liderança jovem dizer ter “segurado” os mais velhos para não partirem para uma ação violenta para expulsar os invasores, mas que não sabe até quando conseguirá mantê-los à espera de uma solução por parte do Governo. Embora possam ser inspirados pela ação tomada pelos Arara contra os invasores da TI Arara, a situação para os Parakanã se apresenta como sendo de muito maior risco, pelo número significativamente maior de invasores (cerca de 2.000 famílias) e de seu grau de organização (BRASIL, 2009).

A própria viabilidade econômica do empreendimento se coloca em questão neste momento, além do custo de mais de 30 bilhões de reais a obra no Parque do Xingu irá desmatar aproximadamente 640 km², além disso, não se leva em conta que a região onde se pretende construir a terceira maior usina hidrelétrica do mundo passa 8 meses do ano completamente seca, ou seja a usina só teria capacidade produzir 1/3 daquilo que se compromete em

distribuição de energia. Mais, a vegetação que ficar submersa irá apodrecer gerando grandes quantidades de gás metano, que quando emitido na atmosfera contribui para o efeito estufa, sendo 21 vezes mais nocivo que o CO² gás carbônico.

Os impactos ambientais e sócio-econômicos não se realizaram de maneira transparente como pede a lei, sequer seguiram normas constitucionais como a própria oitava das populações indígenas, isto se deve, provavelmente, a interesses escusos de empresas que saem lucrando com o negócio, não sem a ajuda do Governo Federal que vêm autorizando e avalizando as ações na área de maneira negligente.

Assuntos polêmicos como o da usina Belo Monte têm sua complexidade reduzida à criação legislativa e aos desmandes políticos da modernidade que são, puramente, um reflexo do mundo regido pelo mercado capital, da colonialidade que subsiste, da exclusão da diversidade, da opção pelos modos de produção e realização de vida com interesses financeiros de minorias. Não há uma opção pelos modos de vida simbióticos no mundo moderno, há a imposição pelos meios de dominação - políticos, religiosos, epistemológicos e, principalmente, econômicos - de uma cultura de mercado.

Além desses dois casos emblemáticos que envolvem terras indígenas no Brasil, e sua contraposição aos interesses do capital financeiro, voltou à pauta a discussão da Proposta de Emenda Constitucional - PEC - 215 de 2000⁵⁰, que impõe a prévia autorização do Congresso Nacional enquanto condicionante para a demarcação das terras dos povos indígenas, bem como submete aquelas que já se encontram demarcadas à ratificação por parte do Legislativo.

A PEC 215 é, na verdade, um projeto composto por excessões ao direito de posse e ao usufruto dos povos indígenas sobre suas terras. Ainda, transfere ao Legislativo a prerrogativa de aprovar a oficialização de terras indígenas (bem como de unidades de conservação e territórios quilombolas) e, o que me parece mais temerário, propõe que se passe a adotar a data de promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, como o marco temporal de comprovação da posse indígena, fazendo cair por terra o caráter de originalidade e tradicionalidade como se entende. Ou seja, para que se caracterize a posse da terra a ser

⁵⁰ Pronta para Pauta na Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 215-A, de 2000, do Sr. Almir Sá e outros, que "acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal" (inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei), e apensadas (BRASIL, 2000).

demarcada é necessário que os povos indígenas comprovem que a habitavam à data mencionada.

Na contramão da democracia e dos direitos conquistados nas últimas décadas pelos povos indígenas o Congresso Nacional tem colocado em pauta para votação a PEC 215 e impedido a livre manifestação e a participação democrática dos povos interessados. O Greenpeace faz a denúncia interativa, segundo o site da organização, em 16 de dezembro de 2014, quando da votação, lideranças indígenas e representantes de organizações civis foram trancadas na sala da Comissão dos Direitos Humanos da Câmara, além disso, um grupo de aproximadamente 200 índios teria sido privado de sua entrada no Congresso Nacional. Garabombos ainda?, ou algo pior, de invisíveis à obstáculos que se tentam remover não importa a que custo. Os povos indígenas vêm lutando contra um processo hegemônico que não mais apenas os ignora, mas os vê como empecilhos, como pedras no meio de um caminho para o desenvolvimento, para o progresso, pedras que precisam ser retiradas.

Neste íterim, o que podemos observar é a construção de um discurso de igualdade que se solidificou à partir de uma ideologia hegemônica individualista e liberal em uma sociedade política e socialmente limitada por dominações de poder do mundo moderno ocidental, tudo isso contribuindo para a formação de um sistema constitucional ainda castrado em sua ideologia plural, de respeito à diversidade e à dignidade da pessoa humana.

A preocupação para com o reconhecimento dos povos indígenas e para a garantia de seus direitos, contemplados pela Constituição Federal de 1988 inauguram a redemocratização do cenário político brasileiro. Entretanto, no que diz respeito às terras indígenas, apesar do artigo 231, formalmente, se constituir em garantia do direito, em um plano real só se podem concretizar essas garantias através da atuação do poder público, em razão da delegação de demarcação das áreas ter sido concedida à União.

Materialmente, apesar da ruptura paradigmática dada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que constitucionalizou direitos ao reconhecimento étnico, à identidade cultural e à territorialidade (mesmo que apenas como usufrutuários), não se pode observar maiores avanços na abrangência do pluralismo. As alterações legislativas não se mostraram capazes de suprir com as dominações de poder que foram por tanto tempo impostas aos povos indígenas, persistindo a situação de luta e a necessidade de resistir ao sistema que tenta fazê-los sucumbir.

Viu-se aqui que no movimento de transformações constitucionais latino-americanas que dominaram o final do século XX tende a instrumentalizar direitos à diversidade, alteridade, identidade e, em virtude desses, a autonomia territorial, que significa conceder o direito de autogerir seus espaços de vida. A esse exemplo a Constituição Colombiana de 1991, reformada em 2005 que entende pela legitimidade da autogestão dos territórios indígenas com base em sua própria cultura, seus próprios costumes e modos de viver. No Peru, Constituição de 1993 reconhece-se a personalidade jurídica dos povos originários, legalizando sua existência e concedendo-lhes o direito ao trabalho, à auto-organização e a propriedade sobre suas terras, podendo inclusive delas dispor (FAJARDO, 2011).

Já no Brasil, mesmo sob o prisma da proteção constitucional e com o alcance de direitos no plano do multiculturalismo, a política integracionista ainda se mostra extremamente presente e, com as terras ainda na tutela do Estado, negando as conquistas que emergem do rol de direitos internacionais dos direitos humanos os povos indígenas se vêm impedidos de usufruir de sua autonomia, ainda em um mundo de exclusões são subalternizados e ignorados pela política e pela economia - a esse exemplo os casos de Raposa Serra do Sol, Belo Monte e a própria PEC 215 de 2000.

Não nego, nem poderia, a importância dos artigos 231 e 232 da Constituição de 1988, no sentido de romper com as ideias de assimilação da cultura branca/ocidental. A ruptura formal com o integracionismo dos povos e o reconhecimento de direitos à diversidade são um marco na história da legislação indígena brasileira. Contudo, há situações que ainda se impõem em caráter prático impedindo a efetivação dos direitos e refletindo expressivamente na situação territorial, que algumas vezes se poderá alterar em caráter irrevogável, como é o caso da usina de Belo Monte, que depois de construída alagará terras indígenas que não se poderão readquirir, e que não poderão, ecológica ou socialmente falando ser substituídas para os povos indígenas (nem para a população afetada em geral).

Condicionar os direitos humanos fundamentais dos povos indígenas, tanto os implementados pela Constituição quanto os garantidos por normas internacionais, à ações políticas tem se mostrado, na prática, como ação impeditiva das liberdades de expressão cultural e étnica desses povos, sendo claro a opção pela não incorporação, de fato, das práticas plurais que se propõem no modelo de Estado refundado do novo constitucionalismo, o Estado Plurinacional.

A liberdade de escolhas e auto-gestão de acordo com as próprias necessidades e interesses é o que garante a continuidade identitária dos povos indígenas, que por sua vez garante a preservação cultural e a utilização espacial de acordo com suas tradições. A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas⁵¹, de 2007, prevê que a necessidade de se garantir, de acordo com os interesses dos próprios povos indígenas, a preservação de sua identidade, de sua cultura, de seus valores, de seus territórios e, que deve ser a eles garantido o direito de participação política e de escolha nos processos de desenvolvimento que lhes afetem direta ou indiretamente. O texto da declaração garante ainda o direito à livre determinação política, social, religiosa, econômica e cultural, na busca por seu desenvolvimento material, espiritual e cultural, na qualidade de sujeito coletivo que se auto-determina e que se auto-governa.

Mas o estado brasileiro ainda se encontra impregnado de uma memória colonial corroborada pelas intenções da modernidade, onde as normas e as formas de viver só se podem validar se decorrentes do próprio Estado. De escravos à povos subalternos, de invisíveis à obstáculos. Darcy Ribeiro nos lembrava que aos sustentáculos do Brasil não se conferia nenhuma importância, somente serviam de ferramentas para a construção dos objetivos de um poder maior.

O Brasil foi gerido primeiro como feitoria escravista, exoticamente tropical, habitada por índios nativos e negros importados. Depois, como um consulado, em que um povo

⁵¹ Peoples - Article 8: 1. Indigenous peoples and individuals have the right not to be subjected to forced assimilation or destruction of their culture. 2. States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for: (a) Any action which has the aim or effect of depriving them of their integrity as distinct peoples, or of their cultural values or ethnic identities; (b) Any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources; (c) Any form of forced population transfer which has the aim or effect of violating or undermining any of their rights; (d) Any form of forced assimilation or integration; (e) Any form of propaganda designed to promote or incite racial or ethnic discrimination directed against them. (...) Article 18: Indigenous peoples have the right to participate in decision-making in matters which would affect their rights, through representatives chosen by themselves in accordance with their own procedures, as well as to maintain and develop their own indigenous decision-making institutions (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous, 2007). Povos - Artigo 8: 1. Os povos indígenas e os indivíduos têm o direito de não ser submetido a assimilação ou destruição de sua cultura forçada. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção ea reparação de: (a) Todo ato que tenha por objetivo ou efeito de privá-los de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou identidades étnicas; (B) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos; (C) Qualquer forma de transferência forçada de população que tem a finalidade ou o efeito de violar ou diminuição de qualquer dos seus direitos; (d) Toda forma de assimilação ou integração forçada; (E) Qualquer forma de propaganda destinada a promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles. (...) Artigo 18: Os povos indígenas têm o direito de participar na tomada de decisões em assuntos que afetam seus direitos, por meio de representantes eleitos por eles, de acordo com seus próprios procedimentos, bem como para manter e desenvolver a sua própria tomada de decisão indígena instituições (Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas) – (Tradução livre da autora).

sublusitano, mestiçado de sangues atros e índios, vivia o destino de um proletariado externo dentro de uma possessão estrangeira. Os interesses e as aspirações de seu povo jamais foram levados em conta, porque só se tinha atenção e zelo no atendimento dos requisitos de prosperidade da feitoria exportadora. O que se estimulava era o aliciamento de mais índios trazidos dos matos ou a importação de mais negros trazidos da África, para aumentar a força de trabalho, que era a fonte de produção dos lucros da metrópole. Nunca houve aqui um conceito de povo, englobando todos os trabalhadores e atribuindo-lhes direitos. Nem mesmo o direito elementar de trabalhar para nutrir-se, vestir-se e morar.

Essa primazia do lucro sobre a necessidade gera um sistema econômico acionado por um ritmo acelerado de produção do que o mercado externo dela exigia, com base numa força de trabalho afundada no atraso, famélica, porque nenhuma atenção se dava à produção e reprodução de suas condições de existência (RIBEIRO, 1995, p.67)

A opção pelo lucro como preferência subsiste, dando força à essa memória colonial que, apesar da resistência indígena e movimento de transformações constitucionais e da democratização estatal, controla ainda os meios de poder.

Inegavelmente as questões indígenas no Brasil se retorcem no plano pós 1980, a conquista de direitos e sua integração para assumir um papel de resistência têm redefinido o contexto do pluralismo, garantindo sua visibilidade, mesmo que, para alguns, como obstáculos ao desenvolvimento. A luta tem servido ainda de adubo à dicotomia que assola a questão da terra, de um lado a propriedade privada, de caráter individual, hóspede e serviçal do capitalismo (panorama reducionista), e de outro a propriedade coletiva que adquire contornos de um verdadeiro território - modelo simbiótico (homem-natureza) dos povos indígenas (FREITAS, 2013).

A Constituição Federal de 1988 é responsável no Brasil pelo rompimento com paradigmas jurídicos de modelo proprietário individual hegemônico. O reconhecimento das territorialidades específicas (ALMEIDA, 2008), dos modos de utilização coletiva da terra dos povos originários constroem um novo panorama nacional de direitos da terra.

Demonstra-se assim que, diferente da ideia de impedimento ao desenvolvimento nacional, os povos indígenas representam uma alternativa à necessidade de preservação do meio ambiente e com sua postura simbiótica em relação à natureza atendem ao clamor de equilíbrio ecológico que se busca na modernidade (HOUTART, 2013).

Sob a falácia que se constrói em torno da propriedade privada como modelo ideal de proposta territorial que se contrapõe à propriedade de uso coletivo, aborda-se os ônus e bônus de cada modelo e questiona-se quão imperioso pode ser o sistema colonial a ponto de ignorar direitos do indivíduo, do ser humano em detrimento de direitos materiais, do capital.

Com os mesmos contornos valorativos aplicados pelo novo modelo constitucional da América Latina emergem os direitos internacionais dos direitos humanos, dos quais tratarei no próximo capítulo. A esse respeito, já pontuei ao longo do trabalho normas como a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos do povos indígenas e, a Convenção 169 da OIT, tema principal do presente estudo por possuir normas claramente opostas às presentes na Constituição Federal de 1988 na temática territorial, apresentando um paradoxo legislativo que se constitui à partir de um reflexo das relações coloniais e pós-coloniais que se ainda preservam no âmbito do continente.

CAPÍTULO IV - O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O giro descolonial da atualidade marca o início de uma ruptura com os interesses homogêneos e hegemônicos do Estado-Nação, que se fundamentava na similitude de valores e na persecução de objetivos comuns. Mesmo ainda sob os holofotes do pragmatismo colonial, os processos de luta e a resistência dos povos indígenas vêm alterando, significativamente, as ações, políticas e jurídicas, de reconhecimento à diversidade.

O complexo sistema internacional de proteção à direitos humanos se vem mostrando preocupado com a tendente absorção dos povos indígenas, bem como demais povos tradicionais, pela cultura dominante de países inseridos no contexto ocidental de mundo. Razão que tem determinado o aumento do arcabouço legislativo sobre a temática dos povos “tradicionais, indígenas, tribais”. Essas legislações surgidas no contexto do pós-colonialismo, marcadas pelo movimento descolonial, tem por objetivo o resguardo dos direitos desses povos à sua identidade, autonomia e conservação dos valores tradicionais.

Neste capítulo trato da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, especificamente, e de sua configuração enquanto direito internacional de direitos humanos, tratando também de como os direitos à territorialidade indígena que se colocam com a mencionada convenção se instrumentalizam no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste último ponto me baseio em um referencial já positivado, assim, a própria norma nos servirá de base para traçar as linhas gerais do direito internacional dos direitos humanos instrumentalizado no ordenamento jurídico nacional. Mais que as legislações internacionais que construirão a perspectiva temática de proteção das territorialidades indígenas, nos basearemos nos escritos de Flavia Piovesan, David Sanchez-Rubio, Joaquim Herrera Flores e outros autores que intentam uma postura emancipatória dos Direitos Humanos, que trabalham com a proposta dos direitos internacionais de direitos humanos autoaplicáveis e o grau de proteção que estes poderão oferecer às coletividades, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana,.

Demonstraremos também a maneira pela qual se fortalecem os direitos humanos ao longo da história, qual sua estruturação no plano internacional, sua limitação, e seu alcance.

Serão vistas ainda as possibilidades de proteção que nascem a partir da ampliação desse rol de direitos humanos, a afirmação de princípios, valores e normas que estabelecem a dignidade da pessoa humana na qualidade de fundamento primordial no tratamento do outro (PIOVESAN, 2014).

O outro que nasce na diversidade, mas que nos é igual, que merece o mesmo tratamento e que deve ter suas necessidades e direitos garantidos e não subalternizados. O outro a que nos referimos neste estudo são os povos indígenas, diferentes do cidadão concebido na racionalidade ocidental moderna, específicos em suas tradições e culturas, específicos em suas cosmovisões e aqueles que nos vêm, também, como outro.

No plano de direito internacional dos direitos humanos, sobre os povos indígenas e tribais, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989 e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas chamam atenção. A primeira foi promulgada pelo Brasil em 2004 e, além de tratar do reconhecimento da cultura e alteridade dos povos, dispõe sobre a posse e a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, bem como o direito aos recursos naturais presentes nestas (Decreto 5.051 2004 art. 14 e 15). Já a segunda, aprovada em 2007, estabelece diretrizes que os Estados devem priorizar quando da elaboração de suas “políticas indígenas”.

Em seguida estabeleceremos as questões territoriais postas pela Convenção 169, contrariando o modelo de propriedade já impregnado nas sociedades modernas. A norma propõe a garantia de titularidade das terras aos povos que tradicionalmente a habitavam, mas que, por imposições coloniais foram delas retirados.

Além da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, outros diplomas internacionais regulamentam a questão das terras dos povos indígenas em um panorama de direitos humanos - tais quais a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas -, legitimando e legalizando o direito à manutenção de suas culturas, tradições, ritos, linguagem e, principalmente, de seu território, que garante a continuidade de sua vida física e cultural.

Enquanto tratados versantes sobre o tema de direitos fundamentais, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, as declarações ou convenções devem ser recepcionados pelo Direito pátrio com status de emendas constitucionais, ou seja, garante-se a essas normas a mesma hierarquia dada às normas da Constituição. Ainda, pelo que dispõe o § 1º do mesmo artigo, essas normas devem possuir aplicabilidade imediata.

Importa por fim trabalhar a propriedade coletiva dos povos indígenas, que se compreende enquanto terra apropriada e utilizada em um caráter diferenciado, que pertence ao povo como um todo, à coletividade de um povo determinado. Conforme Carlos Frederico Marés (2001, p. 5), os direitos à propriedade coletiva não são uma simples somatória de direitos individuais à terra, “[...] pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial”. Ressalta-se o caráter indivisível dessas terras, sendo cada indivíduo responsável por todo o território.

4.1 A PROTEÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS E SEU TERRITÓRIO NOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS

Os direitos internacionais nem sempre se compreendem enquanto direitos de fato, isto porque para assim se considerar a norma deve ter a característica da coercibilidade, e as regras de direito internacional não possuem tal característica. Para que sejam dotadas de coerção essas normas precisam ser aceitas pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado. A vontade política dos Estados é, então, condição de aplicabilidade nacional desse Direito que, nas palavras de Bartolomé Clavero (2005, p.15) é “[...] *derecho por asimilación, pêro no puede serlo por naturaleza*⁵²”.

Sobre o direito internacional indígena propriamente, Rodolfo Stavenhagen (1997) diz que tem como antecedente dois elementos, o direito internacional público e os direitos humanos. De acordo com o autor os problemas atuais que rodeiam o segundo dos elementos se devem, em muito, pela concepção de terra dos juristas e técnicos europeus do período colonial. A esse exemplo já descrevi aqui que a expropriação das terras indígenas no Brasil se dava sob a justificativa da colonialidade do poder através das chamadas “guerras justas”.

Stavenhagen (1997) afirma que por algum tempo o direito internacional cuidou de priorizar privilégios dos conquistadores não garantindo a soberania das nações conquistadas em seu próprio território, sobre seu próprio povo. Legitimados pelo direito esses Estados passaram a cometer crimes de todo o tipo em face dos povos originários, sendo o genocídio indígena brasileiro um a exemplificação destes. De maneira que os direitos humanos só ganharam real evidência após a segunda grande guerra mundial.

⁵² “Direito por assimilação, mas não por natureza” – (Tradução livre da autora)

Es por ello que a lo largo de los siglos que transcurrieron desde entonces, prevaleció en las relaciones internacionales más el derecho de conquista que el reconocimiento de los derechos soberanos de las naciones que llegaron a ser objeto y víctima de la codicia de los países europeos colonizadores, los cuales por razones ideológicas, políticas, religiosas, comerciales incluso - a partir del siglo XIX - racistas, cometieron toda clase de barbaridades, despojos y genocidios que han sido ampliamente documentados. La segunda fuente del derecho internacional indígena la encontramos en los derechos humanos, un nuevo campo de las relaciones internacionales, como lo es también del derecho interno de muchos países. La idea de los derechos humanos no es nueva, de hecho es tan antigua como las luchas de los pueblos contra la opresión y por su libertad, pero la construcción de un aparato jurídico, político e ideológico vinculado a esta gran idea es relativamente reciente y arranca en serio después de la Segunda Guerra Mundial⁵³ (STAVENHAGEN, 1997, p.44).

Cuidando de entender os direitos humanos no mundo de hoje vê-se uma gama diferenciada de sentidos que se completam. Flavia Piovesan (2005), com base em autores como Hanna Arendt, Norberto Bobbio e Joaquim Herrera Flores, trata dessas diversas vertentes explicando que poderão ser considerados como construções humanas contínuas, que se inventam e reinventam, mas que não nascem de um único ato esgotado, nem todos juntos, nem de uma só vez, vão nascendo conforme sua necessidade. Ou, que também se pode compreender os direitos humanos como um conjunto de direitos que se dá com o intuito de resguardar a dignidade do próprio ser humano e que, por isso mesmo, se vai consolidando através dos processos de luta por inclusão e por emancipação.

O marco histórico dos direitos internacionais dos direitos humanos é o pós guerra, impulsionado pelo sentimento de indignação e solidariedade para com as atrocidades cometidas por Hitler na Alemanha nazista. Com o fim da guerra, no momento em que os países começam a se reerguer, a Declaração de 1948 designa direitos universais e indivisíveis, à que se têm direito somente por pertencer a raça humana.

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade

⁵³ “É por isso que ao longo dos séculos que se passaram, prevalecia nas relações internacionais sobre o direito de conquista que o reconhecimento dos direitos soberanos de nações que se tornou objeto e vítima da ganância dos países Europeus colonizadores, que por razões ideológicas, políticas, religiosas, até mesmo comerciais - a partir do século XIX - racistas, cometeram todos os tipos de atrocidades e genocídios que foram amplamente documentados. A segunda fonte de direito internacional indígena é encontrado em direitos humanos, um novo campo das relações internacionais, como é também o direito interno de muitos países. A idéia dos direitos humanos não é nova, na verdade, é tão antiga quanto as lutas dos povos contra a opressão e pela liberdade, mas a construção de um aparato jurídico, político e ideológico ligado a essa grande idéia é relativamente recente e ganha destaque após a II Guerra Mundial” (tradução livre da autora)

existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade (PIOVESAN, 2005, p. 44-45).

É à partir desse momento histórico, portanto, que uma gama de tratados e convenções se postam no mundo internacional para tratar das necessidades, dos direitos e garantias que se devem conferir à toda pessoa humana para que tenha uma vida digna. Nesse passo emergem sistemas globais e regionais no trato daquilo que se convencionou chamar “direitos internacionais dos direitos humanos”, que se complementam apesar de sua evidente dicotomia, que se complementam na Declaração Universal e que tem no benefício de todo ser humano um objetivo que os integra (PIOVESAN, 2005).

Entretanto, para o autor indígena James Anaya, enquanto produto reflexo das afirmações da modernidade, o direito internacional dos direitos humanos esteve, por muito tempo na posição de afirmar a lógica colonial, responsável pela expropriação das terras indígenas e tentativa de aniquilação de sua cultura (ANAYA, 2005). É que a proposta ocidental para os direitos humanos é colonial em si mesma, assim, se afirma em um paradigma da homogeneidade identitária, da igualdade formal entre os homens (ideal que se construiu desde a era das revoluções), e acaba por desconsiderar as especificidades de cada povo, de cada ser humano.

Então legitimado pela falaciosa⁵⁴ ideia da igualdade que se construiu na modernidade, os direitos humanos e a racionalidade ocidental determinaram a não participação dos povos indígenas na tomada de decisões, na tentativa de assimilá-los à seu modo de vida tornaram, muitas vezes, inviáveis seus modos de ser e de viver.

Os direitos humanos que se construíram pelo pilar do universalismo abstrato (ANAYA, 2005) padronizam as necessidades humanas e não trataram de questões particulares, singulares de povos determinados. Os povos indígenas, à esse exemplo, não tinham suas práticas de vida defendidas e, enquanto considerados como iguais a todos os seres humanos, tinham a eles impostas as práticas de vida ocidentais.

⁵⁴ Falaciosa pois ao tentar igualar os desiguais no lugar de reconhecer as diferenças enquanto legítimas, acaba por criar abismos de desigualdade e marginalização, transmitindo a ideia de que é preciso homogeneizar as culturas para que se possa falar em igualdade, quando a necessidade real é a de reconhecimento, respeito e garantia de direito às especificidades de cada povo, considerando merecedoras de direitos iguais cada identidade singularizada.

Para a autora indígena Azelene Kayngang (2008), a violação constante dos direitos humanos dos povos indígenas e a insuficiência das normas legais para a proteção de seus direitos coletivos ficou demonstrada pelo estudo solicitado e realizado pela comissão de direitos humanos da Organização das Nações Unidas em 1980.

Em 1980 a então comissão de direitos humanos da ONU solicitou a realização de estudos sobre a situação dos direitos humanos no mundo, eles mostraram que se mantinha uma sistemática violação dos direitos humanos dos povos indígenas, que muitos deles viviam ainda em sistemas de apartheid, escravidão e neo-escravidão, e que os então instrumentos de direitos humanos eram insuficientes para proteger os direitos humanos e coletivos dos povos indígenas (KAYNGÁNG, 2008, p.15).

Sob o alarmante aumento da violação dos direitos dos povos indígenas, a matéria de sua proteção ganha destaque no plano de direitos humanos internacionais. A democracia e os direitos humanos caminham juntos nesse objetivo de, à partir das lutas, garantir o direito às diferenças, à inclusão, a ser quem se é sem perder nada por isso, sem ter sua existência negada ou subalternizada com base em quesitos raciais, ideológicos ou sociais.

Para Fernando Antônio de Carvalho Dantas, os textos constitucionais da América Latina vêm se destacando como ferramentas de proteção e instrumentalização de métodos democráticos de participação e, conseqüente efetivação do rol de direitos humanos que se ergue no plano jurídico internacional.

A efetivação desses direitos pela participação democrática dos povos indígenas nos ambientes institucionais do Estado, respeitadas as suas diferenças, é a grande questão do mundo contemporâneo, pelo menos no sentido de construir sociedades mais inclusivas, onde haja lugar para todas as diferenças. Nesse sentido, **as Constituições vêm, especialmente as latino-americanas, cada vez mais, dando espaço para a pluralidade, para o reconhecimento dos direitos fundamentais e, especialmente, dos direitos humanos em seu conjunto integrado, por Tratados, Documentos, Declarações e Convenções Internacionais.**

Os direitos humanos, enquanto direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, quando abordados de forma integradora e indivisível, constituem um marco jurídico internacional para a efetivação do reconhecimento e defesa dos direitos coletivos dos grupos diferenciados e, entre estes, dos povos indígenas. Evidentemente, que realizadas as matizações necessárias no sentido de superar o universalismo característico da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dá ênfase aos direitos individuais civis e políticos e implica uma postura negativa para o Estado (DANTAS, 2014, p.350) (grifo nosso).

No seio desses processos de democratização, de participação, de inclusão e de admissão de direitos plurais, que o Direito Internacional tem tratado com relevância, emerge a necessidade de se tratar da questão da terra, por ser fundamental para a vida coletiva dos povos

indígenas. Ressalta-se que essa questão surge da compreensão, à partir da análise do sentimento de pertencimento dos povos indígenas e tribais para com suas terras, da não possibilidade de separação entre objetos culturais que possibilitam a continuidade da vida desses povos e o território que habitam. Assim, a reivindicação dos espaços territoriais deixa de ser vista como uma questão pontual para figurar no centro como quesito de realização de direitos humanos que se devem conceder aos povos indígenas, pois através da manutenção territorial se pode garantir a sobrevivência física, emocional e cultural das diversas etnias que apresentam esse relacionamento com a terra na base de suas concepções ideológicas.

Retomando aquilo que se disse no primeiro capítulo, a terra, em sua dimensão de territorialidade específica esta intimamente conectada com o direito à identidade coletiva dos povos indígenas (ALMEIDA, 2008). Ponto de partida para que se entenda o território como condição existencial, física e cultural, destes mesmos povos e razão pela qual passamos a compreendê-la enquanto um direito humano.

Direito Humano efetivamente, pois é a terra que garante a alimentação, a moradia, e a continuidade das tradições passadas, presentes e as projeções para o futuro de cada povo. A terra é, como venho delimitando, o elo de ligação entre os povos indígenas e o mundo natural, o fundamento para que se estabeleça continuamente a relação simbiótica entre humano e natural que se pode observar pela análise das cosmovisões indígenas.

Em meio a essas preocupações e diante do processo sistematizado de redemocratização e inclusão que marcam o pós-guerra mas, principalmente, após a Declaração de 1948, o Brasil passa a fazer parte do grupo de Estados que se importa com os direitos internacionais dos direitos humanos através da assinatura e ratificação de tratados e convenções versantes sobre temas ligados à dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2005).

A Constituição de 1988 é, vale reiterar, um marco dessa postura do Estado brasileiro de democratizar e reconhecer direitos humanos à diversidade, à identidade, à continuidade das tradições e ao território. Seguindo essa linha de interesse são ratificadas a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e a Convenção contra a tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), todos de 1992 dentre outros que foram somando para que o Brasil figura-

se enquanto um país declaradamente protetor dos direitos humanos, relacionando sua legislação interna com as normas internacionais de proteção da pessoa (PIOVESAN, 2005).

Na temática indígena e, especialmente, no que concerne à territorialidade desses povos alguns documentos internacionais ratificados pelo Brasil guardam relevância indispensável para este estudo. Ressaltando mais uma vez a terra enquanto direito humano fundamental necessário para a promoção da continuidade da vida física e cultural dos povos indígenas, o primeiro texto normativo que nos importa é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que como já defini, é apelidada de Pacto da São José da Costa Rica - justamente por ter sido assinada em 1969 na cidade de São José, Costa Rica.

O Pacto foi assinado em reunião da Conferência especializada interamericana sobre Direitos Humanos, tendo entrado em vigor 9 anos mais tarde, em julho de 1978. O Brasil, que é um dos 34 países signatários da convenção, a ratificou em julho de 1992, reconhecendo a competência da Corte interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998, mantendo reserva de reciprocidade (FRANCO, 2013).

A Convenção Americana reconhece a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, assim como o dever de adotar em seu direito interno disposições que sejam necessárias para garantir a efetividade desses direitos. Sendo reconhecidos, dentre outros, os seguintes direitos e liberdades: direito ao reconhecimento da subjetividade; à vida; à integridade pessoal; proibição da escravidão e servidão; direito à liberdade pessoal; à indenização; proteção da honra e da dignidade; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e de expressão; direitos da criança; direito à nacionalidade; à propriedade privada; direito de circulação e de residência; direitos políticos; igualdade perante a lei; proteção judicial e desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O direito de propriedade privada que está garantido pela Convenção está disposto em seu artigo 21⁵⁵. De acordo com Rangel Franco a lei não faz alusão à propriedade que se destine a grupos ou povos de maneira coletiva, apesar disso a Corte Interamericana de Direitos

⁵⁵ Artigo 21: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei (Convenção Americana dos Direitos Humanos).

Humanos⁵⁶, criada com a assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, “[...] já tem reconhecido grupos negros (indivíduos, comunidades, povos etc) como titulares desse direito” (FRANCO, 2013, p.73).

Julgamentos com tal teor de reconhecimento, geram precedentes para os Estados signatários do Pacto de São José, no sentido de condicioná-los a ter ações que respeitem e garantam a titularidade das terras de modo coletivo a grupos e povos, como os povos indígenas, em face de suas necessidades de se manter conectados à sua terra tradicional, à seu local de mundo, de desenvolvimento de vida.

Cabe aqui comentar partes da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso povo indígena KICHWA de SARAYAKU vs. EQUADOR, em 27 de junho de 2012⁵⁷. O caso trata da concessão, à uma empresa privada, para realização de atividades de extração de petróleo no território o povo indígena Kichwa de Saramaku, sem a realização da consulta prévia e, portanto, sem o assentimento destes. O procedimento de extração do petróleo envolvia métodos arriscados, como a colocação de explosivos no território, além de limitar o espaço de vida dos povos indígenas, suas atividades cotidianas e o desenvolvimento de sua cultura.

Baseando-se nesses fatos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou que a Corte Interamericana declarasse a responsabilidade do Estado equatoriano pela violação dos direitos à propriedade privada, à vida, de circulação e residência e a integridade pessoal, requerendo também que a Corte ordenasse ao Estado medidas de reparação⁵⁸.

⁵⁶ À Corte Interamericana de Direitos Humanos são reservadas as atividades de decisão sobre a violação ou não dos direitos reconhecidos na Convenção em todos os casos que lhe forem submetidos.

⁵⁷ Em 26 de abril de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) apresentou ao Tribunal, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, uma demanda contra a República do Equador (doravante denominado “Estado” ou “Equador”) em relação ao Caso nº 12.465. A petição inicial foi apresentada perante a Comissão em 19 de dezembro de 2003 pela Associação do Povo Kichwa de Sarayaku (*Tayjasaruta*), pelo Centro de Direitos Econômicos e Sociais (doravante denominado “CDES”) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado “CEJIL”). Em 13 de outubro de 2004, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 62/04, no qual declarou o caso admissível e, em 18 de dezembro de 2009, aprovou, nos termos do artigo 50 da Convenção, o Relatório de Mérito nº 138/09. A Comissão designou como delegados a senhora Luz Patricia Mejía, Comissária, e o senhor Santiago A. Cantón, Secretário Executivo; e, como assessoras jurídicas, as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Isabel Madariaga e Karla I. Quintana Osuna, advogadas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

⁵⁸ Com base no exposto, a Comissão solicitou à Corte que declare a responsabilidade internacional do Estado pela violação: a) do direito à propriedade privada, reconhecido no artigo 21, em relação aos artigos 13, 23 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento do povo indígena de Sarayaku e de seus membros; b) do direito à vida, às

A Corte Interamericana se manifestou sobre a necessidade de defender o direito à propriedade comunal indígena, à partir da observação do relacionamento destes povos com sua propriedade coletiva, a vinculação que mantém com “suas terras, bem como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e os elementos incorpóreos que deles emanam”. A Corte ainda ressaltou que a determinação da existência de uma relação entre os povos indígenas e seus territórios só se pode estabelecer de acordo com a manifestação dos modos de ser, fazer, viver e conhecer de cada povo especificamente, podendo acontecer de diversas maneiras⁵⁹.

garantias judiciais e à proteção judicial, contemplado nos artigos 4, 8 e 25, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento do Povo e de seus membros; c) do direito de circulação e residência, reconhecido no artigo 22, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento dos membros do Povo; d) do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de 20 membros do Povo Kichwa de Sarayaku; e e) do dever de adotar disposições de direito interno, reconhecido no artigo 2 da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

⁵⁹ O direito à proteção da propriedade comunal indígena - O artigo 21 da Convenção Americana protege a estreita vinculação que os povos indígenas possuem com suas terras, bem como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e os elementos incorpóreos que deles emanam. Entre os povos indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que sua posse não se centra num indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Essas noções de domínio e da posse das terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma forma de usar os bens e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção dessa disposição para milhões de pessoas.

Devido à conexão intrínseca que os integrantes dos povos indígenas e tribais tem com seu território, a proteção do direito a sua posse, uso e gozo é necessária para garantir a sua sobrevivência, ou seja, o direito a usar e usufruir do território careceria de sentido no contexto dos povos indígenas e tribais caso esse direito não estivesse vinculado à proteção dos recursos naturais que se encontram no território. Por isso, a proteção dos territórios dos povos indígenas e tribais também decorre da necessidade de garantir a segurança e a manutenção, por parte deles, do controle e uso dos recursos naturais, o que, por sua vez, permite manter seu modo de vida. Essa vinculação entre o território e os recursos naturais que os povos indígenas e tribais usaram tradicionalmente e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural, bem como para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, deve ser protegida pelo artigo 21 da Convenção para garantir que possam continuar vivendo de acordo com seu modo de vida tradicional, e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintas sejam respeitados, garantidos e protegidos pelos Estados. Além disso, a falta de acesso aos territórios pode impedir as comunidades indígenas de usar os recursos naturais necessários, e deles usufruir, para procurar sua subsistência, mediante suas atividades tradicionais; e de ter acesso aos sistemas tradicionais de saúde e a outras funções socioculturais, o que pode expô-los a condições de vida precárias, ou desumanas, a maior vulnerabilidade diante de doenças e epidemias, bem como submetê-los a situações de desproteção extrema, que podem implicar em várias violações de seus direitos humanos, além de ocasionar-lhes sofrimento e prejudicar a preservação de sua forma de vida, costumes e idioma.

A relação especial do Povo Sarayaku com seu território - Para determinar a existência da relação dos povos e comunidades indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu: i) que ela pode expressar-se de diferentes maneiras, de acordo com o povo indígena em questão e as circunstâncias concretas em que se encontre; e ii) que a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão dessa relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, por meio dos laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; formas tradicionais de subsistência, como caça, pesca, ou colheita sazonal ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes ou outros elementos característicos de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da comunidade não se vejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

A decisão salienta o caráter indissociável da terra e do povo indígena, reconhecendo os laços de pertencimento caracterizados pelas manifestações materiais, imateriais e espirituais do povo com seu território.

No presente caso, a Corte constata que não está em dúvida a propriedade comunal do Povo Sarayaku sobre seu território, cuja posse exerce de forma ancestral e imemorial, como foi expressamente reconhecido pelo Estado na adjudicação, realizada em 12 de maio de 1992 (par. 61 supra). Sem prejuízo do exposto, além do que se salientou na parte dos fatos (pars. 51 a 57 supra), a Corte considera pertinente destacar o profundo laço cultural, imaterial e espiritual que a comunidade mantém com seu território, para compreender, de maneira mais plena, os danos provocados no presente caso (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012) (grifo nosso).

Como se pode notar por esse exemplo, o entendimento jurisprudencial que a Corte Interamericana vem formando é no sentido de estender a interpretação do direito à vida como mais que um direito de não tê-la tolhida, mas como um direito à dignidade, às condições básicas de existência, ao reconhecimento cultural. E, com esse entendimento, impõe-se aos Estados a necessidade de uma postura de garantidores, que devem adotar políticas que assegurem a vida e as condições de existência digna à todos os seres humanos.

Romper com a exclusão dos povos indígenas que se condicionou durante a modernidade não será tarefa fácil, mesmo diante de um direito internacional dos direitos humanos que dispõe como princípio fundamental a dignidade da vida humana. A razão para tal é que, consuetudinariamente, se construiu um imaginário onde as formas alternativas diferentes e concretas de viver dos povos indígenas não se compreendem como legítimas, pois recebem a alcunha de subalternas e atrasadas, restando aos novos direitos a difícil tarefa de ruptura com essa construção defasada (que delimita o direito à partir de um único ponto de vista, o da racionalidade ocidental).

Reforça-se então a necessidade de se incorporar as construções do campo do direito que se vem erguendo com o novo constitucionalismo latino-americano, no sentido de incorporar ao conceito de dignidade humana uma interpretação extensiva que comporte todos os modos de vida, destacando e garantindo a proteção daqueles que foram ao longo dos séculos negados e marginalizados.

Aliado à crise da modernidade, econômica, social e ambiental, esse modelo de transformação constitucional que propõe uma visão diferenciada da natureza. As cosmovisões dos povos indígenas, o “*buen vivir*”, a “*pachamama*”, a “*madre tierra*”, poderão ser o suporte

das decisões da Corte Interamericana para apontar o surgimento dos novos (velhos) sujeitos de direito e suas perspectivas de vida, indicando assim alternativas de superação ao modelo de mundo em crise.

Apesar de amplo, o conceito de vida digna utilizado pela Corte ainda é incapaz de transcender as necessidades dos povos indígenas, principalmente se comparado ao significado de “buen vivir”, que exige uma alta consciência valorativa do coletivo, do comunal, da simbiose entre homem e natureza e do próprio reconhecimento identitário. Esses valores são capazes de garantir a continuidade dos costumes e tradições indígena e isso, em um plano global, teria uma significação muito maior que o conceito moderno de dignidade da pessoa humana, que é ainda baseado em preceitos econômicos e sociais modernamente criados (HOUTART, 2011).

Mesmo diante da capacidade reduzida do conceito de vida digna quando em comparação com o conceito de “buen vivir”, é de se notar que a Corte vem se atentando, conforme os julgamentos postos aqui em destaque, à questão da titularidade dos territórios indígenas. Neste aspecto as decisões tem demonstrado a sensibilidade de reconhecer que é necessário a ruptura com os padrões individualistas da concepção de propriedade ocidental, notadamente observadas as incompatibilidades desse modelo com os modos de interação territorial dos povos indígenas, que pontuam a coletividade e a visão holística de mundo enquanto preceitos fundamentais para a vida comunal (HOUTART, 2011).

O direito à propriedade coletiva dos povos indígenas, pelo entendimento da Corte, se baseia no relacionamento que esses povos mantêm com a terra, um relacionamento que vai além da reprodução física, guardando relações culturais e espirituais.

Assim, a Corte rompe com paradigma conceitual de propriedade proposto e imposto pela racionalidade moderna, reconhecendo que a territorialidade, para os povos indígenas, avalia-se em uma dimensão que ultrapassa as funções meramente econômicas da terra. Para os povos indígenas, o território é fonte de vida, continuidade de vida, é muito mais do que uma porção de terra geograficamente delimitada, é a expressão de sua coletividade (SOUZA FILHO, 1998).

Um segundo documento tem relevância ímpar no tratamento da questão indígena junto aos Estados, a Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas de 2007. Esse texto normativo internacional é mais específico no tratamento dos povos indígenas, fato que se pode comprovar pelo próprio título, sendo um marco histórico e legislativo da questão. “[...] A

Declaração é um importante instrumento político de apoio à luta dos Povos Indígenas do mundo inteiro a favor do direito de existir como povos diferenciados, de defender o seu território e de permanecer autodeterminado enquanto povo [...]” (APOINME, 2008, p.7).

De 1982 à 2006 a ONU contou com a participação de representantes dos povos indígenas para a confecção da Declaração que deveria conter seus direitos culturais, históricos, espirituais, políticos, econômicos, sociais, identitários e territoriais. Como princípio basilar a Declaração afirma o direito à auto-determinação dos povos que, em comum, possuem uma história de degradação cultural e territorial por parte de seus colonizadores (KAYNGÁNG, 2008).

A partir da declaração são garantidos aos povos indígenas, os direitos à livre determinação e o direito à autonomia sobre seus territórios. Essas conquistas são a resposta às lutas dos povos indígenas em todo o mundo por sua existência e pelo reconhecimento de suas tradições, enquanto legítimas formas de vida.

Azelene Kayngang afirma que a Declaração é o instrumento que traduz as lutas dos povos indígenas por emancipação e participação política, razão pela qual acredita que os Estados devem trazer suas disposições para seus sistemas jurídicos com a intenção de reconhecer e garantir os direitos dos povos originários.

Além de possuir um texto avançado, a Declaração é, sem dúvida, um instrumento que reflete o conjunto das reivindicações atuais dos Povos Indígenas em todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os Estados nacionais. Este processo, em princípio, não deverá retroceder, devendo os Estados incorporar esses avanços em suas legislações nacionais e adotar todas as medidas para que todas as esferas de governo garantam esses direitos, observando o caráter progressivo dos direitos humanos (KAYNGÁNG, 2008, p.18)

Esse processo de intervenção dos direitos internacionais dos direitos humanos à favor dos povos indígenas é um processo histórico que marca o reconhecimento desses povos como sujeitos de direitos, sujeitos específicos que devem ser protegidos, amparados, consultados sobre suas questões e opiniões de como ser, fazer, viver e conhecer. “Suas decisões devem prevalecer porque são povos com autonomia e autogoverno, que querem e devem exercer plenamente o seu direito à livre-determinação” (KAYNGÁNG, 2008, p.24).

Esses dois documentos primeiramente apresentados já consagram importantes direitos aos povos indígenas da América Latina, mas na temática territorial e no que concerne ao foco

principal de estudo deste trabalho, que é o paradoxo entre as normas constitucionais e internacionais de direitos humanos sobre territorialidade ou propriedade das terras indígenas, um documento nos dará mais clareza.

Sobre a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho trato agora, com especial atenção à seus dispositivos que integram o rol de direitos territoriais que se destinam aos povos indígenas e tribais.

4.2 A CONVENÇÃO 169 OIT ENQUANTO TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, marcando um avanço na matéria de reconhecimento dos direitos indígenas coletivos. A Convenção que foi adotada pela Conferência Geral da OIT em 27 de junho de 1989, em Genebra, na Suíça entrou em vigor no plano de direitos internacionais em 5 de setembro de 1991.

Importa ressaltar que uma convenção, diferente de uma declaração, quando assinada e ratificada por um Estado terá, para este, um caráter vinculativo. No caso da declaração tem-se um documento que define princípios gerais de uma política ideal, mas suas normas não são vinculantes. Já a Convenção é um instrumento jurídico de organização internacional que obriga seus signatários.

A Convenção 169 é a sucessora da Convenção 107⁶⁰, também da OIT, que tinha como perspectiva o integracionismo dos povos indígenas e tribais à sociedade nacional. A sucessão

⁶⁰ Artigo 1º A presente Convenção se aplica: 1) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial; 2) **aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, na época da conquista ou colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que as instituições peculiares à nação que pertencem.** 3) Para fins da presente convenção, o termo "semitribal" abrange os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais não se achem ainda integrados na comunidade nacional. 4) As populações tribais ou semitribais mencionadas nos parágrafos 1º e 2º do presente

se dá pelas mesmas razões que levaram a Constituição Federal de 1988 a romper com esse paradigma de integração, são razões que se implementam através dos processos de luta que passam a conferir visibilidade a uma gama de novos sujeitos de direito, à pluralidade dos sujeitos, a suas especificidades.

A Convenção vem reconhecer que o Estado Nação, na intenção de construir uma sociedade homogênea, marginalizou os povos indígenas e tribais. Por isso mesmo, a autonomia dos povos é concedida através da garantia de direitos como o direito de consulta, que pretende justamente garantir que os sujeitos coletivos tenham domínio de suas próprias vidas, tenham suas vontades respeitadas e, também, em uma esfera pública esses sujeitos de direito possam passar a integrar as decisões políticas (PEREIRA, 2013).

Esse direito à consulta prévia é o direito de participação, direito fundamental de decidir sobre a própria vida, sobre os próprios meios de ser, de fazer, de conhecer, de julgar. É a possibilidade de participar nas decisões políticas dando visibilidade e legitimidade às tradições culturais dos povos indígenas e tribais.

A consulta prévia trazida pela Convenção seria usada em casos como o da hidrelétrica de Belo Monte, que citei em momento oportuno neste mesmo estudo, para garantir aos povos indígenas a opinião em uma obra que afeta diretamente sua vida física e cultural, podendo impedir a reprodução de suas tradições e de sua autonomia política, econômica e social.

Para Ian Chambers (1997, p.125) o simples existir da Convenção 169 já comprova duas questões, a primeira seria a “[...] legítima preocupação da comunidade internacional” para com o reconhecimento e a proteção de alguns dos direitos fundamentais dos povos indígenas e, a segunda é que à partir deste documento passa a haver um modelo de “normas mínimas” que os Estados terão de respeitar no que concerne aos povos indígenas.

artigo são designadas, nos artigos que se seguem, pela expressão "populações interessadas". Artigo 2º 1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à **proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países**. 2. Tais programas compreenderão medidas para: a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população; b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida; **a criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações**. 3. Esses programas terão essencialmente por objetivos o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo. 4. Será excluída a força ou a coerção com o objetivo de integrar as populações interessadas na comunidade nacional. (...) (grifo nosso) (OIT, 1957).

Segundo o autor (1997) a importância desse instrumento normativo seria tamanha que se pode impor mesmo aos Estados que não a tenham ratificado, justamente por se tratar de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos. Assim quem descumprir com as normas por ele imposta poderá vir a sofrer sanções comerciais.

¿Cuál es la relevância de todo eso con respecto al Convenio 169? Es previsible pensar que, a muy corto plazo, la manera como un gobierno nacional trata a sus pueblos indígenas será evaluada por la comunidad internacional en sí, de acuerdo con el principio ya enunciado. Esta evaluación se hará con base en el Convenio 169, ya que falta otra normatividad internacionalmente consensada en la materia. De no cumplir con esta normatividad, el país respectivo correrá el riesgo de sanciones comerciales. Aun frente a los señalamientos del país sancionado en el sentido de que no ha ratificado el Convenio y, por lo tanto, no tiene relevancia en su territorio, seguramente se le contestará que eso no importa, puesto que se trata de un instrumento de derechos humanos internacionalmente reconocidos⁶¹ (CHAMBERS, 1997, p.27).

Atualmente a Convenção 169 é o instrumento jurídico, portanto com normas de caráter vinculante, que mais se utiliza no tratamento da questão indígena no plano global. A razão disso é que o documento trata não são de questões de regulamentação do trabalho indígena mas trata também de questões de dignidade dos povos indígenas e tribais, questões sobre suas condições de vida, direitos sociais, culturais, econômicos e territoriais. É que a relação com a terra em si é um trabalho e, por isso mesmo, todos os aspectos correlacionados a ela devem ser tratados pela Convenção.

Sobre os direitos territoriais, a Convenção dispõe que, as terras que os povos indígenas ou tribais habitam ou utilizam de alguma forma devem ser, de maneira integral, de sua propriedade coletiva, que é o principal aspecto da terra indígena. Habitam ou utilizam de alguma forma inclui todo o território de que os povos indígenas fazem uso para dar continuidade a seus costumes coletivos, tanto sociais, como econômicos, como jurídicos. Além de prever o reconhecimento dos direitos de propriedade a Convenção 169 enfatiza a conservação dos

⁶¹ “Qual é a relevância de tudo isso sobre a Convenção 169 ? É provável pensar que a muito curto prazo, o modo como um governo nacional trata seus povos indígenas será avaliado pela própria comunidade internacional, de acordo com o princípio já dito. Essa avaliação será baseada na Convenção 169, e em outros regulamentos em falta consensual internacionalmente vigentes. O não cumprimento desta regra pelo país em causa, ensejará um risco de sanções comerciais. Mesmo contra as acusações do país sancionado no sentido de que não tenha ratificado a Convenção e, portanto, não tem nenhuma relevância em seu território, com certeza irá responder, já que rompe com um instrumento de direitos humanos reconhecido internacionalmente” (tradução livre da autora).

territórios dos povos indígenas e o direito à indenização por danos e proteção contra despejos e remoções de suas terras tradicionais.

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, a Convenção 169 reconhece a relação especial que os povos indígenas mantêm com sua terra, seu sentimento de pertencimento, sua noção de terra como base de sobrevivência cultural e econômica, o que a transforma em verdadeiro território - o local onde a vida se faz.

Os governos deverão então garantir a proteção da propriedade e posse das terras utilizadas e habitadas pelos povos indígenas, instituindo, inclusive, procedimentos jurídicos capazes de solucionar/responder às questões que se colocam nas lutas por essa terra. A Convenção ainda proíbe a remoção dos povos indígenas de seus territórios, salvo em caráter excepcional e, ainda assim mediante seu “livre consentimento e conhecimento” (artigo 16 da Convenção⁶²).

Sobre o direito a terra e, portanto, no que diz respeito à territorialidade indígena, a Convenção reflete a preocupação internacional de conferir aos povos indígenas a legitimidade de sua postura de integração com o meio ambiente, de seus modos de ser, fazer, viver e conhecer.

Essa preocupação que é, como já visto, reafirmada pelas novas constituições da América Latina, que a todo o tempo afirmam a necessidade de se legitimar as cosmovisões indígenas enquanto continuidade do direito ao reconhecimento de suas culturas e a admissão de que os Estados latino-americanos são formados por uma multiplicidade de povos e, portanto são Estado plurais dotados de uma pluralidade étnica, social e cultural.

⁶² Artigo 16 - 1. Sujeito ao disposto nos próximos parágrafos do presente artigo, os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam. 2. Quando a retirada e o reassentamento desses povos forem considerados necessários como uma medida excepcional, eles só serão realizados com seu livre consentimento e conhecimento. Não sendo possível obter seu consentimento, essa transferência só será realizada após a conclusão dos procedimentos adequados previstos na lei nacional, inclusive após consultas públicas, conforme o caso, nas quais os povos interessados tenham oportunidades de ser efetivamente representados. 3. Sempre que possível, esses povos terão o direito de retornar às suas terras tradicionais tão logo deixem de existir as razões que fundamentaram sua transferência. 4. Quando esse retorno não for possível, como definido em acordo ou, na falta de um acordo, por meio de procedimentos adequados, esses povos deverão receber, sempre que possível, terras de qualidade e situação jurídica pelo menos iguais às das terras que ocupavam anteriormente e que possam satisfazer suas necessidades presentes e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados manifestarem preferência por receber uma indenização em dinheiro ou espécie, essa indenização deverá ser adequadamente garantida. 5. Pessoas transferidas de uma terra para outra deverão ser plenamente indenizadas por qualquer perda ou dano (OIT, 1989).

Importante notar que, o texto da Convenção ao dizer, em seu artigo 13, das terras indígenas, claramente integra o sentido de território “o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”, sendo que nos demais artigos que tratam da territorialidade questionará a necessidade de compreender o sentido do termo sob a perspectiva e as necessidades específicas de cada povo⁶³.

Embora o texto da Convenção seja de 1989, com entrada em vigor em 1991, o Brasil só a aprovou em 20 de junho de 2002, através de medida do Congresso Nacional, por força do Decreto Legislativo de número 143. Assim, formalmente, o depósito do instrumento de ratificação junto à esfera competente da Organização Internacional do Trabalho se deu, somente, em 25 de julho de 2002. Sendo dada a promulgação da Convenção em 19 de abril de 2004, pelo Decreto Presidencial de número 5.051.

Para compreender a data de entrada em vigor da Convenção 169 no Brasil me valho do estudo de Rangel Franco sobre a incorporação de textos normativos internacionais ao direito interno:

⁶³ PARTE II - TERRAS - 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. Artigo 14 - 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o 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. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. Artigo 15 - 1. O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. Esses direitos incluem o direito desses povos de participar da utilização, administração e conservação desses recursos. 2. Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas terras, os governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. Sempre que for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades.(...) Artigo 17 1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos. 2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienar suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade. 3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes (OIT, 1989).

Saber quando entrou em vigor depende de qual posição se adota no tocante à incorporação dos textos normativos internacionais ao direito interno (monista, dualista e dualista mitigada). Se se adota aquela clássica, cuja incorporação depende de ato legislativo, tal ocorreu em 25 de julho de 2003. É que, nessa perspectiva, só após a aprovação pelo Congresso Nacional do texto dos tratados internacionais, pode o governo depositar o instrumento de ratificação. No caso da Convenção 169, a aprovação ocorreu em 20 de junho de 2002, pelo Decreto Legislativo no 143, após o que, precisamente em 25 de julho de 2002, o governo fez o depósito da ratificação. Como o artigo 38 da Convenção 169 dispõe que a Convenção entrará em vigor 12 meses após o registro de sua ratificação por parte do Diretor-Geral – relembre-se que ocorreu em 25 de julho de 2002 - , **a passou a vigorar aqui no país em 25 de julho de 2003. Mesmo que se adote a perspectiva tradicional quanto à matéria, quando da promulgado do Decreto n.o 4.887, em 20 de novembro de 2003, já vigia, portanto, no país, a Convenção 169**, como visto (FRANCO, 2013, p.75) (grifo nosso).

No presente estudo adota-se a posição da Flavia Piovesan (2010), para quem os Direitos Humanos possuem força vinculante e autoaplicabilidade e, portanto, imputam uma obrigatoriedade para os Estados quando internacionalmente validados. Para a autora o caráter universal dos Direitos Humanos faz com que os tratados internacionais sobre eles versantes tenham uma receptividade diferenciada em relação aos tratados “tradicionais” (não versantes sobre Direitos Humanos), sendo que aos primeiros não é possível se furtar ao cumprimento, enquanto aos segundos se pode optar por meio da ratificação.

Os Estados estariam submetidos ao controle da comunidade internacional exatamente pela universalização dos Direitos Humanos, segundo Piovesan (2010, p.161) “[...] diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos”.

Note-se que, mesmo ratificada por muitos países latino-americanos, inclusive o Brasil, a Convenção ainda carece de adoção de providências internas para sua implementação. No plano material, o que se vê, conforme exemplos trazidos no terceiro capítulo é a não utilização dos preceitos garantidos pela Convenção 169 da OIT, nem dos direitos fundamentais que se expressam na Declaração das Nações Unidas sobre os povos indígenas, ou tampouco pelo Pacto de São José da Costa Rica. O que se dá em virtude do paradoxo normativo entre a Constituição Federal de 1988 e os direitos internacionais dos Direitos Humanos e, principalmente em razão de questões de cunho econômico que ainda regem os caminhos do direito.

4.3 PARA A SUPERAÇÃO DO PARADOXO NORMATIVO E CONSEQUENTE GARANTIA DA TITULARIDADE COLETIVA DAS TERRAS INDÍGENAS

A questão da terra e de sua titularidade, se coletivamente dos povos indígenas, ou se da União sendo flexibilizada sua destinação aos índios conforme as oscilações do mercado, sempre perpassa pela questão do capitalismo que, na modernidade rege os contratos sociais e o direito de um maneira geral. Para Herrera Flores os direitos do mercado acabaram por se transformar em direitos humanos e, com o capital sendo o centro gravitacional das relações humanas os direitos passaram a se conferir de acordo com as intenções de quem o detém.

Los derechos humanos quedan reducidos, desde el punto de vista de esta racionalidad, a derechos de propietarios que se piensan a partir del mercado. Los sujetos están instalados en la relación mercantil vista con el ámbito de la libertad natural, lugar desde el que se abomina de toda planificación e intervencionismo. Por esta razón, pueden justificarse las agresiones a los derechos humanos llevadas a cabo bajo la denominación de Planos de Ajuste Estructural [...] Desde hace como mínimo tres décadas venimos asistiendo a una entrega de los derechos humanos a la lógica de la competitividad. El mercado se identifica con la democracia, con la familia, con la amistad, e, incluso, con la propia economía impidiendo con ello cualquier ámbito alternativo de acción económica o social. Los derechos del mercado son los derechos humanos, Cuaquier otra reivindicación es una 'distorción de los mercados' que hay que evitar⁶⁴ (HERRERA FLORES, 2000, p.7).

As convenções e a declaração de que trato neste estudo tentam um novo modelo de direitos humanos, um modelo que pretende superar a racionalidade capitalista predominante nos últimos séculos (XIX e XX), marcada pela competitividade, e que trouxe para as sociedades o processo de mercantilização da vida (dos seres humanos, de seu trabalho e da terra).

Esse novo horizonte dos direitos humanos é trabalhado sob uma perspectiva crítica que pretende incorporar a luta contra as discriminações de todo o tipo, reconhecendo os seres

⁶⁴ “Os direitos humanos são reduzidos, a partir do ponto de vista desta racionalidade, a direitos de propriedade que se pensam a partir do mercado. Os sujeitos estão instalados no relacionamento comercial com o campo de visão da liberdade natural, lugar de onde se abomina todo o planejamento e intervencionismo. Por esta razão, eles podem justificar os ataques aos direitos humanos, realizada sob o nome de planos de ajustamento estrutural [...] de três décadas atrás mínimos foram assistir a uma entrega de direitos humanos com a lógica da competitividade. O mercado é identificado com a democracia, com a família, com os amigos, e até mesmo com propria economia evitando assim qualquer campo alternativo de ação econômica ou social. Os direitos no mercado são os direitos humanos, qualquer outra reivindicação é uma “distorção dos mercados” que deve ser evitada” – tradução livre da autora.

humanos, em toda a sua diversidade, enquanto sujeitos de direito. Uma luta que inclui a necessidade do fim da apropriação do ser humano pelo ser humano, o embate frente à política de subalternização e de marginalização.

A Convenção 169 da OIT, o Pacto de São José da Costa Rica e a Declaração das Nações Unidas pelos direitos dos povos indígenas são instrumentos internacionais de direitos humanos que emergem nesse novo horizonte interpretativo, nascido em um espaço de lutas por emancipação e libertação.

O direito à territorialidade incorporado pelos textos internacionais e tratado enquanto direito humano fundamental dos povos indígenas ainda se encontra carente de instrumentalização no plano do direito interno brasileiro. Se é que instrumentalizar chega a ser o verbo correto. Isso porque o paradoxo, tema desta dissertação, não é outro senão o encontrado nas formas de se ver a propriedade, pela racionalidade ocidental e pelas cosmovisões indígenas, e esse paradoxo é refletido no contraponto das legislações, internacionais e nacional.

Com a recepção da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho nota-se um conflito de normas. Por um lado a própria Convenção - que prevê no item I de seu artigo 14 que “dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam” - e, por outro o disposto no artigo 20, XI da Constituição Federal que dispõe serem “São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

Além da norma de recepção, por tratar de direitos humanos fundamentais a Convenção 169 dar status “material” de Emenda Constitucional. Ainda, mesmo sem preencher os requisitos formais para que lhe seja aplicado tal status, situa-se no chamado “bloco de constitucionalidade”⁶⁵, em razão de serem direitos que ultrapassam os que se encontram

⁶⁵ É o transcender dos limites postos por uma Constituição escrita, na busca por valores que, em razão da sua relevância material no sistema, por seu compromisso com o Estado, acaba por tornar-se essencialmente norma constitucional. Superando o paradigma do positivismo jurídico o Supremo Tribunal Federal entende que a Constituição é mais que um texto escrito e deve envolver um conjunto de valores sociais (RE n. 78.984 – RJ, Rel. para acórdão Min. Cordeiro Guerra, in RTJ 71/289; e RE n. 83.835 – SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in RTJ 77/657).

A doutrina determina como sendo a possibilidade de o intérprete ampliar a interpretação das normas constitucionais através dos princípios fundamentados em tal bloco, isso em razão de se considerar que o direito constitucional não está restrito aos enunciados prescritos no sistema jurídico (FAVOREU; RUBIO LLORENTE, 1991).

expressos na Constituição Federal de 1988 se constituem em compromisso com o Estado, o que os mantêm conexos ao texto constitucional como se sua parte integrante fossem.

Para Joaquim Shiraishi Neto (2004) é inédito o fato de que as legislações internacionais se possam aplicar a contextos não tão abstratos e não tão universais, ou seja, contextos tão próximos do cotidiano dos diversos povos, que contemplam as minorias, as especificidades.

Shiraishi (2004) atenta para o fato de que alguns Estados se prendem a um conceito de unicidade na tentativa de legitimar sua ignorância em relação ao mundo plural, ou seja, o desmerecimento com que se voltam para realidades específicas, locais, não padronizadas pela modernidade ou colonialidade.

Com base nesses esquecimentos ou subalternizações que são dadas em alguns Estados surge a necessidade de rever “estruturas” e “dispositivos”, mesmo que ainda carregados de uma universalidade, revelem a diferença entre sujeitos e objetos, em uma noção de direito onde os sujeitos têm maior relevância protetiva e não são meros objetos da Lei. Segundo o autor essa idéia “[...] relativiza a soberania absoluta dos Estados, na medida em que é possível a intervenção para proteção desses “sujeitos de direito”, que são mais importantes que os próprios Estados” (SHIRAISHI, 2004, p.8).

Quanto aos dispositivos ratificados pelo Brasil, importa-nos a análise da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas e da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, no que se referem à titularidade das terras onde os povos indígenas produzem sua vida.

No sistema jurídico brasileiro uma Convenção ou uma Declaração internacional possuem força normativa de princípios orientadores e guardam a característica de serem vinculativas para o Estado em âmbito internacional (SHIRAISHI, 2004).

Tanto a Convenção 169 da OIT quanto a Declaração Universal dos direitos dos povos indígenas constituem-se enquanto normas de direito internacional dos Direitos Humanos que, em visões semelhantes buscam a proteção dos direitos dos povos indígenas, por emancipação, reconhecimento e, territorialidade.

Essas representações internacionais no campo dos direitos humanos conferem legitimidade às lutas dos povos originários por visibilidade, em verdade, as normas são consequência de um processo de lutas dos povos invisibilizados (SANCHEZ-RUBIO, 2011).

David Sanchez Rubio (2011), com uma visão emancipatória dos Direitos Humanos entende que através de lutas e reivindicações se pode re-significar a si próprio e a seus horizontes. Assim, por meio desses processos de emancipação, dessas lutas por reconhecimento, os sujeitos são capazes de criar sua própria realidade, com ambientes e perspectivas que atentem à suas necessidades específicas.

O autor chama atenção para a realidade onde os processos de luta poderão ser reforçados pelo estigma político ou normativo, através ou não de garantias do Estado, assim:

*Estos procesos de lucha, para obtener un mayor efecto social, pueden ir acompañados de una implementación normativa e institucional, de filosofías y teorías que los reflexionan, y también de una construcción de garantías jurídicas estatales, jurídicas no estatales y no jurídicas y de sensibilidades culturales para darles una mayor efectividad. Asimismo, las luchas pueden expresarse en torno a principios y criterios socio-históricamente producidos como son la libertad, la igualdad, la vida, la solidaridad y la dignidad*⁶⁶ (SANCHEZ-RUBIO, 2011, p.8-9).

As lutas têm então papel fundamental na garantia dos direitos plurais que se vêm conquistando. Os processos de emancipação são responsáveis por dar credibilidade e reconhecimento as capacidades de todo ser humano, independente de condição social, etnia, gênero, idade ou poder, de conferir significações e re-significações ao mundo (SANCHEZ-RUBIO, 2011).

Sanchez-Rubio (2011) entende que a capacidade de ser diferente, de ser plural é o que nos define, é nossa principal característica, na interação entre os mundo natural e cultural. Assim, a alteridade é o que destaca o ser humano em suas relações estruturais de natureza, tempo e, espaço.

Do mesmo modo, para Boaventra de Sousa Santos (2013) papel dos Direitos Humanos é consolidar e abrir espaço para as lutas por emancipação que se travam na modernidade,

⁶⁶ “Estes processos de luta, para que obtenham um maior efeito social, podem ser acompanhados de uma implementação normativa e institucional, de filosofias e teorias que refletem, e também a construção de garantias legais estatais ou não estatais, ilegais e de sensibilidade culturais para ganhar maior efetividade. Além disso, as lutas podem ser expressos em torno de princípios e critérios sócio-historicamente produzidos como são a liberdade, a igualdade, a vida, a solidariedade e a dignidade” – tradução livre da autora.

garantindo a todos os seres humanos o direito à diferença em qualquer das áreas de dominação que se sobrepõe no mundo “colonial, imperial, patriarcal”.

Romper com as classificações que conferem superioridade ou inferioridade à um indivíduo ou a uma coletividade. Os direitos humanos devem sobrepujar a ideia de que reconhecimento e capacidade de conferir significados que pretere as epistemologias e modos de vida do “[...] *ser varón, blanco, propietario, mayor de edad, heterosexual y creyente en la época moderna o ser padre de familia* [...]”⁶⁷ em face do conhecimento do “[...] *esclavo, de ser bárbaro, de ser indígena, de homosexual, o de ser una mujer trabajadora o ama de casa* [...]”⁶⁸ (SANCHEZ-RUBIO, 2011, p.10).

Assim, pode-se identificar a existência de formas múltiplas, ou plurais de humanidade que se formam de acordo com o contexto de tempo, espaço, sociedade em que os indivíduos ou os povos se encontram inseridos.

Nesta perspectiva de cuidado, proteção e preservação do meio ambiente - bem comum da humanidade - através de práticas e conhecimentos tradicionais dos povos indígenas emerge uma espécie de combate às práticas capitalistas, que, para Sanchez Rubio (2011) requer o reconhecer e o efetivar direitos dos povos indígenas, inclusive e, principalmente, à titularidade coletiva de suas terras, na qualidade de direitos humanos diferenciados ou na qualidade de direitos coletivos.

Os povos indígenas são a representação de uma titularidade coletiva “local” e gestora de bens considerados globais e comuns à humanidade como um todo que se efetiva à partir da garantia de seus direitos coletivos (SANCHEZ-RUBIO, 2011).

Neste mesmo sentido, César Baldi (2013, p.5) assevera que “as populações negras e indígenas lutam não somente por sua sobrevivência, mas pela de todos os habitantes do planeta” por questionar o padrão hegemônico de poder à partir do estabelecimento de uma resistência que questiona a colonialidade.

A união dos povos indígenas se dá em razão ou da semelhança identitária, ou da ocupação de um mesmo espaço territorial ou em virtude de seu passado opressor em comum é

⁶⁷ “Ser homem, branco, proprietário, maior de idade, heterosexual, engajado na modernidade e pai de família” – tradução livre da autora.

⁶⁸ “Escravo, do bárbaro, dos povos indígenas, do homossexual, ou de ser uma mulher trabalhadora dona de casa” – tradução livre da autora.

suficiente para estruturar o movimento de luta pelos direitos que nem sempre serão de interesse dos Estados.

São essas lutas que chamam atenção das necessidades dos povos originários no cenário internacional, que passa a pensar em normas que de garantia de direitos que se adequem à maneira de viver desses povos, à suas manifestações culturais, a seus modos de produção hereditariamente ensinados, a seus métodos de utilização da terra e de produção. De modo que, por sua centralização no plano de preocupações da ordem jurídica internacional, os povos indígenas e “tribais” tiveram reconhecidos diversos direitos em convenções específicas que tratam de suas necessidades singulares.

A luta pelo direito ao território coletivo, para David Sanchez Rubio (2011) é uma dentre as várias que se devem em razão de combater as ações humanas que atentam contra nossa própria existência. Isso porque o modelo hegemônico de propriedade como se concebe é, em sua essência, um modelo excludente que ao preferir o capital sentencia os povos economicamente menos favorecidos, ou aqueles que nem compartilham da visão ocidental de economia, à morte, seja por falta de condições de acesso financeiro, seja pela limitação dos direitos de acesso aos bens que a natureza nos oferece gratuitamente.

Nesse modelo hegemônico ainda há que se notar a despreocupação para com a manutenção do meio ambiente, sua preservação, sua renovabilidade, sua tendente esgotabilidade. Preocupações que os povos originários sustentam em razão de sua relação de respeito e mutualidade para com a terra e o território, seu espaço de pertencimento, de construção de conservação da vida.

Por isso mesmo, a proteção dos povos indígenas e a garantia de seus direitos enquanto norma dos direitos internacionais dos direitos humanos, sob uma visão emancipatória pode garantir o futuro da própria vida humana.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, como já dito, não se ocupou de tratar do estudo dogmático sobre a existência da antinomia (paradoxo), e sim da questão material de fundo: os direitos de propriedade coletiva.

A partir do precedente observado no caso do Pacto de San José da Costa Rica, onde em razão da qualidade de Tratado versante sobre matéria de Direitos Humanos fundamentais se observou o afastamento da norma de proibição da prisão por dívidas no Brasil - que antes se impunha por força do texto constitucional -, o presente trabalho se empenhou em demonstrar a presença de um novo paradoxo normativo, agora em questão que versa sobre a titularidade coletiva das terras indígenas.

O paradoxo com temática conexa à titularidade das terras indígenas no Brasil se observa na norma Constitucional que, em seu artigo 20, delimita as terras indígenas enquanto bens da União, quando posta face às normas da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho que dispõem sobre os povos indígenas e “tribais” e, em seu texto garante que as terras devem ser, em caráter coletivo, destinadas aos povos que “tradicionalmente a habitem”.

Sobre à questão se postam pressupostos construídos pelo pensamento colonial, pela modernidade e pelo modelo econômico capitalista, que delimitam um imaginário de povo indígena onde sua cultura resta subalternizada, seus modos de ser, fazer, viver e conhecer são julgados e considerados não científicos e, portanto, não aceitos pelo padrão hegemônico aventado pela racionalidade ocidental.

Esse imaginário proposto e construído na modernidade acaba por legitimar a expropriação das terras dos povos indígenas em favor do desenvolvimento estatal e de um modelo de propriedade agrária preferencialmente privada, bem caracterizado pela figura do agronegócio. Desta maneira os povos indígenas, retirados de suas terras, de suas raízes, afastados de sua cultura ancestral foram ao longo da história compondo um povo esquecido, marginalizado e, por vezes, à beira do extermínio.

Neste trabalho foi debatida a maneira como o giro descolonial, propõe e influencia o movimento de assemelhação das Constituições que surgiu na América Latina, responsável por dar maior visibilidade às lutas dos povos originários por identidade e pelos direitos à ela conexos, como o direito à territorialidade coletiva.

Por seu caráter mais democrático, esse novo Constitucionalismo, que delimita transformações de base nas sociedades latino-americanas, propicia o olhar mais específico, local, que parte das necessidades de cada povo no limite de suas diferenças. Assim, com a garantia de participação, as diversas especificidades podem ser representadas obtendo um olhar particular para suas questões próprias.

Esse novo olhar, rompe com categorias hegemônicas de poder, dando vazão aos modos de ser, fazer, viver e conhecer dos povos originários. Em espaços de discussão são colocadas as alternativas de mundo que sempre estiveram presentes nas cosmovisões indígenas, por exemplo, alternativas que colocam o meio ambiente em uma posição subjetivada, garantindo-lhe direitos, utilizando seus recursos de maneira menos impactante que o mundo desenvolvido do capitalismo moderno, justamente por serem alternativas que se baseiam no modo de interação entre ser humano e natureza.

À partir do giro descolonial a cientificidade dos conhecimentos foi colocada em xeque pela necessidade de reconhecimento da pluralidade étnica, linguística, social, religiosa, econômica, epistemológica, cultural e, até jurisdicional. São os métodos mais democráticos de participação propostos e impostos no novo constitucionalismo latino-americano que garantem o destaque à essas diversas pluralidades.

O Novo Constitucionalismo Latino-americano é o movimento político de ruptura com o pensamento constitucional colonial que se destaca por apresentar formas alternativas de concepção de mundo, formas capazes de romper com a perspectiva dualista designada pela modernidade hegemônica, homem/natureza, sujeito/objeto, corpo/alma. As novas teorias, que se fundamentam em epistemologias descoloniais e no conhecimento dos povos originários reconhecem a terra - *Pachamama* ou *Madre Tierra* - enquanto sujeito de direitos, se utilizando desse resgate das cosmovisões indígenas que propõe uma mudança no olhar sobre a terra e no modo de utilização coletiva desta.

O novo movimento constitucionalista, é, hoje, a principal manifestação da resistência indígena na América Latina, pois vem incorporando em seus textos as práticas culturais de povos originários que compreendem a terra como fonte de vida e que valorizam o território enquanto espaço de bem viver, pretendendo fazer com que a cultura, os valores, e o território, bem como todos os direitos a estes conectados sejam respeitados e protegidos pelo ordenamento jurídico nacional, de maneira que esses povos possam se sentir seguros na posse ou propriedade coletiva das terras por elas tradicionalmente ocupadas.

Historicamente, no Brasil, o processo de marginalização dos povos indígenas na legislação formou-se à partir da ideia falaciosa de que eles não seriam possuidores de capacidade ou legitimidade para figurar enquanto proprietários de suas terras. Isso somado ao perfil integracionista da legislação anterior à Constituição de 1988 acabou por justificar a posição do Estado na qualidade de garantidor e, em virtude disto, real proprietário das terras indígenas.

No histórico legislativo brasileiro pertinente à questão indígena viu-se a existência de momentos diferenciados que precedem ao momento que atualmente vivenciamos. Esses momentos acompanham sempre as transformações sociais, culturais e, principalmente econômicas do Brasil.

Com a colonização do Brasil esteve a utilização da mão de obra dos povos indígenas e a expropriação de suas terras, em um período de extermínio dos povos que se opusessem aos mandamentos dos colonizadores, legitimado, legislativamente pela chamada “guerra justa”.

O pós extermínio físico consiste em um extermínio cultural, que pretende o assimilar das práticas, tradições e conhecimentos ocidentais pelos povos originários. Essa integração à partir da assimilação representou uma tentativa de substituição de sociedades, a indígena pela ocidental. A imposição dos modos de ser, fazer, viver e conhecer ilustra esse momento. Os direitos dos índios não são propriamente direitos dos povos indígenas, mas direitos que se lhes conferiram para que pudessem fazer parte da chamada “nação brasileira”, para que pudessem abdicar de sua condição considerada menos evoluída e passar a fazer parte do mundo ocidental que se impunha, através dos conceitos construídos pela modernidade/colonialidade, como mais desenvolvido.

A ruptura com este momento que pedia o integrar dos povos indígenas, através da assimilação da cultura ocidental e do esquecimento de sua própria cultura e de suas tradições, se deu em razão de um longo processo de lutas que culminou no entendimento da necessidade de reconhecer seu direito à identidade. Em um ato de atenção à pluralidade, passaram a ser reconhecidos os direitos dos povos originários de ser diferentes, de pensarem diferente, mantendo relação com as tradições de seus antepassados.

A partir da Constituição Federal de 1988 é mais clara a concepção de direitos, conquistados em razão das lutas por emancipação dos povos indígenas, o reconhecimento da pluralidade e da necessidade de respeito à diversidade, às especificidades, a tentativa de quitar a dívida histórica que se fez com a marginalização e quase purgação dos povos indígenas. O

texto constitucional de 1988 tem importante papel, que autoriza o modo de produção de conhecimento indígena, inclusive sua compreensão de terra na qualidade sujeito, vez que não se pode separar a natureza e o que esta nos oferece do próprio ser humano (do próprio indígena) e, portanto na qualidade de condição para sua continuidade física, espiritual e cultural.

Para a questão territorial o paradoxo é a regra desde a colonização, enquanto algumas leis tratavam de considerar os povos indígenas enquanto donos da terra, as ações de extermínio diziam na prática exatamente o contrário. Esse paradoxo entre a legislação e a ação tem uma continuidade histórica que explica toda a luta indígena pela garantia do direito ao território e de sua manutenção.

Essa continuidade paradoxal se dá muito em razão das necessidades criadas pelo discurso capitalista que vê na terra uma mercadoria de interesses privados finalisticamente utilizada para garantia do lucro de seu proprietário. Assim as conquistas de direitos da terra e do território dos povos indígenas se vê sempre ameaçada pelos jogos de mercado. Sobre isso vimos os casos de Raposa Serra de Sol, e de Belo Monte onde o direito dos povos é posto de lado e preterido face ao interesse do mercado econômico e dos jogos de poder.

Pode-se então notar que o paradoxo da legislação de proteção aos direitos indígenas está presente desde a colonização e, a garantia desta proteção parece estar condicionada às necessidades liberais específicas dos governantes. Sob a proposição justificatória de que os territórios tradicionalmente ocupados pelos índios são necessários ao poder público para o crescimento nacional há uma continuidade de expropriação dos direitos das sociedades indígenas e de seus territórios. De tal sorte que, mesmo constitucionalmente protegidos os direitos à segurança territorial dos povos originários, vem sendo inviabilizados pelas constantes modificações fronteiriças que acompanham as necessidades mercadológicas.

Esses direitos de que tratamos, constitucionalmente garantidos e que se relacionam com o reconhecimento dos povos originários, estão intimamente ligados à refundação dos Estados que tem início com os processos de transformação das constituições latino-americanas. Essa refundação representa uma ruptura com os conceitos clássicos de nação e de identidade nacional, abrindo espaço para compreensões mais plurais, de reconhecimento das diversas etnias e culturas do continente.

Os povos indígenas, suas culturas e tradições merecem destaque nesse projeto de reformulação das noções de participação democrática e reconhecimento identitário que surge

na América Latina sob a proposta de um Estado Prurinacional que atende às demandas da diversidade de valores, tradições, saberes, cosmovisões e, necessidades.

Sob esse olhar específico que atende aos anseios dos povos originários em suas especificidades destaco o direito à terra e à utilização dos recursos do território que se destinam a dar manutenção às práticas de vida desses povos, de caça, pesca, ritualísticas, de moradia, de produção, enfim, todo o conjunto de atividades que reforça a identidade de cada povo singularizado.

O Estado em sua vertente pluralista questiona as paixões que discursivamente se edificavam na ideia de nação. A refundação do Estado pede, portanto, a democratização de espaços e saberes, incorporando epistemologias e modos de vida que não são construções típicas da academia ou econômicas, que se escusam de cientificidade e encontram sua raiz e justificação junto à cultura dos povos originários. É uma incorporação contra-hegemônica que garante aos povos originários seus direitos coletivos linguísticos, organizacionais, estruturais, de produção, de estabelecimento da própria vida, de acordo com suas crenças e particularidades que incluem princípios de indissociabilidade com o mundo natural.

No Brasil, aponte que a conquista de direitos da pluralidade, que reconhecem a diversidade e concedem visibilidade aos povos indígenas se define após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, mesmo timidamente, rompe com o paradigma eurocêntrico integracionista que predominava até então legislativamente. A ruptura constitucional com os preceitos de exclusão teve razão apontada pelos processos de luta dos povos originários que restou na conclusão indiscutível de que se era preciso resgatar a dívida histórica contraída em séculos de exploração, exceção e genocídio.

Mesmo em face das mudanças legislativas que simbolizaram um avanço significativo para as pretensões dos povos indígenas no reconhecimento de seus direitos, o que se vê na prática, inclusive operacionalizado pelo judiciário, é um ignorar desses direitos face às imposições capitalistas do modelo de desenvolvimento moderno. Assim, a luta dos povos indígenas fomenta uma antiga antítese sobre a questão da terra e do território, por um lado a propriedade privada, de caráter individual, liberal, reducionista que serve aos interesses do modelo econômico predominante, e de outro a propriedade coletiva, proposta pelo modelo simbiótico, que não permite a dissociação entre o mundo humano e o mundo natural.

Na contramão do discurso liberal, que os coloca como óbice ao desenvolvimento econômico e tecnológico, os povos indígenas se destacam por sua condição de atores, ou

sujeitos, de um modo de vida compatível com o clamor hodierno de equilíbrio ambiental. Em razão de seu respeito à natureza e, assim, por suas práticas que fazem uso de recursos naturais, mas que se preocupam com o não exterminar destes, cuidando para que haja sua continuidade, os povos indígenas se colocam em uma posição de defensores atuantes na causa da preservação do meio ambiente.

Por sua afirmação enquanto povos capazes de sustentar modos de vida que se utilizam da natureza sem esgotar suas fontes é que os povos indígenas e, o estudo de suas lutas por direitos e de suas práticas socioculturais, questionam o discurso moderno de propriedade privada funcionando como modelo ideal de terra, de ocupação territorial.

Esses questionamentos sobre os modos de ocupação territorial e sobre os próprios direitos dos povos indígenas por sua identidade ganham proporções internacionais e passam a ter sua defesa discutida em Tratados de Direitos Humanos, dos quais destaca-se a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho que, claramente se opõe à afirmação de terra como bem que deve ser operacionalizado pelo mercado de capitais, demonstrando um rompimento com as noções coloniais, modernas de enxergar a terra.

Nessa esfera de rupturas com o colonialismo ganha relevo o papel crítico dos Direitos Humanos fundamentais que irão buscar uma quebra com as imposições do Estado nacional, colonial, unitário, patriarcal, imperial, e capitalista, que, através de um processo de lutas e reivindicações impetra a necessidade de se reconhecer e efetivar os direitos coletivos dos povos indígenas, em especial seus direitos relativos à terra, por ser seu local de desenvolvimento da vida.

A questão que se colocou desde o início foi, se, em razão de ser signatário dos diplomas internacionais de Direitos Humanos que protegem a alteridade dos povos indígenas, bem como seu direito à territorialidade coletiva, o Brasil tem imposto à ele a obrigação de inserir tais dispositivos em seu ordenamento jurídico, instrumentalizando constitucionalmente tais direitos.

Destaca-se que, a própria Constituição Federal em seu artigo 5 §§ 1º e 2º coloca norma que impõe a equivalência dos dispositivos internacionais que tratem de direitos humanos à título de emendas constitucionais em caráter imediato, ou seja, que esses dispositivos passem a compor o corpo de normas da Constituição da República Federativa do Brasil, em um plano de equivalência hierárquica, no mesmo momento de sua ratificação.

A dúvida sobre a aplicação dos Tratados Internacionais e sua integração ao sistema jurídico brasileiro se sustenta em razão de duas posições, em uma se defende que para a a internalização desses tratados faz-se necessária sua aprovação pelo Congresso Nacional sendo que a incorporação seria na qualidade de leis ordinárias, já um outro posicionamento se revela no sentido de que, por sua temática de direitos humanos e garantias fundamentais, devem ser automaticamente incorporados ao sistema jurídico nacional já no momento da ratificação e, necessariamente possuindo a mesma hierarquia das normas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou dando preferência flexibilizada ao primeiro entendimento, neste sentido as normas de tratados internacionais deveriam ser incorporadas com força de lei ordinária. Não obstante, estabeleceu que a condição para incorporação com status de emenda constitucional, ou seja, em razão de garantir hierarquia igual a da Constituição Federal, sendo preciso que esses Tratados se submetam a um processo de aprovação no Congresso Nacional de igual dificuldade ao de aprovação das emendas – essa é a disposição da emenda constitucional 45 de 2004, que acrescenta o parágrafo terceiro ao art. 5º.

A especialidade dos Tratados Internacionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais pede procedimentos especiais para aceitação, incorporação e revogação. Por isso as regras de aplicabilidade desses dispositivos depois de ratificados não estão abertas à aplicação discricionária do Estado. No caso da Convenção 169 da OIT ainda é de se observar que a ratificação se deu pelo Decreto Legislativo 143 de 2002, sendo a entrada em vigor no ano de 2003, assim, em momentos anteriores à emenda constitucional de número 45.

O STF reconhece, entretanto, apenas o caráter supralegal - de hierarquia intermediária, inferiores à Constituição e superiores às leis ordinárias - das normas de tratados internacionais recepcionados e ratificados pelo Brasil. Sendo que para esta corte esses tratados deverão ser utilizados como suporte interpretativo das normas constitucionais, em especial quando manifestamente tratarem de direitos e garantias fundamentais.

Entende-se, como reflexão desta pesquisa, que o Brasil se coloca em uma posição de dever quanto ao respeito dos preceitos designados na Convenção 169 da OIT, reafirmados pela Declaração universal dos Direitos dos povos Indígenas, de conferir a estes povos a titularidade coletiva de suas terras.

Por duas razões se afirma esse dever, primeiro em função de as normas da Convenção englobarem o chamado “bloco de constitucionalidade”, compondo portanto um juízo de valores principiológicos compatíveis com o modelo multicultural de constitucionalismo vigente no

Brasil e, depois porque os direitos coletivos dos povos indígenas devem ser considerados enquanto Direitos Humanos fundamentais autoaplicáveis em um plano de resgate por aquilo que lhes foi expropriado desde a colonização do território latino-americano.

Apesar do posicionamento, que entende, pela aplicação imediata, com hierarquia constitucional das normas estabelecidas em Tratados Internacionais de Direitos Humanos recepcionados e ratificados pelo Brasil, não foi objeto deste trabalho cuidar propriamente deste dever ou não dever, dessa postura de incorporação pelo Estado brasileiro das normas internacionais. O objeto, como dito na introdução, foi o de analisar o paradoxo legislativo, e as possíveis causas desse paradoxo.

Enquanto causa, tem-se a dicotomia que rege a questão da terra é composta por duas dimensões compreensivas. Uma delas representada pelo direito de propriedade coletiva dos povos indígenas, que define a terra enquanto espaço comum de ocupação nos padrões tradicionais e de memória de seus antepassados, definindo os limites e as possibilidades de uso da natureza de uma maneira equilibrada e através de relações de troca, onde o ser humano deve respeito e cuidado para com o meio ambiente que lhe garante o sobreviver e o viver. A segunda dimensão de análise parte da noção mercadológica de terra enquanto bem apropriável de utilização específica para fins de lucro, uma propriedade individualizada e excludente, sendo esta categoria interpretativa mais utilizada pela racionalidade ocidental, que acredita no desenvolvimento enquanto aumento tecnológico e de capital.

O paradoxo legislativo tem sua origem nesta dicotomia de olhares, mas carrega uma visão marginal na medida em que prefere ao modelo regente do mundo marcado pelo colonialismo. Os Estados modernos repetem construções discursivas que ignoram a pluralidade de sua própria concepção, razão pela qual os povos originários se mantêm em processos de luta por reconhecimento e por seu direito à territorialidade.

A terra, vista sob a perspectiva do capital não pode ser coletiva, nem pode mesmo ser território, pois esse local de prática cultural que dá seguimento às tradições e a própria vida dos povos indígenas intimida os planos do modelo hegemônico de campo brasileiro – do agronegócio, ao reduzir o espaço de exploração que gera lucro. Mas a terra, ou melhor, o território para os povos indígenas não é uma questão de legitimação jurídica ou legislativa, é antes uma questão sentimental, de pertença, de vida, não há direito que a retire pois não há direito que seja necessário para concedê-la.

REFERÊNCIAS:

ADICHIE, Chimamanda. **O perigo da história única**. Discurso da escritora sobre como encontrou sua voz cultural e sobre os perigos de entender e contar uma história à partir de apenas uma perspectiva: 2009. Disponível em: <http://www.ted.com/talks/lang/pt-br/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story.html> Acesso em: 15 jan. 2014.

ALIER, Joan Martinez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagem de valoração**. Trad. Maurício Waldman. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

ALMEIDA, Ileana. **El Estado Plurinacional: valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos**. Editora Abya Yala, Quito, Ecuador, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Walgner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. Manaus, 2008.

ALVES, Marina Voctório. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: características e distinções**. Revista SRJ, Rio de Janeiro, v.19, n. 34, p.133-145, ago, 2012.

ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Presentación de Clavero, Bartolomé. Editorial Trotta - Universidad Internaional de Andalucía: Madrid, 2005.

APOINME - Articulação dos povos indígenas do Nordeste, Minas-Gerais e Espírito Santo; COIAB - Coordenação das nações indígenas da Amazônia brasileira. **Um olhar indígena sobre a declaração das Nações Unidas**. 2008

ARENDT, Hanna. **As Origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Documentário, 1979

BALAKRISHNAN, Gopal (org.); **Um mapa da questão nacional**. Introdução Benedict Anderson; tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BALDI, César Augusto. **Contra o apartheid epistêmico: a luta das comunidades quilombolas pela justiça cognitiva**. Revista Crítica do Direito , v. 54, p. 1, 2013a.

_____. **A renovação do direito agrário e os quilombos: identidade território e direitos culturais.** Revista da faculdade de Direito, UFG, Goiânia, v. 37, n. 2, p. 196-234, jul/dez, 2013b.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política Nacional.** La Paz. Asamblea Nacional Constituyente. Outubro de 2008. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.bo/download/constitución.pdf>> Acesso em: 27 out. 2013.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL, FUNAI. **Parecer técnico nº 21/CMAM/CGPIMA-FUNAI: UHE Belo Monte – Componente Indígena Brasília: FUNAI, 2009.** Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/BeloMonteFUNAI.pdf> Acesso em: 23 jan. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil (1891).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil (1934).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em: 17 mar. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. **Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

_____. **Lei 6.001 de 15 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm> Acesso em 20 jan. 2014

_____. **Projeto de Lei n.º 2057/91, 2160/91 e 2619/92**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>> Acesso em: 20 jan. 2014

_____. **Decreto 1775 de 08 de janeiro de 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm> Acesso em: 23 jan. 2014

_____. **Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004**. Brasília: Senado Federal, 2004.

_____. **Belo Monte**: os problemas do projeto e a atuação do MPF. Ministério Público Federal - Procuradoria do Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2010/noticias/belo-monte-os-problemas-do-projeto-e-a-atuacao-do-mpf>> Acesso em 23 jan. 2015.

_____. **PEC 215 de 2000**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>> Acesso em 23 jan. 2015.

CASTRO-GOMEZ, Santiago. Ciências Sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, E. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Definições de Índios e Comunidades Indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos; WERNER, Denis; BLOMER, Neusa Sens e NACKE, Anelise (Orgs.). **Sociedades Indígenas e o Direito. Uma questão de Direitos Humanos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, pág. 42-75.

_____. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. **Os direitos do índio: ensaios e documentos.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. (Org). **Legislação indigenista no século XIX:** uma compilação: 1808-1889. São Paulo: Edusp: Comissão Pró-índio, 1992.

CARNEIRO, Cynthia Soares; VADEL, Javier. Direito de Integração Sul-Americano: ordem jurídica e sistema-mundo/colonial. In: VADEL, J. (Org.). **Os novos rumos do regionalismo e as alternativas políticas na América do Sul.** 1 ed. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, v. 1, 2010.

CHAMBERS, Ian. El Convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas. In: GOMÉZ, Magdalena (Coord.) **Derecho indígena.** México, 1997, p.123-137.

COLAÇO, Thaís Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: **Os “novos” direitos no Brasil. Natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2012, 2Ed.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentença de 27 de junho de 2012. Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador.** 2012

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista Educação e descolonialidade(s) dos saberes, práticas e poderes,** vol. 23, n. 53/1. Cuiabá, 2014, p. p.343-367.

PEREIRA, Deborah Duprat de Macedo Brito. 17.10.2013 - CDH - **Subprocuradora-Geral da República fala da origem da Convenção 169 da OIT.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=q9i3o1GOkT0>> Acesso em 23 jan. 2015.

EQUADOR. **Constitución de Ecuador.** Asamblea Constituyente. Disponível em: <<http://www.aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/ecuador-constitucion-politica-de-ecuador-2010/view>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

ESCOBAR, Arturo. **Mas allá del tercer mundo.** Globalización y diferencia. Bogotá: Instituto colombiano de antropología e história, 2005.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (org.). **El Derecho en América Latina**. Um mapa pra el pensamento jurídico del siglo XXI. Bueno Aires, 2011, p 139-159.

_____. **Legal pluralism, indigenous law and the special jurisdiction in the Andean countries**. Beyond Law n. 27, 2004. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/judiciarioDireitosHumanos/legalPluralism.pdf>> Acesso 08 jan. 2014.

FAVOREU, Louis Favoreu; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad** (Simposium franco-espanhol de Derecho constitucional). Sevilla: Editora Civitas, 1991.

FERREIA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRANCO, Rangel Donizete. **A desapropriação e a regularização dos territórios quilombolas**. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás: Goiânia, 2013.

FREITAS, Vitor Souza. **Interpretação Crítica do Direito de Propriedade Imobiliária Agrária a partir da Filosofia da Libertação de Enrique Dussel e do Constitucionalismo Transformador Latino-Americano**. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás: Goiânia, 2013.

GANDARA, Manuel Eugenio. **Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos: aportes en diálogo con la teoría de Joaquim Herrera Flores**. Tese (Doctorado em Derechos Humanos e Desarrollo) – Universidade Pablo de Olavide, Sevilla, 2013.

GÓMEZ RIVERA, Maria Magdalena. El derecho indígena frente al espejo de América Latina. In: ALTA, V. et al. **Pueblos indígenas y Estado en América Latina**. Quito: Editorial Abya-Yala, 1998.

GOMES, Romeu. Análise e Interpretação de Dados de Pesquisa Qualitativa. In: MINAYO, Maria Cecília de Sousa (org) **Pesquisa Social** – teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 79-108.

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. In: ROJAS, M. (org.). **La medición del progreso y del bien estar**. Propuestas desde America Latina. Ciudad del México, 2011.

GUIMARÃES, Gabriel Fernandes Rocha. Etnonacionalismo: o MAS e a formação do estado plurinacional boliviano. **Revista de Ciência Política: teoria&pesquisa**. Editora UFMG. vol. 21, n. 1, jan./jun. 2012, p. 61-72.

HARVEY, David. **Los limites del capitalismo y la teoria marxista**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1990.

HERRERA FLORES, Joaquín. **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000.

_____. Cultura y naturaleza: la construcción del imaginário ambiental bio(socio)diverso. **Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, n. 2, Manaus, janeiro-julho 2004, p. 37-104.

_____. **A re(invenção) dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HOUTART, François. *El bien común de la humanidad: un paradigma post-capitalista frente a la ruptura del equilibrio del metabolismo entre la naturaliza y el gênero humano*. La Habana, 2013.

_____. 2011. *El concepto de sumak kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien comun de la humanidad*. Disponível em:
<http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0738/15._El_concepto_de_sumak_kawsai.pdf>. Acesso em 20 jan. 2015.

ISA, Felipe Gómez. *El derecho al desarrollo como derecho humano*. Disponível em <www.uasb.edu.ec/padh> Acesso em: 20 de agosto de 2014.

_____. **Terra indígena Raposo Serra do Sol. Polêmica sobre demarcação, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima**. Disponível em:
<<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=cronologia>> Acesso em: 23 jan. 2015.

KAYNGÁNG, Azelene. APOINME - Articulação dos povos indígenas do Nordeste, Minas-Gerais e Espírito Santo; COIAB - Coordenação das nações indígenas da Amazônia brasileira. (Org.) In.: **Um olhar indígena sobre a declaração das Nações Unidas**. 2008.

LENHARO, Alcir. **Sacralização da política**. 2. ed. Campinas: Papirus, 1986.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MACHADO, Vilma de Fátima **A Produção do Discurso do Desenvolvimento Sustentável: de Estocolmo à Rio-92**. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade Nacional de Brasília, Brasília, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e a diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, 2008, p.201-206.

_____. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 13, n. 26, 2010 – ISSN 1808-9429.

_____. **O Estado plurinacional na América Latina**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38959/2>> Acesso em: 26 out. 2013.

_____. **Estado Plurinacional e Direito Internacional** - Coleção Para Entender - Coordenador da Coleção: Leonardo Nemer C. Brant. Minas Gerais: Juruá, 2012.

MAIA, Claudio Lopes. **Os donos da terra: a disputa pela propriedade e pelo destino da fronteira - a luta dos posseiros em Trombas e Formoso 1950/1960**. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2008.

MARÉS, Carlos Frederico. **Breve história jurídica da relação dos povos indígenas com o Brasil**. 2006

_____. **As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios**. Seminário Bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro, 2001.

_____. Função social da propriedade. In: SONDA, C.; TRAUZYNSKI (orgs.) **Reforma agrária e meio ambiente: teoria e prática no estado do Paraná**. Curitiba, 2010.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. Parceria Editora Saraiva, Editora Almedina (Portugal) e o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013

MARTINS, José de Souza. **Fronteira: a degradação do ouro nos confins humanos**. São Paulo: Editora Hucitec, 1997.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea**. (Tradução de Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira). São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: NEAD, 2010.

MEDICI, Alejandro. La constitución horizontal. **Teoría constitucional y giro decolonial**. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Educación para las Ciencias, San Cristóbal de Las Casas, 2012.

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, E. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005.

_____. **Estéticas Descoloniales**. Vídeo: evento acadêmico para sentir-pensar-hacer da Faculdade de Artes ASAB da Universidad Distrital Francisco José Caldas: Bogotá, 2010. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mqtqtRj5vDA>> Acesso 18 dez. 2013

MELO, Juliana Gonçalves. **A reinvenção da sociedade. Cotidiano e território entre os Mebengokré (Caipós) de Las Casas**. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade Federal de Santa Catarina, Goiânia, 2004.

MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas no Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennres Irmãos, 1912.

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: MELO, M.P.; WOLKMER, A. (Orgs.). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba, 2013.

MOTA, Áurea. A nova constituição política do estado boliviano. In: J. M. Domingues e A. S. Guimarães (orgs.), **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: UFMG. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n.º 107**, de 05 de junho de 1957. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1957.pdf>> Acesso em: 24 out. 2014.

_____. **Convenção 169**, de 07 junho de 1989. Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit169.htm>> Acesso em: 25.10.2014.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa, 1995.

PIOVESAN, Flavia. As ações afirmativas na perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 43-55.

PISARELLO, Gerardo. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999**: balance de una década. 2009. Disponível em: <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>. Acesso em: 23 out. 2014.

POLANY, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Terras indígenas na legislação colonial**. Revista da faculdade de Direito USP. v.95 107-120 Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67457>> Acesso 06 ago. 2014

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Ou Inventamos Ou Erramos. Encruzilhadas da Integração Regional Sul-americana. In: **Seminário Geografia Crítica**: territorialidade, espacio y poder en América Latins. 2011.

POSEY, Darrel. **Etnobiologia: teoria e prática**. In: Ribeiro, Berta. Suma Etnológica brasileira. Petropolis, 1986, p. 15-25.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, E. (Org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005.

RAGONEZI, Camila Martins, NOGUEIRA, Marcela Iossi, DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **As epistemologias do sul e as experiências da américa-latina: um significado diferenciado para a propriedade ou outras formas de apropriação?** Apresentado no

Cóloquio Internacional "Epistemologias do Sul: aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul", promovido pelo CES (Centro de Estudos Sociais), realizado entre os dias 10 e 12 de julho de 2014 em Coimbra - Portugal.

RIBEIRO, Darcy. **O povo Brasileiro – a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SÁNCHEZ RUBIO, David, et al. **Nuevos colonialismos del capital: propiedad intelectual y derechos de los pueblos**. Barcelona: Icaria Editorial, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofía, derecho y liberación en América Latina**. Bilbao: Editorial Desclée, 1999.

_____. **Encantos y desencantos de los derechos humanos: De emancipaciones, liberaciones y dominaciones**. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: espaço e tempo: razão e emoção**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

_____. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. São Paulo: Record, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 65, 2003.

_____. **Enriquecer la democracia construyendo la plurinacionalidad**. In: LANG, Mirian, SANTILLANA, Alejandra (org). *Democracia, Participación y Socialismo*: Bolivia, Ecuador e Venezuela. 1 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburg. 2010.

_____. **Por quê epistemologias do Sul?** Palestra na Universidade de Coimbra pelo projeto ALICE – CES, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ErVGiIUQHjM>> Acesso 18 dez. 2013

_____. **La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-CEDIB, 2007. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf> Acesso em 15 mar. 2014.

SCORZA, Manuel. **Garabombo o invisível**. Tradução: Gloria Rodriguez. São Paulo: Circulo do Livro.

SILVA, Ana Cristina. **Território e significações imaginárias no pensamento geográfico brasileiro**. Goiânia: Editora UFG, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**. In: SANTILI, Juliana (Coord.) Direitos Indígenas e a Constituição. Porto Alegre: NDI, 1993.

SIQUEIRA, Andrea Cristina Matos. **Direitos humanos e novo constitucionalismo latino-americano**: Uma construção pluriversal possível a partir de parcerias estratégicas internacionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n.3693, 11 ago 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25066>. Acesso em: 5 nov. 2013.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Reflexão do Direito das “Comunidades Tradicionais” a partir das Declarações e Convenções Internacionais**. Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia, n. 3, Manaus, janeiro-julho 2004, p. 177-198.

SMITH, R. **Propriedade da terra e transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990.

SOARES, Rogério Ehrhardt – **Direito Público e Sociedade Técnica**. Revisão da 1ª Edição de 1969, Coimbra: Tenacitas, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **El marco internacional del derecho indígena**. In: GOMÉZ, Magdalena (Coord.) Derecho indígena. México, 1997 p.43-64.

STÉDILE, João Pedro (org.). **A questão Agrária no Brasil**: o debate tradicional (1500-1960). São Paulo: Expressão Popular, 2005.

STRECK, Lênio L. MORAIS, José L. Bolzan - **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.) **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI, 1993.

THOMPSON, E. P. **Costumes em comum**. Revisão técnica: Antonio Negro, Cristina Meneguello, Paulo Fontes. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en América Latina: Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI**. Quito, 2010.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito dos povos indígenas**. Brasília: FUNAI/CGDTI, 2007.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena. In: **A inconstância da alma selvagem. E outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac Naif, 2002.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento 'otro' desde la diferencia colonial". In: WALSH, C.; LINERA, A. G.; MIGNOLO, W. **Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento**. Buenos Aires: Del Signo, 2006

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010. p. 143-155.